

# Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 220

Brasília | outubro – dezembro/2018

Ano 55

SENADO FEDERAL



# **SENADO FEDERAL**

Mesa

Biênio 2017 – 2018

Senador Eunício Oliveira

**PRESIDENTE**

Senador Cássio Cunha Lima

**PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE**

Senador João Alberto Souza

**SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE**

Senador José Pimentel

**PRIMEIRO-SECRETÁRIO**

Senador Gladson Cameli

**SEGUNDO-SECRETÁRIO**

Senador Antonio Carlos Valadares

**TERCEIRO-SECRETÁRIO**

Senador Zeze Perrella

**QUARTO-SECRETÁRIO**

## **SUPLENTE DE SECRETÁRIO**

Senador Eduardo Amorim

Senador Sérgio Petecão

Senador Davi Alcolumbre

Senador Cidinho Santos



Brasília | ano 55 | nº 220  
outubro/dezembro – 2018



#### MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, conseqüentemente, em debate no Congresso Nacional.

#### FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Glaucia Cruz. REVISÃO DE ORIGINAIS: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Glaucia Cruz, Marcus Aurélio Oliveira e Rejane Campos. CAPA: Angelina Almeida.

---

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

---

Publicação trimestral da Coordenação de Edições Técnicas  
Senado Federal, Bloco 08, Mezanino, Setor 011  
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF  
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576  
E-mail: ril@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou a tradução de qualquer parte desta publicação serão permitidas com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta. / Pídese canje. / On demande l'échange. / Si richiede lo scambio. / We ask for exchange. / Wir bitten um Austausch.

## CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Faculdade 7 de Setembro – FA7, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Scliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

## PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Adrealdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, Uninter, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Wuhan University, Wuhan, Hubei, China / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Carolina da Motta Perin Schmitz Kohlitz, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Lucia Romero Novelli, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dra. Ana Paula Oliveira Avila, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Fernandes Estevez, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Andrea Flores, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Centro Universitário Metodista IPA, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dra. Ângela Issa Haonat, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antônio Flávio Testa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio José Maristrello Porto, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Arlindo Fernandes de Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benedetto Cerezzo Pereira Filho, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betania de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno César Machado Torres Galindo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Cândice Lisbôa Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Alexandre Amorim Rocha, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Fernando Mathias de Souza (Ministro), Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Luiz Strapazzon, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Carlos Pianovski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia,

Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Daniel Araújo Valença, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Leles, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Dunja Duic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Edson Alvisi Neves, Universidade do Vigo, Ourense, Espanha / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eduardo Saad-Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Emílio Peluso Neder Meyer, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Eriberto Francisco Bevilacqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dra. Érika Mendes de Carvalho, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Me. Fabiano César Rebuzzi Guzzo, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fabrício Ricardo de Limas Tomio, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe Asensi, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Felipe de Melo Fonte, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Dalla Libera Damacena, Ambrósio e Dalla Libera Advogados Associados, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fernanda Sola, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Filipe Lôbo Gomes, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Ma. Flávia Orsi Leme Borges, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Geisa de Assis Rodrigues, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Geziela Iensue, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, MS, Brasil / Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Nacif de Faria, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Hertha Urquiza Baracho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dra. Iranice Gonçalves Muniz, Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jacopo Paffarini, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dra. Jacqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas,

Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Josué Alfredo Pellegrini, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Juliane Sant'Ana Bento, Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Júlio César Faria Zini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Karoline Lins Câmara Marinho de Souza, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Me. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Leandro Novais e Silva, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leilane Serratine Grubba, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Silva Nunes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Lídia Patrícia Castillo Amaya, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Me. Luciano Carlos Ferreira, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luís Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Guilherme Arcao Conci, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle Canoas, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Wachowicz, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Maren Guimarães Taborda, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Marilsa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Mario Spangenberg Bolívar, Pontifícia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Möller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Melina de Souza Rocha Lukic, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Michael César Silva, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Michael Freitas Mohallem, University College London, Londres, Reino Unido / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Ma. Mônica Alves Costa Ribeiro, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Mônica Duarte, Faculdade de Direito AVANTIS, Itapema, SC, Brasil / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Natalia Gaspar Pérez, Benemerita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, México / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dra. Norma Sueli Padilha, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira,

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Paulo Henrique Soares, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Nalin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Pedro Augustin Adamy, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rabah Belaidi, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rejane Alves de Arruda, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Me. Ricardo Rocha Viola, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto Bueno Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Luís Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Dr. Rodrigo Vieira Costa, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Me. Rodrigo Vitorino Souza Alves, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Rosângela Marina Luft, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecidos Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salete Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, Instituição Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sandro Rogério Monteiro de Oliveira, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Unicatólica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Silvana Lucia Henkes, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Leticia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Tatiana Emília Dias Gomes, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Tayara Talita Lemos, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dra. Taysa Schiocchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Thiago Cortez Costa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Thiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Tunjica Petrusevic, Josp Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, Fundação Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Instituto de Desenvolvimento Cultural, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Wálber Araujo Carneiro, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Welton Roberto, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wladimir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

## AUTORES

Alexandre Ortigão Sampaio Buarque Schiller é graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestrando em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. / Alexandre Souza é mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil; advogado. / Amitza Torres Vieira é doutora em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro,



Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora adjunta do programa de Doutorado em Linguística da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil. / André Lemos Jorge é doutor em Direito do Estado, mestre em Direito Constitucional e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-graduado em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; diretor do mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil. / Clarissa Diniz Guedes é doutora em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora adjunta no mestrado em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil. / Daiana Fagundes dos Santos Carboni é mestre em Direito, com menção na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; pós-graduada em Direito do Consumo e dos Contratos pelo Instituto de Direito do Consumidor da Universidade de Coimbra, Portugal; pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Porto Alegre, RS, Brasil; doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; advogada. / Giovani Ribeiro Rodrigues Alves é mestre pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; doutorando pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professor de graduação das Faculdades do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil; advogado; coordenador da pós-graduação em Direito Empresarial Aplicado da FIEP – Federação das Indústrias do Estado do Paraná. / I. M. Lobo de Souza é PhD em Direito Internacional pela University of London, Londres, Reino Unido; docente no programa de pós-graduação em Ciência Política e Relações Internacionais na Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PA, Brasil; professor adjunto do Departamento de Relações Internacionais da UFPB, João Pessoa, PA, Brasil; Senior Research Fellow do Centre for Defence and Security Studies, University of Manitoba, Winnipeg, Manitoba, Canadá. / Jacqueline de Souza Abreu é mestre em Direito pela University of California, School of Law, Berkeley, CA, Estados Unidos da América; mestre pela Ludwig-Maximilians-Universität, Munique, BY, Alemanha; coordenadora da área “Privacidade e Vigilância” no InternetLab, centro independente de pesquisa em direito e tecnologia, São Paulo, SP, Brasil; advogada, São Paulo, SP, Brasil. / Jahyr-Philippe Bichara é doutor pela École Doctorale de Droit International et Européen da Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, França; mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, França; mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor associado II de Direito Internacional do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil. / Jefferson Aparecido Dias é doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; procurador da República em Marília, SP, Brasil; professor da graduação, do mestrado e do doutorado em Direito da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil. / Márcio Cunha Carlomagno é mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; doutorando em Ciência Política na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. / Júlio César de Oliveira Vellozo é doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, com período sanduíche na Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Culturas Brasileiras pelo Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, e bacharel em História pela mesma instituição. É professor de História do Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil, e do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; e bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular, Brasília, DF, Brasil. / Marcia Carla Pereira Ribeiro é doutora e mestre pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professora titular de mestrado e doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professora associada da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; advogada, árbitra e mediadora da CAMFIEP – Federação das Indústrias do Estado do Paraná, e da ARBITAC – Associação Comercial do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. / Péricles Filgueiras de Athayde Filho é mestre em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PA, Brasil, e especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; advogado no Escritório Péricles Athayde Filho e Advogados Associados. / Rodrigo Leite Ferreira Cabral é doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; mestre em Criminologia y Ciencias Forenses pela mesma Instituição; professor titular do programa de doutorado em Ciências Penais da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala, Guatemala; promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. / Thiago Bottino é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor pela Columbia Law School, Nova Iorque, NY, Estados Unidos da América; professor no mestrado em Direito e Regulação e professor adjunto e coordenador do curso de graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor visitante da Columbia Law School, Nova Iorque, NY, Estados Unidos da América; membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros. / Valter Rodrigues de Carvalho é doutor em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente na Universidade Federal do Piauí e na Faculdade de Direito da Uninassau, Teresina, PI, Brasil. / Vicente Riccio é doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor pela Northwestern University, Evanston, Illinois, Estados Unidos; professor adjunto no mestrado em Direito e Inovação na Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil. / Vinicius Rocha Pinheiro Machado é mestrando do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil; especialista em Direito Notarial e Registral; oficial de Registro de Imóveis, Títulos, Documentos, Civil e Pessoas Jurídicas em Assis, SP, Brasil. / Walkiria Martinez Heinrich Ferrer é doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista, Marília, SP, Brasil; professora da graduação, do mestrado e do doutorado em Direito da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil.



# Sumário

## Autor convidado

- 13 **Corrupção**  
**Uma perspectiva da filosofia da linguagem para o seu enfrentamento**  
Rodrigo Leite Ferreira Cabral

## Artigos

- 29 **Biopolítica e novas tecnologias**  
**O discurso do ódio na Internet como mecanismo de controle social**  
Vinicius Rocha Pinheiro Machado  
Jefferson Aparecido Dias  
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer
- 53 **Aspectos penais e regulatórios da venda de medicamentos sem registro**  
Thiago Bottino  
Alexandre Ortigão Sampaio Buarque Schiller
- 85 **Imagem e Retórica na prova em vídeo**  
Vicente Riccio  
Clarissa Diniz Guedes  
Amitza Torres Vieira  
Alexandre Souza
- 105 **Desempenho individual e transferência de votos**  
**no sistema eleitoral proporcional brasileiro**  
Márcio Cunha Carlomagno  
Valter Rodrigues de Carvalho
- 123 **Proteção internacional dos migrantes**  
**Entre prerrogativas e obrigações dos Estados**  
Jahyr-Philippe Bichara
- 149 **Constituição, responsabilidade dos agentes públicos e a criação do Supremo**  
**Tribunal de Justiça do Império (1826-1828)**  
André Lemos Jorge  
Júlio César de Oliveira Vellozo

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 173 **Testando os limites do regime jurídico internacional dos refugiados**  
**O caso europeu**  
I. M. Lobo de Souza  
Péricles Filgueiras de Athayde Filho
- 197 **Dogmática no século XXI**  
**A lei *versus* a prática nas sociedades estatais**  
Marcia Carla Pereira Ribeiro  
Giovani Ribeiro Rodrigues Alves
- 215 **O direito à adequação registral do transexual**  
**Reconhecimento da dignidade da pessoa humana na categoria da tolerância**  
Daiana Fagundes dos Santos Carboni

#### **Artigo em língua estrangeira**

- 233 **Jurisdictional battles for digital evidence,  
MLAT reform, and the Brazilian experience**  
Jacqueline de Souza Abreu

# Corrupção

Uma perspectiva da filosofia da linguagem para o seu enfrentamento

RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL

**Resumo:** O presente artigo busca promover algumas reflexões sobre o combate à corrupção, com base em concepções desenvolvidas pela filosofia da linguagem, especialmente na ideia wittgensteiniana de “forma de vida”. Ressalta-se a importância da comunicação e a força da lealdade entre os servidores públicos e uma administração íntegra.

**Palavras-chave:** Corrupção. Filosofia da Linguagem. Formas de Vida. Práticas. Capacitação.

## 1. Introdução

A corrupção é, sem sombra de dúvidas, um problema que desafia estudiosos e leigos. Não parece razoável que pessoas abastadas financeiramente e, muitas vezes, com elevado grau de instrução se envolvam nesse tipo de atividade ilícita.

A explicação tradicional para os atos de corrupção busca identificar alguma sorte de defeito no caráter das pessoas envolvidas e considera as alterações legislativas a solução protagonista para debelar tais práticas.

O presente trabalho adota uma outra perspectiva de enfrentamento da corrupção, focada na prevenção, e não na punição. Defende-se que as transformações culturais em larga escala são alcançadas prioritariamente por meio do ensinamento, cabendo à repressão uma função complementar – ainda que relevantíssima. Assim, não serão abordados neste artigo temas relativos à legislação, nem serão feitos comentários específicos de tipos penais. O foco será a mudança de comportamento por meio da linguagem.

Autor convidado

## 2. Por um novo foco de combate à corrupção

Entre os brasileiros, parece existir o consenso de que a corrupção é um dos mais sérios problemas do País, que merece um enfrentamento urgente e efetivo.

No senso comum e principalmente entre os juristas, predomina a ideia de que o caminho mais rápido e seguro para reduzir a corrupção a níveis toleráveis estaria no aprimoramento de nossa legislação repressiva e processual.

A visão que será aqui apresentada é um pouco diversa. A nosso sentir, não serão as leis sozinhas que irão salvar o País das chagas da corrupção, muito embora – e é bom deixar isso bem claro – a legislação, principalmente com o fortalecimento das agências e métodos de repressão à corrupção, tenham um papel imprescindível nessa jornada.

Sem embargo, de nada adianta termos uma legislação exemplar e agências de repressão extremamente eficientes (situação que, infelizmente, ainda não corresponde à realidade), se a cifra oculta dos casos de corrupção é extremamente grande e se persiste uma forte corrupção sistêmica no Brasil. As práticas corruptas e sua reiteração desenfreada geram um sem-número de casos dificilmente solucionáveis, em larga escala, pelo sistema repressivo tradicional, que deve ser complementar às alterações civilizatórias de uma nação.

Desse modo, parece-nos que a principal estratégia para a diminuição substancial dos atos de corrupção residiria numa mudança cultural em relação à forma como as pessoas, em especial os agentes públicos, tratam o dinheiro e os interesses públicos<sup>1</sup>. É imprescindível, pois, refletirmos sobre como é possível promover essa transformação cultural, o que nos propomos a fazer aqui, tendo como referência o conceito de formas de vida, desenvolvido por Wittgenstein (2010).

## 3. Formas de vida e a compreensão do fenômeno da corrupção

Por que algumas pessoas, muitas vezes abastadas e instruídas, se prestam a praticar atos de corrupção, como desvio e apropriação de dinheiro público, uso de bens públicos para fins particulares, instrumen-

---

<sup>1</sup>É bom deixar claro, porém, que o Brasil, sem dúvida nenhuma, tem órgãos e instituições públicas que ostentam um excelente grau de integridade. O que se propõe aqui é mudar a banda podre do serviço público e do corpo político que insiste em utilizar os recursos públicos como instrumento de enriquecimento privado.

talização dos serviços públicos para benefício de parentes ou amigos? O que as levaria a se envolver nesse tipo de ilícito? Por outro lado, por que outras pessoas são íntegras e ciosas dos interesses e do patrimônio públicos? O que diferencia essas pessoas? Que abismo as separa? Quais são as causas e as soluções para o problema da corrupção? Quem estuda o fenômeno da corrupção se depara com indagações como essas.

Para desenhar uma resposta a essas indagações, é importante considerar que, com frequência, parte-se de uma compreensão equivocada do fenômeno da corrupção. Pensa-se, normalmente, que a corrupção decorre de um defeito de caráter. Essa ideia é tributária de uma visão subjetivista tipicamente kantiana, segundo a qual a ética seria extraída da lei moral interna do indivíduo. Tal concepção pode ser sintetizada pela bela e conhecida passagem de Kant (2007, p. 145, tradução nossa): “Duas coisas me encham o ânimo de admiração e respeito: [...] o céu estrelado acima de mim e a lei moral que está em mim”.<sup>2</sup>

Por outro lado, a proposta de solução para o problema da corrupção centrada no aprimoramento legislativo decorre do fetiche juspositivista – que ainda goza de grande prestígio entre nós – de crer que a lei constitui, por si só, instrumento privilegiado de alteração da realidade social.

Assim, é possível afirmar que o subjetivismo kantiano e o positivismo jurídico vêm ser-

vindo de fundamento filosófico para a construção das soluções tradicionais para o problema da corrupção, as quais, em nossa opinião, têm-se mostrado insuficientes para enfrentar esse desafio.

Diante disso, pretendemos aqui propor um câmbio de perspectiva, para que a compreensão do tema seja iluminada pelo paradigma da filosofia da linguagem, notadamente daquela fundada por Wittgenstein (2010). Para tanto, é interessante invocar uma das concepções centrais do pensamento de Wittgenstein: a ideia de formas de vida (*lebensform*).

Para Wittgenstein, a vida social humana não é pautada exclusivamente por predileções individuais da pessoa, mas guiada, fundamentalmente, por regras, não necessariamente jurídicas, que lhe permitem reconhecer o certo e o errado, criando um hábito intersubjetivo capaz de indicar um horizonte de ação a ser seguido pelo sujeito. São essas práticas que nos guiam, orientam a forma como devemos nos comportar e pautam, em nosso dia-a-dia, como de fato nos comportamos. Tais normas práticas são construídas intersubjetivamente, por meio da linguagem, do ensinamento e da aprendizagem que temos ao longo da vida, de acordo com o contexto de nossa cultura, tradição e sociedade.

Como afirma Glock (1998, p. 174), “uma forma de vida é uma formação cultural ou social, a totalidade das atividades comunitárias em que estão imersos os nossos jogos de linguagem”.

De acordo com Wittgenstein (1980 apud GLOCK, 1998, p. 174),

o fato de que agimos desta ou daquela maneira; por exemplo, punimos certas ações, determinamos os estados de coisas dessa ou daquela forma, damos ordens, relatamos, descrevemos cores, interessamo-nos pelos

<sup>2</sup>De acordo com Dekens (2008, p. 86), “apenas a presença em nós da obrigação, ainda que jamais fosse acompanhada dos efeitos, representa para Kant o ponto de partida de toda filosofia prática, caráter admirável da humanidade, *analogon* ético do céu estrelado acima de nossas cabeças”. Sem embargo, como explica Rorty (2002, p. 160), essa visão não vem somente de Kant: “Desde siempre, la filosofía moral ha ido diciendo que en nuestras almas está implantado lo que Platón llamó una reminiscencia da la idea del bien y lo que Kant denominó la ley moral en nuestro interior”.

sentimentos alheios. O que deve necessariamente ser aceito, o que é dado – poder-se-ia dizer – são fatos da vida//formas de vida.

O eixo de referência de nossa forma de vida é a linguagem, vista como comportamento, como prática, como hábito. Assim, cada pessoa está inserida em uma pauta *standard* de conduta, dentro da qual a linguagem tem uma função prática. Daí porque “reconhecer o alcance e limites precisos da linguagem” (JANIK; TOULMIN, 1998, p. 284, tradução nossa) é um instrumento primário para o entendimento do comportamento humano.

Conforme sustentam Janik e Toulmin (1998, p. 285, tradução nossa):

Portanto, para o “último” Wittgenstein, a “significação” de qualquer expressão está determinada pelas atividades que se servem de símbolos, que estão conformadas pelas regras (“jogos de linguagem”), dentro das quais as expressões em questão são utilizadas em seu uso convencional; e, por sua vez, essas atividades, que se servem de símbolos, extraem sua significação das mais vastas pautas de atividades (ou “formas de vida”), nas quais estão incrustadas e das quais são um elemento constitutivo. A solução final que Wittgenstein deu ao inicial problema “transcendental” consiste, pois, em chegar a reconhecer todas as multiformes maneiras como as “formas de vida” criam contextos legítimos para os “jogos de linguagem”, e como, por sua vez, eles limitam o alcance e os confins do dizível.

Assim, o agir ético de uma pessoa não decorre, como defendia Kant (2007)<sup>3</sup>, de uma obrigação moral universal de atuar justamente, concepção tributária da denominada filosofia do sujeito, a nosso ver, já superada pelo paradigma da filosofia da linguagem, seja em

<sup>3</sup>Essa concepção kantiana ainda é muito forte em nossos meios acadêmicos, principalmente no meio jurídico.

uma perspectiva pragmática, seja em uma perspectiva hermenêutica<sup>4</sup>.

São as formas de vida, costuradas intersubjetivamente, que apresentam os caminhos éticos que cada indivíduo, mergulhado nesse contexto de regras e práticas sociais, irá trilhar<sup>5</sup>. O agir ético não vem do indivíduo, mas daquilo que ele aprendeu em sua família, em seus círculos de amizade e de trabalho, em sua comunidade e na sociedade em que vive.

Desse modo, a partir do momento em que compreendemos que as formas de vida têm grande influência na prática ou não de atos de corrupção, passamos a entender como as pessoas desenvolvem o seu caminho de vida e, conseqüentemente, estamos habilitados a identificar com maior clareza como é possível promover hábitos que se identifiquem melhor com a pauta normativa que nossa Constituição, republicana e democrática, tem como a adequada.

Os caminhos para tal desenvolvimento – é importante deixar bem claro – não podem ser traçados metafisicamente. Não há um método universal de superação da corrupção. Com base em tais premissas é que devemos construir uma estratégia para o aprimoramento

<sup>4</sup>Nas palavras de Habermas (2008, p. 20-21): “las filosofías pragmáticas y hermenéutica cuestionan las pretensiones de fundamentación y auto fundamentación del pensamiento filosófico con mayor intensidad que los seguidores críticos de Kant y Hegel. Estas filosofías abandonan ya el horizonte en el que se mueve la filosofía de la conciencia, con su modelo de conocimiento basado en la percepción y la representación de objetos. En lugar del sujeto aislado, que se orienta hacia los objetos y se convierte él mismo en objeto en el proceso de reflexión, no solamente aparece la idea de un conocimiento mediado lingüísticamente y referido a la acción, sino también el nexo entre la praxis y la comunicación cotidianas, en las que se inscribe las realizaciones cognitivas que en su origen son intersubjetivas al tiempo que cooperativas”.

<sup>5</sup>Conforme afirma Rorty (2000, p. 206, tradução nossa), “a obrigação moral não se obtém de uma natureza ou de uma fonte distinta da tradição, o hábito ou o costume. A moralidade não é nada mais do que um novo e controvertido costume”.



de nossas formas de vida no que diz respeito à prevenção da corrupção. Em países com histórico de práticas corruptas<sup>6</sup>, como o Brasil, o esforço para vencer a corrupção certamente deve ser muito maior<sup>7</sup>.

É importante notar, porém, que o desafio de transformar as formas de vida das pessoas que, de alguma forma, têm poder de exercício ou mando sobre (ou mesmo contato com) bens ou interesses públicos para rejeitarem a corrupção é uma missão muito menos complexa do que a de alterar as formas de vida da população em geral no que diz respeito à cri-

---

<sup>6</sup>Sobre essa relação entre cultura, corrupção e possibilidade de mudança, vale a pena trazer o seguinte trecho do artigo de introdução de Rose-Ackerman (2006, p. xx, tradução nossa) ao Manual Internacional sobre a Economia da Corrupção: “Alguns alegam que profundos fatores culturais, históricos e sociais são os motivos determinantes para a corrupção e também explicam o impacto da corrupção no crescimento econômico e outras variáveis. Muitos capítulos deste Manual apontam nessa direção, e provas empíricas apoiam algumas, mas não todas essas conclusões. Utilizar esses resultados literalmente é um conselho de desespero, pois sugerem que os países não podem escapar de suas histórias. Se a “cultura” de um país inexoravelmente gera corrupção, os responsáveis pela política podem acabar desistindo de um projeto de reforma. Isso parece demasiadamente terrível. É claro que a realidade dos dias atuais, inclusive as instituições existentes, são influenciadas pela história e cultura. O trabalho estatístico pode concluir que a mortalidade dos colonos, a herança colonial, a religião, a distância do Equador são importantes causas para as instituições atuais. Isso, porém, não significa que um país, que tem como pano de fundo condições associadas à corrupção e ao baixo crescimento, não possa mudar. Muito embora isso sugira que essas mudanças precisariam ser muito mais radicais e mais difíceis de alcançar do que em outros países”.

<sup>7</sup>Nos casos de cultura amigável às práticas corruptas, em que as normas não estão alinhadas às práticas habituais de determinado grupo de pessoas (ROBINSON, 2012, p. 55-56), o Direito e outros instrumentos de ensinamento social têm uma dificuldade muito maior para justificar-se e devem fazer um enorme esforço para tornar públicas as normas de integridade e convencer determinado grupo de pessoas a segui-las, pois essas normas se mostram contraintuitivas para essas comunidades. Isso ocorre porque, quando “el Derecho entra en conflicto con la intuición lega, será necesario un esfuerzo específico de instrucción” (ROBINSON, 2012, p. 91). As dúvidas sobre a pretensão de verdade de opiniões devem ser eliminadas mediante explicações e afirmações, já que o discurso deve estar fundado em boas razões (ETCHEVERRY, 1999, p. 13).

minalidade, pois o número daquelas pessoas é muito mais reduzido.

Além disso, as pessoas sujeitas a atos de corrupção são, em geral, funcionários públicos; portanto, submetidos ao regime jurídico estatal. Consequentemente, a administração tem a possibilidade de intervir nessas formas de vida de modo muito mais efetivo do que tem nas formas de vida dos demais cidadãos.

Se aceitarmos que as formas de vida têm grande influência<sup>8</sup> na prática de atos de corrupção<sup>9</sup> e que os agentes públicos têm mais oportunidades de praticar atos ilícitos, a pergunta que surge necessariamente é: como podemos aprimorar as formas de vida dessas pessoas<sup>10</sup>?

A resposta genérica parece clara: por meio da linguagem. A ideia aqui, porém, é concre-

---

<sup>8</sup>Evidentemente, não se trata de uma questão de causa e efeito. Muito longe disso, não cremos, nem um pouco, na ilusão de que a tarefa do filósofo é a de colocar a filosofia (ou o direito) no caminho seguro da ciência, como defendia Ayer (1936) em seu *Language, Truth and Logic*. As formas de vida somente podem ser compreendidas dentro do seu contexto, considerando-se, inclusive, as causas extraordinárias da história pessoal que podem, eventualmente, afastar o indivíduo daquilo que ordinariamente faria (v.g., funcionário com uma filha com câncer, que necessita desesperadamente de dinheiro para o tratamento, pode eventualmente praticar um ato de corrupção, muito embora tenha uma prática de vida extremamente honesta). Jamais podemos nos esquecer do contexto!

<sup>9</sup>É importante também esclarecer que, muito embora estejamos utilizando o termo corrupção, nós o fazemos mais para fins de leveza do texto. Não é de se ignorar que a doutrina tem sérias dificuldades de conceituar o termo corrupção. Veja-se, a respeito da complexidade da discussão, a dificuldade na conceituação de corrupção policial (ou seja, é extremamente difícil conceituar uma pequena parte das corrupções possíveis) em Dallagnol (2013, p. 223). Em nossa visão, é impossível conceituar corrupção com base nas premissas da filosofia do sujeito (ou seja, uma ideia de conceito como espelho da realidade – visão essencialista). O único caminho possível, nos parece, é com base na ideia wittgensteiniana de semelhança de família (*Familienähnlichkeit*), mas esse desafio ultrapassa os limites do presente trabalho.

<sup>10</sup>Ou poderíamos perguntar, como fizeram Janik e Toulmin (1998, p. 336): “¿Qué pasa si las lebensformen de una sociedad particular están de tal manera estructuradas que sistemáticamente frustran la expresión de juicios honestos y con buenos principios?”

tizar um pouco mais essa resposta, apontando alguns caminhos, ainda que não exaustivos, para elevar o nível de integridade na atuação da administração pública brasileira.

É certo que as normas jurídicas são evidentemente uma forma de comunicação. Como tal, elas ostentam uma inegável pretensão de validade (COBO DEL ROSAL; VIVES ANTÓN, 1999)<sup>11</sup>. Ao enunciar seu comando normativo, as normas veiculam uma pretensão, uma expectativa de comportamento com relação ao cidadão, que pode com ela concordar ou dela discordar, ou seja, pode cumprir o que ela comunica ou não.

Essa visão da norma com pretensão de validade é defendida também por Habermas (1999, p. 176):

O modelo adequado é, melhor dizendo, o da comunidade de comunicação dos interessados que, como participantes de um discurso prático, examinam a pretensão de validade das normas e, na medida em que as aceitam com razões, chegam à convicção de que as normas propostas, nas circunstâncias dadas, são corretas. O que fundamenta a pretensão de validade das normas não são os atos irracionais de vontade das partes contratantes, mas sim o reconhecimento, motivado racionalmente, das normas que podem ser problematizadas a qualquer momento. Portanto, o ingrediente cognitivo das normas não se limita ao conteúdo proposicional das expectativas de condutas normatizadas; a pretensão de validade normativa, como tal, é cognitiva no sentido de uma suposição (ainda que contrafática) de que seria possível de ser corroborada normativamente, fundamentando-a num consenso dos participantes, obtido mediante argumentos. Uma ética construída sobre a base de imperativos equivoca-se sobre a genuína dimensão de uma justificação possível dos argumentos práticos: a argumentação moral.<sup>12</sup>

Assim, é a comunicação de boas razões, com argumentação racional e persuasão, que torna possível convencer o cidadão ou o funcionário público a seguir a norma, criando com ela laços de lealdade e alterando suas formas de vida.

Essa comunicação de boas razões pode ser feita de diversas maneiras. Nesse artigo, enumeram-se as três perspectivas que nos parecem mais importantes para que seja possível a criação de vínculos de lealdade com o interesse público: 3.1. o exemplo dos agentes políticos, da chefia e dos pares para a criação de um hábito de integridade em determinada unidade do serviço público; 3.2. a capacitação dos funcionários públicos em matéria de integridade; e 3.3. o tratamento legítimo dispensado pela administração a seus funcionários.

---

<sup>11</sup> Como afirma Vattimo (2009, p. 11), “toda pretensión de validez [...] está fundada en una factible puesta en común (condivisibilità) del proyecto que propone”.

<sup>12</sup> Desenvolvendo um pouco mais essa ideia, ver Cabral (2017, p. 73).

### 3.1. Exemplo dos agentes políticos, da chefia e dos pares

Inicialmente, é fundamental ressaltar a imensa força comunicativa do exemplo, em especial o exemplo daqueles que estão no topo hierárquico de determinado poder, instituição ou unidade administrativa.

Os exemplos nada mais são do que os hábitos, as práticas realizadas em determinado ambiente. Quando esse exemplo é oriundo da pessoa que tem a maior responsabilidade e visibilidade de atuação, ele acaba marcando o tom da forma de vida a ser praticada em determinado contexto.

Quando um agente político é escolhido com base em critérios outros que não sua capacidade para cumprir as funções<sup>13</sup> ou quando é eleito com base em fundamentos espúrios (v.g., compra de apoio político, recebimento de doações eleitorais como moeda de troca para futuros benefícios decorrentes do exercício da função), não há dúvidas de que sua atuação já começa comprometida por um déficit de legitimidade e dificilmente terá ele a capacidade (ou o interesse) de reger sua atuação pela batuta da ética.

Em relação a esse tema, os partidos políticos poderiam ter atitudes verdadeiramente revolucionárias; poderiam submeter tanto os escolhidos como os candidatos a cargos eletivos quanto os indicados para cargos políticos ou em comissão na administração pública a um rigoroso filtro ético. Infelizmente, esse não é o *lebensform* adotado pela maioria das siglas partidárias em nosso país. Muita gente não está disposta a pagar o preço da integridade.

Não podemos ser ingênuos. A integridade, em especial nesse âmbito, tem um alto custo pessoal. Muita gente com práticas corruptas tem um enorme eleitorado cativo ou poderio político ou econômico capaz de influenciar a conduta de outros políticos ou mesmo de uma bancada no parlamento.

É óbvio que essa falta de integridade na política é muito conveniente, inclusive para aqueles que não recebem propinas nem se apropriam de dinheiro público, ou seja, aqueles que se olham no espelho e se veem como pessoas honestas. Nesse contexto, é mais fácil para o governo aprovar projetos de lei, manter a governabilidade sem grandes debates ou entres e amenizar o tom das críticas. Mas nada disso é de graça.

---

<sup>13</sup> Não se está aqui a criticar as escolhas políticas. Os agentes políticos devem, evidentemente, guardar afinidade ideológica com o governante eleito. O que se critica é a escolha de pessoas que não tenham nenhuma potencialidade, por exemplo, para ocupar um Ministério ou uma Secretaria Estadual, os casos em que o único critério para a escolha foi o de acomodar interesses fundados no famoso “toma-lá-dá-cá”. A situação é muito mais grave quando a pessoa escolhida já tem um histórico ou projeto de vida desvinculados da integridade e do interesse público.

Esse é o *lebensform* que tem regido a prática política nas várias esferas de governo, inclusive as relações entre poderes e instituições. Por isso, para que seja possível falar seriamente em combate à corrupção, deve-se mudar radicalmente a forma de fazer política no Brasil. E, com o devido respeito aos que pensam o contrário, não será uma mudança na Constituição que fará isso, nem mesmo uma reforma política, que, claro, pode ajudar, mas jamais resolver o problema.

A necessária reforma ética somente se dará “mediante um processo de desarticulação das práticas existentes e criação de novos discursos” (MOUFFE, 2011, p. 40, tradução nossa). Isso significa que ou se transforma radicalmente essa práxis política, ou o futuro não nos oferecerá um horizonte muito promissor em relação à diminuição da corrupção<sup>14</sup>.

Não são, porém, apenas os agentes políticos que devem mudar. Em uma perspectiva microcós mica, essa mudança de práticas deve também ser levada a efeito em todas as unidades administrativas. Nesses casos, é também de rigor que os funcionários dos mais altos escalões apresentem postura exemplar no exercício das suas funções, evitando qualquer uso instrumental dos bens e serviços públicos, rejeitando com veemência qualquer prática antirrepublicana.

Da mesma forma, devem buscar a punição exemplar daqueles que têm desvio de conduta, sem qualquer sentimento de apadrinhamento, proteção ou omissão. Sem embargo, não há dúvida, cortar na carne gera desgastes, incompreensões e, inclusive, represálias. A tarefa não é fácil, mas é o caminho correto e imprescindível para a mudança.

Assim, é fundamental que as instituições e os detentores de cargos de hierarquia superior adotem uma postura comunicativa muito clara, marcando para os demais servidores que as práticas administrativas naquela unidade devem ser pautadas pela mais límpida ética. Uma chefia corrupta, leniente ou conivente com os desvios éticos acaba, em última análise, autorizando implicitamente que os funcionários de escalão inferior sigam o mau exemplo.

A conduta geral das equipes é um barômetro para analisar a existência de práticas corruptas. Uma unidade administrativa em que seja regra a prática de condutas de corrupção (por exemplo, uma delegacia de polícia em que os investigadores e escrivães têm o costume de extorquir investigados, testemunhas e vítimas) cria um ambiente bastante hostil às condutas éticas de funcionários novos que lá cheguem.

---

<sup>14</sup> Conforme afirma Rose-Ackerman (2006, p. xxi, tradução nossa) sobre mudanças para o combate à corrupção: “Reformas não ocorrem no vácuo, mas são profundamente afetadas pelo contexto político no qual são implementadas”.

Assim, o ambiente<sup>15</sup> de cada unidade administrativa com relação à corrupção é um sintoma muito relevante para a identificação e a solução de problemas de corrupção<sup>16</sup>. Nesse sentido, via de regra, o tom dado a esse ambiente está (ou deveria estar) sob a batuta da chefia, salvo naqueles contextos de degradação ética tão profunda que mesmo os superiores acabam vendo-se incapazes de promover mudanças<sup>17</sup>.

### 3.2. Capacitação em integridade

Uma das formas mais importantes de apresentar boas razões para convencer as pessoas a aprimorar seu modo de vida adotando uma prática mais ética é a aprendizagem que, no âmbito dos funcionários públicos, pode ocorrer por meio da capacitação em integridade.

---

<sup>15</sup> Aqui é muito importante considerar o ambiente, as práticas. Não devemos cair na visão protetora do sistema consagrada pela denominada teoria da maçã podre, como consigna Dallagnol (2013, p. 255): “Não se pode adotar uma visão simplista das causas da corrupção policial, como a teoria da maçã podre, segundo a qual a corrupção é um problema meramente particular, envolvendo o indivíduo desonesto (a metáfora se refere ao fato de que os policiais corruptos seriam apenas algumas poucas maçãs podres do barril). Tal concepção não raro é apregoada publicamente por chefes de corporações policiais que buscam com isso defender a imagem de suas instituições e a eficiência de sua liderança e supervisão através do ‘isolamento’ do problema, que ‘solucionam’ demitindo o policial desviado e apregoando que agora a instituição está novamente ‘limpa’. A teoria da maçã podre, segundo a Comissão Knapp que investigou a corrupção policial em Nova Iorque, tem duas premissas: ‘primeiro, a moral do Departamento exige que não haja um reconhecimento oficial da corrupção, ainda que praticamente todos os membros do Departamento saibam que ela existe de modo extenso; segundo, a imagem e efetividade públicas do Departamento exigem uma negação oficial dessa verdade’”.

<sup>16</sup> Esse dado é tão relevante que uma das formas de classificação da corrupção o leva em conta. Nesse sentido, podem ser identificados dois tipos de corrupção: (i) corrupção praticada por agentes de nível inferior que se beneficiam de uma oportunidade e (ii) corrupção sistêmica praticada em larga escala, a qual, nos casos mais graves, pode envolver a) um braço do poder público organizado de modo a operar como um máquina geradora de renda; b) uma democracia nominal dominada por um sistema eleitoral corrupto em que o dinheiro determina o resultado dos pleitos; c) governos que se engajam em grandes projetos e transferem ativos de modo a acarretar efeitos significativos na saúde dos negócios de organizações nacionais e estrangeiras. Ver Rose-Ackerman (2006, p. xvii).

<sup>17</sup> Nesse sentido também afirma Dallagnol (2013, p. 265-267) a respeito da corrupção policial: “Segundo Ivkovic, os chefes de corporações policiais normalmente têm grande poder e controle sobre todo o funcionamento da organização, de modo que sua postura quanto à corrupção e abuso de autoridade, refletida não só em palavras, mas especialmente em atitudes, tem um impacto significativo no comportamento dos policiais. Dentre as atitudes do chefe com impacto no comportamento da corporação estão o próprio comportamento honesto ou corrupto do chefe, a reação diante da corrupção alheia (a quem a reação se estende, bem como qual a intensidade e severidade da reação), e a prioridade que confere ao assunto (corrupção) na sua pauta de planejamento, coordenação, organização e controle, estando englobados aí o estabelecimento de mecanismos de supervisão, regras claras contra a corrupção, combate ao ‘código de silêncio’ etc. Quando o chefe ‘fecha os olhos’ para o problema e o nega, os liderados tendem a ver a liderança como corrupta, ingênua, incompetente ou incapaz de fazer frente à corrupção ou ao abuso. Quando o chefe adota a ‘teoria da maçã podre’, ele deixa de perceber as necessidades de reforma institucional e concede livre campo para que o comportamento desviado se desenvolva. Punch assevera que o líder da corporação é peça essencial para uma mudança institucional e que pode restaurar ordem e disciplina”.

Sobre a importância da função educacional, assim argumenta Bauman (2000, p. 79):

O principal instrumento moderno para criação do código de escolha foi a educação. Trata-se de um esforço institucionalizado para instruir e treinar os indivíduos na arte de usar sua liberdade de escolha dentro da agenda estabelecida legislativamente. A educação visa a prover os optantes de sinais de orientação, regras de conduta e, acima de tudo, valores que orientem a opção, ou seja, dotá-los da capacidade de distinguir entre as razões corretas e incorretas de preferência e da inclinação a seguir aquelas e evitar essas. A educação visa a induzir os indivíduos a internalizar as normas que dali em diante guiarão a sua prática.

Desse modo, com vistas a criar um hábito ético no funcionalismo público e nas suas relações com o sistema privado, é fundamental que os servidores, com periodicidade, recebam uma capacitação adequada para a mudança ou reforço de um *lebensform* íntegro.

Evidentemente, essa capacitação tem que se assentar em boas razões; tem que se estabelecer de forma dialógica, horizontal e não hierarquizada; de maneira ética e não instrumental. Aqui, vale a força do melhor argumento<sup>18</sup>.

Cursos baseados em um discurso unilateral, autoritário e com uma visão que desconsidera o contexto interno da vida dos funcionários destinatários dificilmente geram os efeitos pedagógicos pretendidos. Da mesma forma, os discursos moralistas, com frases de efeito e impregnadas de senso comum sobre a corrupção, também geram pouco efeito de transformação.

A capacitação deve apresentar um bom aprofundamento teórico, mas sem descuidar do seu objetivo primordial de orientar e ensinar como deve ser um comportamento correto em determinados grupos de casos. Deve, por isso, ser voltada ao contexto específico de cada carreira, de cada região do país e deve abordar os problemas e dilemas específicos enfrentados pelo auditório de servidores que está em treinamento.

Assim, por exemplo, os policiais militares devem receber orientação sobre as situações do dia-a-dia da rua ou dos ambientes burocráticos que enfrentam. Os policiais civis e federais deverão focar nas suas res-

---

<sup>18</sup> Assim, também afirma Kindhäuser (1996, p. 38-39): “La racionalidad, que exige la comunicación orientada al acuerdo, no es de naturaleza instrumental. Aquel que acepte argumentar exigencias de verdad o de valoración de forma discursiva, expresa ya con esto que la verdad y la valoración no se pueden encontrar por medio del engaño o de manipulaciones de las convicciones. Con la aceptación de un diálogo racional se reconoce implícitamente el principio de que solamente es válido el poder del mejor argumento. Este es el principio discursivo de la igualdad de derechos y de la responsabilidad común solidaria de todos los participantes”.

pectivas tarefas, que têm muitas características distintas das dos policiais militares. Os policiais de fronteira devem ter informações e orientações para os casos específicos de fronteira, os fiscais da receita para os casos que normalmente ocorrem em sua atuação e assim sucessivamente.

Cada carreira tem suas práticas específicas e a capacitação deve respeitar essas diferenças e focar nas fragilidades e nas maiores exposições a riscos de corrupção que se apresentam para os respectivos servidores.

Ademais, os problemas nacionais e regionais nossos são muito característicos. Por isso, muito embora seja bastante relevante o aprendizado de boas práticas já empregadas em outras regiões ou países, dificilmente será possível combater os problemas locais e regionais com o mero transplante de práticas adotadas em outros contextos.

O convencimento pode e deve valer-se não só de argumentos racionais, mas também evocar argumentos sentimentais<sup>19</sup>, tentando sensibilizar as pessoas sobre a importância de um agir ético, sobre as consequências gravíssimas que a corrupção acarreta na vida concreta de inúmeros brasileiros.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup>Rorty (2000, p. 124-125) defende a diferenciação entre a discussão com base em razões e a educação com base no sentimento, conforme se verifica do seguinte trecho de seu livro: “La mayor parte del proceso de educar no se basa en la argumentación, a menos que uno extienda al alcance del término ‘argumento’ más allá del reconocimiento intelectual. En particular, una parte muy importante de lo que es educar consiste simplemente en una apelación al sentimiento. Es verdad que la distinción entre esta apelación y un argumento es borrosa. No obstante, supongo que nadie dirá que hacer que un nazi empedernido vea películas sobre la apertura de los campos de concentración, o hacer que lea el Diario de Anna Frank, sea lo mismo que discutir (*arguing*) con él”.

<sup>20</sup>Veja-se que, conforme notícia Rorty (2000, p. 79-137), muitos professores para (re)educar jovens nazistas faziam com que os alunos lessem o *Diário de Anne Frank* para sensibilizarem-se com os horrores causados pelo nazismo. Alguns educadores, para combater as ideias racistas ou homofóbicas, também orientavam a leitura de livros como *Black Boy* e *A boy's life*.

Ademais, a capacitação deve alimentar os laços de lealdade entre os agentes públicos e os interesses republicanos, fomentando os ideais de uma causa pública, pois o desenvolvimento de uma sociedade é determinado justamente por sua capacidade de aprendizagem institucional (HABERMAS, 1999, p. 31).

A função educativa da capacitação é relevantíssima. É importante que se demonstre, com razões e com sentimentos, a importância de um agir ético na administração pública. Em suma: invocar boas razões para que se integre, em nossas formas de vida, uma práxis de acordo com uma pauta de correção, de honestidade.

### **3.3. Tratamento legítimo da administração para com seus funcionários (criação de vínculos de lealdade com o interesse público)**

Outro aspecto comunicativo fundamental diz respeito ao modo como o Estado trata seus funcionários. Se a relação entre o Estado e os funcionários é de exploração, seguramente eles terão poucos motivos para manter uma relação de fidelidade ou lealdade às instituições para as quais trabalham.

Desse modo, a administração tem que fomentar uma causa pública pela qual valha a pena lutar, bem como deve tratar seus funcionários de modo respeitoso, democrático e ético. Ademais, sob o aspecto financeiro, deve existir uma contraprestação justa e correspondente à responsabilidade, à exigência de formação educacional e aos riscos do cargo<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup>Claro que nem tudo que os sindicatos e associações pleiteiam deve ser atendido. Em um país como o nosso, em que a carência de recursos é a regra, todos temos que ter consciência de que “o cobertor é curto”. Ademais, há muitas pautas associativas que longe estão de buscar o interesse público ou a melhora das condições de trabalho, muitas vezes veiculando apenas interesses corporativos para uma busca de “mais poder”.

O agente público deve sentir-se prestigiado, sentir que a chefia está ao seu lado, compartilhando os mesmos ideais de concretização da causa pública.

A humilhação, a perseguição, o desrespeito, a atribuição de tarefas meramente burocráticas e sem uma finalidade específica, tudo isso contribui fortemente para a corrosão das relações de lealdade entre os funcionários e a administração.

Quando, por outro lado, o funcionário é valorizado, vê sentido no exercício de suas funções, vê que está contribuindo para uma causa pública, tem um líder democrático que assegura relações horizontais, fica muito mais facilitada a costura de relações de lealdade, e são bastante efetivos os efeitos positivos na produtividade e integridade.

Ademais, deve a administração também ter uma atitude de cuidado para com seu agente. Deve velar pela sua saúde física e mental; deve ainda – e isso é muito relevante para o combate à corrupção – estar atento à vida privada do agente, especialmente se está com filho doente, em conflito familiar ou se está passando por sérias dificuldades econômicas. Nesse sentido, é bastante importante a implementação de programas de auxílio psicológico, médico e, inclusive, de orientação financeira para os funcionários públicos. Todos esses gestos são sinais comunicativos muito fortes de uma relação de atenção e cuidado com aquele que, em última análise, é a administração materializada em carne e osso.

Nesse sentido, vale trazer a análise de Tyler (2011, p. 4, tradução nossa), professor da Universidade de Yale, sobre interessante estudo realizado por Kurt Lewin, que demonstra a força e a importância de uma liderança baseada na democracia e na participação, ao contrário de uma liderança autoritária:

Uma distinção experimental chave introduzida no enfoque feito pela pesquisa de Lewin foi o comportamento de estudantes enquanto o líder estava presente e o comportamento enquanto ele estava ausente.

Descobriu-se que, quando um líder de um grupo autocrático deixava a sala de aula, o comportamento dos jovens mudava (o tempo de trabalho dos meninos baixava de 52% para 16%). Quando o líder era democrático, essa mudança não acontecia (por exemplo, o tempo de trabalho baixava apenas de 50% para 46%). Portanto, quando o grupo era motivado por meios democráticos, os meninos trabalhavam independentemente da presença da autoridade apresentando-lhes recompensas e/ou sanções. Lewin argumenta que uma liderança democrática, com participação, envolve a motivação interna dos meninos. Assim, o comportamento não está mais vinculado à presença de forças externas representadas pelo líder. Em lugar disso, o comportamento flui da motivação interna – do que os meninos querem fazer ou sentem o dever de fazer.



Claro que toda pesquisa deve ser vista com certa parcimônia e atenção ao contexto em que foi produzida. Não restam, porém, dúvidas sobre a importância de um trato adequado dos funcionários pela administração para uma atuação leal e compromissada dos funcionários. A administração deve ver o funcionário como um integrante, um companheiro de trabalho e de lutas, favorecendo, assim, a internalização das normas e a criação de lealdade e tornando, como consequência, o combate à corrupção uma tarefa muito menos árida.

As relações de lealdade devem ser fortalecidas com a administração íntegra, e não com colegas aéticos. O estreitamento da relação funcionário-integridade faz com que os servidores, ao identificar algum colega com atitude corrupta, vejam-no como traidor, como alguém que está frustrando as expectativas de uma prática correta, afetando a imagem da administração como um todo. Isso é muito importante para evitar o terrível efeito da lei do silêncio ou das omissões de funcionários honestos quando presenciam atos de corrupção.

#### **4. Conclusão**

A título de conclusão, é importante ressaltar que este trabalho centrou-se em uma visão comunicativo-preventiva do enfrentamento à corrupção, pois – a nosso sentir – somente investindo nessa perspectiva será possível diminuir significativamente os níveis de corrupção em nosso País.

Sem dúvida, é imprescindível aprimorar muitos institutos jurídicos. Deve-se celebrar a transparência, o controle social, a melhora do sistema de controle financeiro, a desburocratização e o aperfeiçoamento da forma como se faz investigação, persecução e reparação dos danos, seja de uma perspectiva penal, seja administrativa.

Consideramos, porém, que é muito difícil modificar o estado atual de coisas se a lógica da repressão continuar como única protagonista do combate à corrupção. As mudanças operadas somente segundo essa lógica são tímidas e acabam por não atacar as formas de vidas que alimentam a corrupção. É nesse sentido que defendemos a força da comunicação e do ensinamento como estratégia de prevenção da corrupção. O aprimoramento dos institutos jurídicos e a prática comunicativa devem caminhar juntas, uma complementando a outra.

É evidente que as medidas aqui sugeridas não são exaustivas, tampouco seus resultados são automáticos e imediatos. Parece-nos, contudo, que apresentam um horizonte promissor para o longo e árduo trabalho de combate à corrupção. O problema é complexo, pois não

é fácil mudar velhos hábitos. Nada disso, porém, – e sempre correndo o risco de parecer ingênuo – deve inibir a incansável tentativa de mudança.

Afinal, a corrupção não é um problema dos outros, mas nosso. Não é um problema teórico, mas prático, uma vez que, somente com uma efetiva alteração de nossos hábitos, será possível viver em uma sociedade que promova a ética e reprove a corrupção.

### **Sobre o autor**

Rodrigo Leite Ferreira Cabral é doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição; professor titular do programa de doutorado em Ciências Penais da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala, Guatemala; promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Foi pesquisador-visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, Alemanha.

E-mail: rodrigo\_cabral@hotmail.com

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>22</sup>**

CORRUPTION: COPING STRATEGIES FROM THE PERSPECTIVE OF THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE

ABSTRACT: This article develops some reflections about a new perspective for the fight against corruption, based on some conceptions developed by the philosophy of language, especially with the wittgensteinian idea of ‘forms of life’, that highlights the relevance of the communication and the strength of loyalty between the public employees and the administration with integrity.

KEYWORDS: CORRUPTION. PHILOSOPHY OF LANGUAGE. FORMS OF LIFE. PRACTICES. TRAINING.

### **Como citar este artigo**

(ABNT)

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corrupção: uma perspectiva da filosofia da linguagem para o seu enfrentamento. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 13-28, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p13](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p13)>.

---

<sup>22</sup>Sem revisão do editor.

(APA)

Cabral, R. L. F. (2018). Corrupção: uma perspectiva da filosofia da linguagem para o seu enfrentamento. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 13-28. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p13](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p13)

## Referências

- AYER, Alfred J. *Language, truth and logic*. London: V. Gollancz, 1936.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. corr. aum. y actual. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Corrupção policial. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coord.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 209-322.
- DEKENS, Olivier. *Compreender Kant*. Tradução de Paula Silva. São Paulo: Loyola, 2008.
- ETCHEVERRY, José Luis. Advertencia a la edición castellana. In: HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Cátedra, 1999. p. 9-16. (Colección Teorema).
- GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. (Dicionários de Filósofos).
- HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Cátedra, 1999. (Colección Teorema).
- \_\_\_\_\_. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Traducción de Ramón García Cotarelo. Madrid: Trotta, 2008.
- JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *La Viena de Wittgenstein*. Traducción de Ignacio Gómez de Liaño. Madrid: Taurus, 1998.
- KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Traducción de J. Rovira Armengol. Buenos Aires: Losada, 2007.
- KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Traducción de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. (Colección de Estudios, v. 9).
- MOUFFE, Chantal. *En torno a lo político*. Traducción de Soledad Laclau. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011. (Obras de Sociología).
- ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y en qué medida*. Traducción y introducción de Manuel Cancio e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012. (Derecho Penal y Criminología).
- RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Traducción de Joan Vergés Gifra. Barcelona: Ariel, 2000. (Ariel Filosofía).
- \_\_\_\_\_. *Filosofía y futuro*. Traducción de Javier Calvo y Angela Ackermann. Barcelona: Gedisa, 2002.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. Introduction and overview. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). *International handbook on the economics of corruption*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. p. xiv-xxxviii. (Elgar Original Reference).

TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011.

VATTIMO, Gianni. Presentación. In: RORTY, Richard. *Una ética para laicos*. Traducción de Luciano Padilla López. Buenos Aires: Katz, 2009. p. 7-15. (Discusiones).

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. (Teoría).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. 3. ed. Barcelona: Crítica, 2010.

# Biopolítica e novas tecnologias

## O discurso do ódio na Internet como mecanismo de controle social

VINICIUS ROCHA PINHEIRO MACHADO

JEFFERSON APARECIDO DIAS

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER

**Resumo:** O presente artigo tem por objeto analisar como os mecanismos de controle, surgidos com a biopolítica em substituição ao poder soberano, têm sido utilizados para promover o discurso de ódio na Internet, em especial nas redes sociais, como forma de promover o controle da vida das pessoas. Serão apresentadas considerações sobre a criação da Internet e das redes sociais, bem como será analisada a atual situação, na qual as leis vigentes não estão sendo eficazes para reprimir o discurso de ódio que, mais do que suscitar uma resistência legítima, tem alimentado novos discursos de ódio. Por fim, exploram-se as relações entre a biopolítica e a evolução tecnológica, bem como a possibilidade do combate pela multidão da potencialização dos efeitos lesivos do discurso do ódio na Internet, de forma a permitir que a própria vida possa assumir o papel de resistência. O trabalho foi desenvolvido com base no método hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** Mecanismos de controle. Novas tecnologias. Discriminação. Resistência.

### Introdução

A teoria da biopolítica, importante construção da filosofia contemporânea, tem sido objeto de inúmeros debates. Afinal, será que a relação humana com a política se tornou tão intensa que passou a atingir aspectos existenciais físicos e a influenciar cada interação individual na sociedade? Nesse quadro, pensadores como Foucault, Agamben, Zizek,

Recebido em 21/3/18

Aprovado em 16/4/18

Deleuze e Negri desenvolvem ideias que são debatidas de forma acalorada na academia.

Este trabalho objetiva analisar como a biopolítica, por meio de mecanismos de controle, pode influenciar o tema da desigualdade, fomentar as diversas formas de discriminação e as práticas de discurso do ódio, cada vez mais usuais na rede mundial de computadores. Também pretende analisar como a vida, nesse cenário biopolítico, pode representar uma força de resistência a tais movimentos de controle, na busca da emancipação das pessoas.

O surgimento de novas tecnologias, especialmente a Internet, tem gerado impactos de grande complexidade nas relações humanas. Afinal, a mesma rede que permite maior autonomização do indivíduo o empurra ao exercício dos seus instintos mais bestiais quando o incita a odiar o próximo.

Inicialmente, abordam-se as bases conceituais da biopolítica, colacionando breves aspectos de alguns teóricos da área, e os conceitos de diferenciação e de discriminação. Em seguida, aborda-se o conceito de Internet e suas principais ondas de popularização: a emergência da *World Wide Web* – *WWW*, e o surgimento das redes sociais, estas últimas mais relevantes para a compreensão dos problemas que cercam as práticas de discurso do ódio. Na sequência, são apresentadas características da rede e do discurso do ódio, e algumas leis que, em tese, teriam como objetivo reprimir atos ilícitos nela praticados. Ao final, focaliza-se a relação entre biopolítica e novas tecnologias, especificamente entre biopolítica e discurso do ódio, bem como os movimentos de resistência ao uso do discurso do ódio como mecanismo de controle social.

O trabalho adota como procedimentos técnicos as pesquisas bibliográfica e documental e opta pelo método hipotético-dedutivo, buscando responder ao questionamento: o discurso do ódio na Internet – em especial nas redes sociais –, compreendido como reflexo biopolítico da vida humana em sociedade, poderá ser minimizado por movimentos de resistência na própria rede?

Nesse sentido, levanta-se como resposta provisória a afirmação de que, embora existam movimentos de resistência na rede, o discurso do ódio tem sido um dos mais severos problemas a serem resolvidos na era das novas tecnologias. Percebe-se, neste momento, muito mais uma ampliação ostensiva de práticas com efeitos cada vez mais discriminadores do que movimentos de resistência, que são imprescindíveis, não apenas para, se for o caso, provocar a aprovação de novas leis, mas também para promover outros mecanismos de controle em defesa da dignidade humana.

## 1. Biopolítica e a construção teórica da desigualdade social

Dentre as concepções mais debatidas pela filosofia política contemporânea, uma tem chamado bastante atenção: a biopolítica. Segundo Foucault (1988), a biopolítica teria surgido em meados do século XVIII, quando o enfraquecimento do poder soberano de governos absolutistas, que já não detinham a força necessária para fazer cumprir suas leis, fez surgir uma nova forma de governar a vida humana, baseada na adoção de mecanismos de controle que, incidindo sobre o indivíduo e também sobre a população como um todo, induzem a adoção de determinadas posturas para atingir objetivos previamente definidos:

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos — tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as *disciplinas: anátomo-política do corpo humano*. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e de *controles reguladores: uma biopolítica da população*. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida (FOUCAULT, 1988, p. 131, grifos do autor).

Em Aristóteles, o homem era visto como um animal capaz de viver politicamente; na modernidade, a política passa a ser considerada um aspecto intrínseco à vida humana em constante processo de questionamento (GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 9-34). Se antes o poder era exercido apenas sobre *bios*, ou seja, a vida da população qualificada politicamente, com a biopolítica ele passa a incidir também sobre *zoé*, a vida natural que é comum a todos os animais, inclusive os humanos. Na lição de Médiçi (2011, p. 59, tradução nossa)<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> No original: “Para Foucault, se produce la novedad de la emergencia de la tecnología biopolítica del poder a partir del siglo XVII/XVIII. Con lo cual, la distinción griega que se hace célebre a través de La Política de Aristóteles, entre bios (la vida de la polis, cualificada políticamente, del zoon politikon, como búsqueda del buen vivir), y la zoé la mera vida natural que es común al hombre y a otros animales, deja de tener sentido: bios y zoé se

Para Foucault, a novidade do surgimento da tecnologia biopolítica do poder se produz a partir do século XVII/XVIII. Com ela, a distinção grega que se fez célebre com *A política* de Aristóteles, entre *bios* (a vida da *polis*, qualificada politicamente, do *zoon politikon*, como busca do bem viver), e a *zoé*, a mera vida natural que é comum ao homem e a outros animais, deixa de ter sentido: *bios* e *zoé* se entremesclam na medida em que esta última é crescentemente objeto de políticas de administração da vida.

Assim, com o surgimento da biopolítica, a vida passa a ser administrada em ambos os aspectos, ou seja, *bios* e *zoé*. Claro que a lei, nessa nova realidade, continua a ter a sua importância, por configurar uma modalidade de mecanismo de controle, mas outras estratégias também são utilizadas para controlar a vida das pessoas, como pesquisas, campanhas e estatísticas, entre outras. Para o presente trabalho, até mesmo os “memes” podem ser considerados uma das espécies de mecanismos utilizados para controlar a vida das pessoas.

É importante destacar que, para Foucault (2008, p. 183), o poder nunca é uno, pois não se trata de um “fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras”. Para o autor, o poder deve ser concebido de forma plural, pois na verdade seriam diferentes círculos de poder, uma vez que “o poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede” (FOUCAULT, 2008, p. 183).

Apesar de Foucault ter sido o primeiro a elaborar, com a biopolítica, uma nova concepção de poder e a identificar a inter-relação íntima entre biopolítica e modernidade, muitos teóricos aprofundaram o tema e lhe conferiram novas perspectivas. Neste início de trabalho, o objetivo é delinear algumas dessas perspectivas para a adequada compreensão dos fenômenos que se pretende estudar.

Foucault trabalhou com o pressuposto de que as técnicas de *sujeição* e *normalização* que surgem no mundo moderno recaem essencialmente sobre o corpo humano: sua sexualidade, sua saúde, sua herança biológica ou racial, sua higiene, a maneira de relacionar-se com o próprio corpo. A partir desses elementos, é feita a individualização acerca do normal e do anormal, do perigoso e do seguro, do saudável e do doente. Entra-se no umbral do biológico, que representa a zona entre o bioló-

---

entremezclan en la medida en que esta última es crecientemente objeto de políticas de administración de la vida”.



gico e o social, permitindo que tecnologias modernas intervenham no corpo e na vida do ser humano. Antes, o corpo e a vida eram objeto da esfera privada; agora, transformaram-se em objeto da esfera política. Dessa nova matéria política é feito o indivíduo moderno de Foucault, que desenvolve o que entende por biopolítica:

O homem ocidental aprende pouco a pouco o que é ser uma espécie viva num mundo vivo, ter um corpo, condições de existência, probabilidade de vida, saúde individual e coletiva, forças que se podem modificar, e um espaço em que se pode reparti-las de modo ótimo. Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder (FOUCAULT, 1988, p. 134).

Assim, não apenas o aspecto político da vida passa a ser objeto de incidência dos mecanismos de controle, mas também o aspecto biológico de cada indivíduo e da totalidade dos indivíduos reunidos em sociedade. A vida de cada pessoa passa a ser objeto de controle, como também a vida de todas as pessoas, unidas sob o aspecto de natalidade, expectativa de vida etc. Essa apropriação do que há de biológico na vida não se dá por acaso, mas sim para que essas dimensões possam ser apropriadas por meio de cálculos e, ao sofrerem a incidência de mecanismos de controle, permitir que a vida seja transformada:

Se pudéssemos chamar de “bio-história” as pressões por meio das quais os movimentos da vida e os processos da história interferem entre si, deveríamos falar de “biopolítica” para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana (FOUCAULT, 1988, p. 134).

Trabalhando a partir das lições de Foucault, Agamben (2010) buscou abordar uma nova dimensão da filosofia, perante a qual a distinção entre vida orgânica e vida animal não teria muito sentido, sendo preciso trabalhar com distinções entre vida biológica e vida contemplativa, entre vida desnuda e vida da mente. O autor forma, então, o conceito de vida desnuda, que corresponde ao resíduo nem humano, nem animal, que é exposto à violência soberana. Assim, ao se considerar uma vida como sacrificável, abre-se margem à intervenção do biopoder. Em Agamben (2010), a biopolítica aparece como luta da vida e das formas da vida contra o poder, que procura submetê-las a seus fins por meios muitas vezes ilegítimos.

Também com base nas lições de biopolítica iniciadas por Foucault, Deleuze (apud GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 9-34) enxerga a vida como pura virtualidade e potência indeterminada. Para ele, é preciso suspender as distribuições hierárquicas e as distinções normativas que o biopoder produz sobre a variação infinita do vivente. Sob essa ótica, a transformação seria um fluxo produtor e criador do real. Também Deleuze observou que a vida é um atributo e, como tal, pode ser perdido ou conquistado. Com a perspectiva de Deleuze, Žizek (apud GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 9-34) encontrou uma lógica de sentido-acontecimento na qual o virtual se produz a partir do atual.

Por sua vez, Negri (apud GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 13) reescreveu a herança deleuziana do umbral político como uma descoberta da potência, agora definida como uma possibilidade revolucionária. Entre os conceitos em que mais se aprofundou, destaca-se o de monstro político, que é sinônimo de multidão – tomada como multiplicidade anárquica e vivente. Nesse viés, defendeu a afirmação da virtualidade criadora e da resistência às capturas do biopoder, que faz frente às vontades de domínio de poderes que apenas buscam absorver a produção (v.g., eugenia e capitalismo). Assim, o monstro seria a potência de resistência do corpo coletivo. Segundo o autor, a pós-modernidade, como instante de rearticulação radical da tradição, evidencia o momento em que o monstro pode apropriar-se de sua potência e articulá-la com novos modos afetivos, tecnológicos e sociais para além do controle capitalista e eugênico (NEGRI apud GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 9-34).

Para justificar a distinção que faz, Negri defende que Foucault, ao tratar da biopolítica, acabou adotando um conceito que a equipara

aos biopoderes, apesar de utilizar tais termos para tratar de coisas diferentes, pois, se de um lado existem os biopoderes incidindo sobre a vida, por outro, a vida, como potência (“o monstro”, “a multidão”), também exerce sua resistência em face de tais biopoderes<sup>2</sup>:

Mas, em continuação, a biopolítica parece, em vez disso, assinalar o momento de superação da tradicional dicotomia Estado/sociedade, em proveito de uma economia política da vida em geral. Desta segunda formulação nasce outro problema: a biopolítica deve ser pensada como um conjunto de biopoderes ou, na verdade, na medida em que se diz que o poder investiu a vida, também significa que a vida é um poder, que se pode localizar na vida mesmo – quer dizer, claro, no trabalho e na linguagem, mas também nos corpos, nas afeições, nos desejos e na sexualidade – o local de emergência de um contrapoder, o lugar de uma produção de subjetividade que ocorreria como momento de submissão (NEGRI, 2008, p. 39-40, tradução nossa).

Assim, se os biopoderes buscam regular a vida, a vida, por seu lado e pela via da biopolítica, também pode e deve manifestar sua resistência, a fim de alcançar uma situação emancipadora. Percebe-se, assim, em resumo, que a construção teórica acerca da biopolítica, dos biopoderes e de seu papel na vida em sociedade busca entender como fatores biológicos

---

<sup>2</sup>No original: “Pero, a continuación, la biopolítica parece, en cambio, señalar el momento de superación de la tradicional dicotomía Estado/sociedad, en provecho de una economía política de la vida en general. De esta segunda formulación nace el otro problema: ¿se trata de pensar la biopolítica como un conjunto de biopoderes o bien, en la medida en que se dice que el poder ha investido la vida, también significa que la vida es un poder, se puede localizar en la vida mismo – es decir, por supuesto en el trabajo y en el lenguaje, pero también en los cuerpos, en los afectos, en los deseos y en la sexualidad – el lugar de emergencia de un contrapoder, el lugar de una producción de subjetividad que se daría como momento de sometimiento?”

acabam por ser levados em consideração para a determinação da política como atividade inerente ao humano.

Nessa vertente, um dos conceitos que assume relevância no campo da biopolítica é o de diferença, considerado pressuposto do constructo teórico da desigualdade:

Não é uma diferença imposta à vida, encerrada nos limites do humano, mas uma diferença positiva e produtiva que está na vida, uma vida que é diferencial em si mesma e que se diferencia a partir de si mesma. [...] A diferença é desumana e está no real, não no simbólico ou nas ilusões do imaginário. Nem pode ser sentida, porque não é uma oposição dada no sensível (GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 19, tradução nossa)<sup>3</sup>.

A vida como acontecimento vive de diferenciar-se. Mais que oposições excludentes, o que se percebe são distinções subliminares. Eis a concepção positiva de diferença, tida como processo aberto de permanente diferenciação liberado de sua referência a um fundamento ou a um fim último. O caráter metamórfico da vida dispensa que ela seja diferenciada a partir de algo.

Contudo, esse processo de diferenciação inerente à vida humana muitas vezes é indevidamente interpretado. O homem e a humanidade passam a ser tidos como imagens que estão fora do campo do humano, sendo ajustados a uma forma homogênea de representação, codificando-se as diferenças humanas. Isso legitima um poder diferenciador que qua-

lifica a vida, diferenciando-a sob perspectivas determinadas (GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007).

Essas diferenciações, com efeito, se expressam pelo uso da linguagem, sendo criadas expressões para determinar o pertencimento da pessoa a determinado grupo, que se distingue dos demais. A criação de tais expressões e a inclusão da pessoa em certo grupo, por si sós, não seriam danosas, assim como a linguagem também não é danosa (GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007).

Entretanto, não se pode ocultar a existência de um poder diferenciador que acaba por legitimar a distinção discriminatória. Tal problema não é meramente linguístico, mas verdadeiramente político, embora não se possa negar o papel da linguagem nesse contexto. Assim, um dos problemas-chave da literatura moderna na exploração dos limites da linguagem é justamente a dimensão do vivo que a modernidade política incorpora para normalizar, otimizar e controlar.

O caráter de diferenciação inerente ao cenário biopolítico, se, por um lado, poderia implicar algo positivo, com a vida manifestando sua resistência contra os biopoderes que tentam lhe impor uma situação reguladora, por outro, usualmente gera discriminações indevidas e atentatórias aos direitos humanos. Nesse viés, as minorias sociais, que podem por vezes ser as majorias numéricas, são reduzidas à condição de resíduos, mediante violência, perseguição, eliminação ou abandono. O poder biopolítico estabelece hierarquias e separações e molda as desigualdades, construindo mecanismos que despojam certos grupos de sua humanidade.

Quando o poder é exercido pelo Estado, não é apenas uma população que é gerida, mas a própria vida humana. Governar a vida implica fazer sobre a população uma série de cortes e limites que fixam o que é e o que não é hu-

<sup>3</sup>No original: "No se trata de una diferencia impuesta a la vida, encerrada en los límites de lo humano, sino una diferencia positiva y productiva que está en la vida, una vida que es diferencial en sí misma y que se diferencia a partir de sí misma. [...] La diferencia es inhumana y está en lo real, no en lo simbólico ni en las ilusiones de lo imaginario. Tampoco puede ser sentida, porque no se trata de una oposición dada en lo sensible".

mano, caracterizando indivíduos e grupos e, por conseguinte, a relação deles com a lei e a exceção. Nesse cenário, as redes de proteção social são substituídas por biopoderes incidindo sobre a vida:

A vida pode ser tanto o campo em que ocorre a sujeição aos aparelhos biopolíticos (demografia, planos de saúde, políticas reprodutivas, precarização do trabalho, construção dos pobres e desempregados, controles de imigração), quanto o terreno em que as minorias florescem (Deleuze) ou o campo ético das subjetivações (Foucault), que se subtraem aos processos de sujeição em nome do “direito à vida, à felicidade, à saúde, à satisfação das necessidades” ou a práticas de autonomia e estilo (GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 31, tradução nossa)<sup>4</sup>.

Esse novo controle da vida, em seus vários aspectos, é adotado como uma estratégia de poder, a qual é exercida e recebida com resistência:

Há uma “fratura biopolítica” traçada em torno do fato de que “a liberdade e a felicidade dos homens estão no mesmo terreno – a vida nua – que marca sua sujeição ao poder”, observa Agamben. Mas é menos uma contradição que uma lógica de poder que não se exerce sem resistência (GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 31, tradução nossa)<sup>5</sup>.

Logo, a felicidade humana muitas vezes acaba por ser determinada pelo controle político que sujeita o indivíduo, ao determinar o que ele deve ou não ser e/ou possuir. A dominação legal exercida pelo aparato do Estado, somada aos agentes de socialização, conduz os indivíduos a uma aceitação tácita de sua condição na sociedade, acentuando as relações de poder e objetivando os papéis sociais delineados pela estratificação social. A intenção por trás dos aparelhos de sujeição acaba por se ocultar, invisível aos olhos da multidão que não mais se individualiza e deixa de reconhecer o seu poder de resistência, baseado na própria biopolítica.

Essa imposição de controle sobre a vida e suas diferenças, que passam a ser fonte de discriminações, encontrou na Internet e, particularmente, nas redes sociais, um campo fértil de atuação, em especial por meio do discurso de ódio, conforme se analisará no próximo tópico.

---

<sup>4</sup>No original: “La vida puede ser tanto el campo donde se lleva a cabo la sujeción a los aparatos biopolíticos (demografía, planes sanitarios, políticas reproductivas, precarización del trabajo, construcción del pobre y del desempleado, controles inmigratorios), como el terreno donde proliferan devenires minoritarios (Deleuze) o el campo ético de subjetivaciones (Foucault), que se sustraen a los procesos de sujeción en nombre del ‘derecho a la vida, a la felicidad, a la salud, a la satisfacción de necesidades’ o de prácticas de autonomía y estilo”.

<sup>5</sup>No original: “Hay una ‘fractura biopolítica’ trazada en torno al hecho de que ‘la libertad y la felicidad de los hombres se juegan sobre el mismo terreno – la vida desnuda – que marca su sujeción al poder’, observa Agamben. Pero se trata menos de una contradicción que de una lógica del poder que no se ejerce sin resistencia”.

## 2. Internet, relações sociais e a potencialização do discurso do ódio

A Internet, conjunto de redes interconectadas e difusas que podem ser acessadas universalmente, modificou substancialmente os modos de convivência e relacionamento em sociedade. Essa mídia de comunicação, pela primeira vez na história, permitiu que o usuário assumisse, simultaneamente, postura ativa e passiva.

A palavra “*Internet* vem de *Internetworking* (ligação entre redes). Embora seja geralmente pensada como uma rede, a Internet na verdade é o conjunto de todas as redes e *gateways* que usam protocolos TCP/IP” ou, ainda, corresponde ao “conjunto de meios físicos (linhas digitais de alta capacidade, computadores, roteadores etc.) e programas (protocolo TCP/IP) usados para o transporte da informação” (COSTA, 2003, p. 255).

A Internet emergiu como fruto de um processo de virtualização do computador, que o transformou de máquina em espaço de comunicação navegável e transparente, baseado em fluxos de informação devido aos programas contemporâneos de *software* e *hardware* da informática (LÉVY, 2005).

Entretanto, foi apenas com a evolução da rede pela criação da *World Wide Web* que se popularizou o acesso de forma universal. A *WWW – World Wide Web* é uma função da rede mundial de computadores que reúne, num único e imenso hipertexto ou hiperdocumento, todos os documentos e hipertextos que a alimentam (LÉVY, 2005). Com ela, o acesso aos recursos da *Internet* ficou muito mais fácil e dinâmico e, por consequência, popularizado.

Se o surgimento da *WWW – World Wide Web* foi essencial para a primeira onda de popularização da Internet, a criação das redes

sociais pode ser considerada o segundo grande movimento de popularização:

A necessidade de se estar conectado tornou-se tão forte que as pessoas acordam, caminham, alimentam e muitas vezes, não dormem, fazendo uso das redes sociais como o *Facebook*, o *WhatsApp*, entre outras. [...] Existem muitos fatores positivos na utilização das redes sociais, como por exemplo, a troca rápida de informações, a atualização em tempo real do que acontece em todos os setores (acadêmicos, comerciais e empresariais) (SILVA, 2015).

Todas essas redes sociais criaram uma nova realidade virtual, à qual as pessoas podem ficar constantemente conectadas, sendo raras aquelas que não o fazem o tempo todo. Hoje, as redes sociais fazem parte do cotidiano social e, em razão disso, geram impactos na vivência em comunidade, tanto positivos quanto negativos.

Na verdade, sempre que surge uma nova tecnologia, é natural que ela passe por um processo de assimilação, gerando novas formas de interação social e modificando práticas antes consolidadas. São as peculiaridades da nova tecnologia que geram a alteração nos modos de vida social.

Nesse sentido, o universo virtual consolida novas formas de interação social, explicitando o caráter aditivo e evolutivo da cultura. As redes sociais propiciam as condições adequadas para a chamada *transculturação*, interação entre os povos, que absorvem diferentes formas de controle e manipulação, o que dá origem à cultura mundial.

Assim como o rádio e a televisão, o espaço cibernético acarretou profundas transformações nas formas de interpretação da realidade social. A rede é responsável pelo surgimento de estereótipos que não existem no plano físico, na realidade material, os quais podem ser

considerados visões distorcidas do real. A realidade virtual promove as “sombras” que podem ser usadas como metáforas do mito da caverna de Platão, pois “as correntes que ligam o cibernauta com a tela de seu computador, ainda que invisíveis, são mil vezes mais fortes do que as dos prisioneiros da caverna” (CEBRIÁN, 1999, p. 68).

Nas “sombras virtuais”, os mecanismos de controle social encontram um vasto campo de influência, representando um poderoso instrumento de organização social e, com a mesma intensidade, também um mecanismo de manipulação social. As redes são dotadas de características que as diferenciam das tecnologias que as antecederam, colocando-as na posição de um dos principais fatores de mudanças sociais de todos os tempos. Entre essas características, apontam-se, no entendimento de Garcia (2013):

- Fluxo de informações intenso e mutável: a Internet é um meio de comunicação que tem velocidade ímpar e permite a divulgação de informações variadas, o que faz com que seu conteúdo seja constantemente modificado. Esse fluxo constante também permite a rápida propagação de conteúdo, dificultando a remoção de informações uma vez disponibilizadas em rede. Assim, potencialmente, os efeitos lesivos de práticas ofensivas pela rede são mais amplos.
- Desterritorialização: corresponde à relativização dos fatores espaço e tempo, o que relativiza a aplicação da lei e a própria soberania estatal.
- Intensificação das modalidades de relações pessoais: a rede proporciona a criação de novas modalidades de relações jurídico-sociais entre uma pessoa e outra, dentro das empresas e até mesmo na máquina estatal. Entre as inúmeras finalidades de uso, destacam-se a comunicação, a pesquisa para busca de informações e serviços, a educação, o lazer, serviços financeiros e comércio eletrônico.
- Democratização, autonomia e liberdade: a democratização gera autonomia, que pressupõe uma maximização do exercício da liberdade.

Cada uma dessas características propicia aspectos positivos e negativos em relação à sociedade. A mesma rede que reduz distâncias em todo o mundo é a que dificulta a eficácia da punição de crimes por meio dela cometidos. A mesma rede que permite o exercício da liberdade de expressão como nunca antes foi possível é a que facilita abusos e propaga ofensas cujos danos muitas vezes são irreversíveis.

Nesse aspecto, porém, torna-se necessário reconhecer que o mundo virtual da Internet e das redes sociais não pode ser concebido como uma “terra sem lei”, uma vez que nele vigoram as mesmas leis vigentes no mundo real, além de existirem leis específicas a ele direcionadas, como é o caso do chamado Marco Civil da Internet, instituído pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (BRASIL, 2014).

Apesar de estarem submetidas às leis, as redes sociais podem ser usadas como meio de divulgação de outros mecanismos de biopoderes, como campanhas, pesquisas e estatísticas, que visam controlar a vida humana, impondo ou desaconselhando uma postura, seja com o objetivo de obter rendimentos econômicos, seja com o fim de tentar eliminar supostas diferenças por concebê-las como inadequadas. Ao lado das posturas lícitas, também podem ocorrer manifestações ilícitas. Assim, se determinado grupo considera inadequada determinada orientação sexual, pode usar as redes sociais para atacar as pessoas que compõem esse grupo, tentando subjugar-las ao padrão desejado.

Em relação a este último aspecto, vale debater-se sobre o fenômeno do discurso do ódio, buscando compreendê-lo: a amplitude da liberdade e as inusitadas facilidades geram o sentimento de irrestrita permissão. Em defesa dessa permissividade geral, busca-se inclusive afastar a intervenção do Estado na rede, sob uma pretensa defesa da liberdade, que mais beira a anarquia:

Para os que sustentam tal posição e que defendem insistentemente a chamada liberdade virtual, o direito específico e regulador das questões da criminalidade na rede será sempre encarado como uma “camisa de força” imposta pelos poderes estatais; afinal, segundo os mesmos, o ciberespaço deveria ser regido com base em um sistema que ultrapassa o liberalismo *lato sensu* e beira o anarquismo, onde toda a forma de interferência dos poderes constituídos revelaria no mínimo inaceitável e, por isso mesmo, ilegítima (DAOUN; BLUM, 2000, p. 118).

O fato é que muitos dos conflitos na rede mundial de computadores, pelo menos sob algum aspecto, decorrem do exercício abusivo de facetas do direito à liberdade. No que se

refere às práticas de discurso do ódio, atentase contra a honra, a imagem e a dignidade do próximo, em decorrência do exercício abusivo da liberdade de expressão.

Mateucci e Pignatari (2005) afirmam que, quando emergiu o ciberespaço, a impressão era que se tratava de um território sem dono, onde tudo poderia ser feito sem consequências. Tal posição foi perdendo forças, cedendo lugar às discussões sobre a necessidade de criação de normas limitadoras específicas. Despontou, então, uma segunda corrente, defendida, entre outros, por Paesani, para quem “toda liberdade, por mais ampla que seja, encontra limites, que servem para garantir o desenvolvimento ordenado da sociedade e dos direitos fundamentais de qualquer sujeito, e este princípio se aplica também ao direito à liberdade de informação” (PAESANI, 2006, p. 24).

No Brasil, não prevalece a posição de liberdade irrestrita na Internet, pois o país tem leis que tentam impor-lhe algum controle. A título de exemplo, o art. 1º da Lei nº 7.716/1989 prevê que “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989). O art. 20 dessa mesma lei faz referência à prática dos crimes de discriminação por intermédio dos meios de comunicação social e da rede mundial de computadores, “permitindo que o juiz determine a cessação das transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio, bem como a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores (art. 20, § 3º, II e III)” (STROPPA; ROTHENBURG, 2015, p. 460).

A existência de lei punindo o discurso de ódio nos casos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, contudo, além de deixar de fora discriminações motivadas por outros

preconceitos, como o de gênero e de orientação sexual, não tem se mostrado eficaz para reprimir os abusos cometidos, independentemente de eles ocorrerem na rede mundial de computadores ou fora dela, até porque não há dúvida de que muitas vezes o potencial lesivo dos atos ilícitos cometidos pela rede é bem mais amplo que o dos praticados fora dela. Evidentemente, isso vale para as práticas de discurso do ódio ou *hate speech*.

Brugger (2007, p. 118) afirma que o discurso do ódio está ligado à utilização de palavras “que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião” ou ainda à sua potencialidade ou “capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. Liga-se à incitação, à discriminação e ao preconceito, pelos mais variados motivos, mas classicamente aparecem ligados aos grupos vulneráveis da sociedade:

O discurso de ódio está dirigido a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas, baseando-se numa segregação. Para isso, entoa uma fala articulada, sedutora para um determinado grupo, que articula meios de opressão. O *hate speech in substance* pode apresentar-se disfarçado por argumentos de proteção moral e social, o que, no contexto de uma democracia em fase de consolidação, que ainda sofre com as reminiscências de uma ditadura recente, pode provocar agressões a grupos não dominantes. Ele produz violência moral, preconceito, discriminação e ódio contra grupos vulneráveis e intenciona articuladamente a sua segregação (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 147).

Nesse sentido, o discurso de ódio “é uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor” (SILVA et al., 2011, p. 447), razão pela qual exige dois elementos básicos: discriminação e externalidade. Além disso, é possível identificar no discurso de ódio dois momentos: “o insulto e a instigação”:

O primeiro diz respeito diretamente à vítima, consistindo na agressão à dignidade de determinado grupo de pessoas por conta de um traço por elas partilhado. O segundo ato é voltado para possíveis “outros”, leitores da manifestação e não identificados como suas vítimas, os quais são chamados a participar desse discurso discriminatório, ampliar seu raio de abrangência, fomentá-lo não só com palavras, mas também com ações (SILVA et al., 2011, p. 448).

Assim, o discurso de ódio representa um mecanismo de controle utilizado por grupos sociais que, no âmbito dos biopoderes, buscam in-



feriorizar ou discriminar outro grupo ou determinada conduta tida como indesejável, com o objetivo de fazer prevalecer sua posição ou desejo, mas muitas vezes ocultando esse real desejo sob um discurso de suposta defesa da vida e de suas características. Além de insultar o grupo que pretende discriminar, o discurso de ódio também tem como objetivo convencer outras pessoas que compartilham do mesmo preconceito a reproduzir o discurso de ódio, tudo com a finalidade de fazer prevalecer a posição discriminadora.

Verificou-se esse fato no passado recente do Brasil, onde o radicalismo partidário presente no contexto político do processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff foi intensificado pelas redes sociais, prevalecendo uma disputa virtual quanto aos reais detentores da verdade. O resultado foi uma multiplicação sem precedentes do discurso do ódio, com uma nítida divisão de lados e evidente demonstração de intolerância.

Na rede mundial de computadores, o discurso do ódio, infelizmente, tem-se tornado prática usual e ostensiva, sob o falso manto do exercício ilimitado da liberdade de expressão. É verdade que o discurso do ódio já existia antes da Internet, mas não há como negar que ele foi reavivado pelas redes sociais:

Ainda que a *Internet* não tenha criado esse fenômeno social, o ciberespaço modificou as possibilidades e condições de comunicação na sociedade, de modo que também essa comunicação direcionada se modificou. As peculiaridades estruturais do ciberespaço, seu caráter transnacional, sua neutralidade ou ausência de censura para o acesso aos usuários, sua universalidade, neutralização e permanente desenvolvimento, o definem como um novo âmbito de oportunidade, distinto dos espaços físicos (PERRONE; PFITSCHER, 2016, p. 147).

Assim, as características da Internet e, em especial, das redes sociais, representaram um campo fértil para a propagação do discurso de ódio, muito mais amplo que o espaço físico, no qual a divulgação de ideias e manifestações encontra diversos obstáculos e atinge, normalmente, um número reduzido e específico de pessoas. A visibilidade, nesse sentido, é uma das grandes “vantagens” da Internet quando se pretende divulgar algo:

As redes sociais parecem povoar-se de palavras ofensivas e violentas, talvez pelo suposto potencial anonimato que se associa com a percepção da falta de lesividade das condutas realizadas. A visibilidade proporcionada pela *Internet* parece incrementar a visibilidade das mesmas. Derivado deste fato, há uma demanda de intervenção jurídica que exige profunda reflexão sobre os limites de qualquer intervenção no mundo virtual (PERRONE; PFITSCHER, 2016, p. 148).

Com efeito, a prática de discurso do ódio, atentatória à dignidade humana, intensifica-se em tempos de redes sociais, impulsionando os indivíduos a constantes conflitos entre si numa completa rejeição de tudo aquilo que é diferente. A diferenciação concebida como um parâmetro determinante no convívio social, rompendo com o direito à igualdade, é marco da sociedade biopolítica, estigmatizada pela condenação do corpo. E as leis vigentes, até agora, não se mostraram suficientes para enfrentar a proliferação do discurso de ódio.

### 3. Discurso do ódio na Internet sob a ótica da biopolítica

Já se ressaltou que a base da perspectiva de Foucault acerca da biopolítica envolve a compreensão de que as técnicas – e tecnologias – de sujeição e normalização do humano se baseiam em sua individualização física, o que envolve aspectos como sexualidade, biologia, raça, saúde física e mental, enfim, tudo que se relacione aos aspectos desse indivíduo como vivente perante o mundo. Com base nesses mecanismos, tanto é possível que a vida exerça seu poder de resistência e busque uma realidade transformadora e emancipadora, como é possível o oposto, ou seja, que o corpo (e a própria vida) seja sujeitado por um poder determinante que o marginaliza quando não enquadrado em uma ou outra categoria tida como dominante.

Nesta última situação, trata-se, com efeito, da deturpação da natureza diferenciadora inerente à condição política humana, pois, embora não devesse a distinção ser um parâmetro tomado a partir de ou com relação a, muitas vezes não é o que ocorre, observando-se assim a gênese da discriminação, que é a base do discurso do ódio.

A tecnologia informacional, notadamente a das redes sociais na Internet, sujeita e normaliza o indivíduo, obrigando-o a se apresentar com determinada aparência, conduta, postura ou *status* perante os demais, levando-o, em caso de não complacência, à exclusão ou à rejeição social ou mesmo sujeitando-o à exposição ao discurso do ódio. O *hate speech* não é prática exclusiva da rede, embora nela tenha se tornado ostensivo e seus efeitos tenham sido potencializados.

Bem reconhece a teoria da biopolítica que o discurso é tipicamente utilizado como um mecanismo de controle, para estabelecer relações de poder e gozo, funcionando, especificamente no caso do discurso do ódio, como dispositivo de domínio de um grupo sobre o outro. O discurso discriminatório, nesse sentido, é verdadeira defesa da discriminação e da manutenção da segregação social; portanto, mecanismo de sujeição e normalização. Por ora, a legislação vigente não tem sido capaz de reprimir essas manifestações de ódio.

Na modernidade, o espaço virtual incorporou funções de agente de socialização, juntamente com a família, a escola e os grupos de referência. Por meio do ambiente cibernético, os indivíduos são “moldados” para a vida em sociedade, não necessariamente para a sociedade real, mas principalmente para o plano físico idealizado e projetado pelas redes sociais. Nesse contexto, em caso de contrariedade ao estabelecido como verdadeiro ou até mesmo como um ideal de verdade, a própria rede estabelece meios de punição, ou melhor, sanções informais com efeitos ainda mais devastadores que as normas codificadas.

A desaprovação por atitudes relacionadas ao cotidiano dos indivíduos, até mesmo um simples comentário partidário ou simpatia por determinado estilo musical, pode acarretar um retaliamento público. No atual contexto, a

desaprovação virtual gera uma punição quase que permanente, expondo os indivíduos ao discurso do ódio dos demais grupos.

Tentando resistir ao discurso de ódio, os grupos atingidos, muitas vezes, estão investindo na tentativa de ressignificar as agressões, esvaziando o seu conteúdo pejorativo e tentando neutralizá-lo, nem sempre com sucesso. Nesse sentido, Perrone e Pfitscher (2016, p. 153) sustentam que

Grupos sociais atingidos pelo discurso de ódio têm apostado no esvaziamento e na torção da linguagem, na dessubjetivação de palavra e imagem de tal forma que se possam estabelecer novos laços entre palavras e corpos. São laços marcados pela materialidade e, principalmente, pela pulsionalidade, buscando uma nova amarração entre simbólico, imaginário e real. É uma frágil invenção que articula corpos fragilmente nomeados, forjando um significante onde a palavra ainda está bloqueada.

Assim, em muitos casos, a resistência dos grupos atingidos atualmente pelo discurso de ódio tem-se limitado a tentar menosprezar a palavra proferida, buscando torná-la neutra e isenta ou, o que é pior, ao notarem que a repressão por lei tem se mostrado insuficiente, tais grupos acabam por reproduzir um discurso de ódio, invertendo apenas o sentido. O grupo, inicialmente atacado, posteriormente também ataca. Passam, então, a ser proferidos discursos de ódio contraditórios, que acabam por esvaziar a linguagem, pois cada um dos interlocutores não reconhece o outro como alguém digno de ter opinião. A título de exemplo, pode ser citado o debate, muitas vezes esvaziado, entre pessoas que professam diferentes crenças.

O resultado é um debate puramente discriminatório, mesmo quando seu suposto objetivo é a defesa das vulnerabilidades sociais, pois a alimentação do

sectarismo e do maniqueísmo nas lutas de resistência é uma atitude funesta. Divide, subtrai e enfraquece. Não se trata de criticar os grupos que afirmam sua diferença e independência. Trata-se da crítica de linhas de ação e pensamento que passam a privilegiar os processos de denúncia, perseguição e liquidação de outros grupos de luta ao invés de aceitar a inclusão e o compartilhamento (ANTOUN, 2015, p. [2]).

Fato é que, sob a ótica da biopolítica, um acontecimento singular só existe como tal no momento em que a linguagem o descreve por meio da produção de um enunciado. Nesse viés, a linguagem é essencialmente enrustida do poder normativo e normalizador – e de fato o é no discurso do ódio. Para despir-se desse poder, necessita transcender-se, transbordando-se de sua própria significação:

Qualquer singularidade, aquilo que emerge onde a vida transborda ou excede (ou resta) os mecanismos de sujeição do biopoder – mecanismos de individualização, identificação, de normalização através da identidade e pertença pelo *nomos* – é menos o limite do que não “pode ser dito” ou o desafio ao dizível e suas políticas, do que a condição de dizer em geral, a condição de que o não linguístico possa ser dito, ou o que é dizível do não linguístico (GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 27, tradução nossa)<sup>6</sup>.

No discurso do ódio, a linguagem atua como mecanismo de individualização que permite o controle social. Afinal, convenientemente, uma sociedade polarizada é mais fácil de ser submetida às entranhas do biopoder. Na Internet, potencializam-se os efeitos do crescente discurso do ódio no seio social, até mesmo porque, usualmente, sua prática é mais facilmente induzível quando se une a massa, e as redes sociais propiciam essa condição:

A massa oferece um escape à pulsão de morte na hostilidade e no ódio ao estranho. A coesão entre os membros é proporcionada através do comportamento homogêneo operacionalizado pelo afeto de igualdade, todos se sentem iguais. Mas a coesão se mantém operacionalizando e regulando a hostilidade. O resultado da unificação é a emergência do inimigo/estranho. Unificar o objetivo do ódio implica reduzir a agressão interna e isto não será sem consequências, pois um elemento de desagregação entrará em ação (PERRONE; PFITSCHER, 2016, p. 152).

A grande pergunta aqui é se essa massa pode reconhecer-se como multidão com a potencialidade de erguer-se contra as forças que repousam nas entranhas do biopoder, como asseverou ser possível Negri (2008). A observação de estatísticas recentes, infelizmente, traz um prognóstico bastante pessimista: percebe-se que o ódio tem encontrado mais pessoas dispostas a difundir-lo do que cidadãos e organizações que buscam combatê-lo.

Especificamente no caso brasileiro, estatísticas da ONG Safernet apontam que os usuários cultivam um discurso do ódio nas redes sociais: 84% das menções sobre temas como racismo, política e homofobia são negativas. O levantamento mensurou a xenofobia, a intolerância política, a intolerância contra mulheres e pessoas com deficiência, além de outras justificadas pela aparência, orientação sexual, classe social, idade/geração, religião (MATSUURA, 2016).

---

<sup>6</sup>No original: “La singularidad cualquiera, eso que emerge allí donde la vida desborda o excede (o se resta) a los mecanismos de sujeción del biopoder – mecanismos de individualización, de identificación, de normalización a través de la identidad y la pertenencia por el *nomos* – es menos el límite de lo que no ‘puede ser dicho’, o el desafío a lo decible y a sus políticas, que la condición del decir en general, la condición de que lo no-lingüístico pueda ser dicho, o el ser decible de lo no-lingüístico”.

Tal cenário tem transformado a luta contra o discurso do ódio na Internet brasileira um movimento constante. Travam-se processos de resistência, mas geralmente são isolados e incidentais, muito se distanciando do monstro político que Negri (2008) afirmou poder vir a emergir em meio à multidão. O que tem prevalecido são debates regados por discursos de ódio, que acabam dividindo os usuários e a comunidade em grupos antagônicos inaptos a discutirem de forma civilizada. Ao serem divididos, porém, os grupos são mais facilmente controlados e não têm sequer força para buscar uma regulamentação que seja minimamente apta a reprimir, de forma adequada, o discurso de ódio na Internet e nas redes sociais.

É certo que, ao se reconhecer a potência da vida e a sua possibilidade de transformação, é possível adotar uma posição esperançosa com a emergência dos processos vitais de luta em meio às imposições do biopoder.

A vida cresce quando atinge o limite de suas possibilidades – onde a doença, a monstruosidade, a ameaça da morte são a expressão do impulso dos vivos para persistir em seu ser. Em vez de submeter-se a normas transcendententes, a vida se singulariza criando suas próprias normas – toda uma jurisprudência vital que constantemente desequilibra a vida e abre-a para novas possibilidades. É um poder paradoxal que distingue a experiência dos vivos e separa o ser vivo dos espaços regulados da normalidade. A exceção se torna a norma ou, mais precisamente, a exceção [...] pode vir, em seu impulso radical, a perturbar as equações, tecnologias e modelos que a sujeitam (GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 33-34, tradução nossa)<sup>7</sup>.

Contudo, no presente momento, em relação ao cenário do discurso do ódio em redes sociais, diante das correntes de conflitos entre grupos sociais em busca da imposição ideológica, as possibilidades de transformação surgem mais como esperança do que como realidade tangível. O que se faz necessário é que o ser vivo, no caso o usuário, reconheça-se como parte da multidão, com potencialidade para resistir aos dispositivos de sujeição:

Mas esse ser vivo, transformado em objeto das tecnologias de padronização e de individualização, é também o limiar que ameaça e resiste a

---

<sup>7</sup> No original: “La vida arrecia cuando alcanza el límite de sus posibilidades – allí donde la enfermedad, la monstruosidad, la amenaza de muerte, son la expresión del impulso de lo viviente de persistir en su ser. En lugar de someterse a normas transcendententes, la vida se singulariza al crear sus propias normas – toda una jurisprudencia vital que desequilibra constantemente la vida y la abre a nuevas posibilidades. Se trata de un poder paradójico que singulariza la experiencia de lo viviente y aparta al ser vivo de los espacios reglamentados de la normalidad. La excepción se convierte en la norma o, más precisamente, la excepción [...] puede llegar, en su impulso radical, a desbaratar las ecuaciones, tecnologías y modelos que la sujetan”.

esses mesmos dispositivos de sujeição: se o indivíduo coincide com seu corpo, se o biopoder se superpõe aos mecanismos de controle com a imanência do vivo, esse mesmo corpo e esse mesmo ser vivo podem tornar-se uma linha de desfiguração, de anomalia e de resistência contra as produções normativas de subjetividade e comunidade (GIORGI; RODRÍGUEZ, 2007, p. 10, tradução nossa)<sup>8</sup>.

A esperança na habilidade do indivíduo de se tornar um ponto de resistência aos próprios mecanismos de opressão e submissão é sustentável. A teoria biopolítica, em diversos pontos, reconhece que o poder de romper com as amarras impostas pelo biopoder repousa nas entranhas da própria sociedade. Nesse viés, a rede mundial de computadores emerge como um possível berço para o fortalecimento das manifestações sociais que prezem pela união, em detrimento da diferenciação discriminatória. Assim, além de atuar para que uma nova legislação seja aprovada, as pessoas também podem agir para impedir que o discurso de ódio se propague, seja não compartilhando as manifestações discriminatórias e ofensivas, seja não reagindo a essas manifestações com novos discursos de ódio.

O ideal é que a vida use mecanismos de controle para neutralizar e mesmo eliminar o discurso de ódio. A título de exemplo, imagine-se o *Facebook*. Se as pessoas, ao receberem uma manifestação de ódio, deixassem de seguir o ofensor, denunciassem sua manifestação e promovessem campanhas em prol do reconhecimento da dignidade humana, o dis-

---

<sup>8</sup>No original: “Pero ese ser viviente, vuelto objeto de tecnologías de normalización e individualización, es también el umbral que amenaza y resiste esos mismos dispositivos de sujeción: se el individuo coincide con su cuerpo, si el biopoder superpone los mecanismos de control con la imanencia de lo vivo, ese mismo cuerpo y ese mismo ser viviente se pueden tornar línea de desfiguración, de anomalía y de resistencia contra las producciones normativas de subjetividad y comunidad”.

curso de ódio não encontraria espaço para se propagar.

É evidente que a Internet e as redes sociais podem ser usadas para promover o respeito à vida e a sua dignidade. Eventos que indiciam tal possibilidade não faltam, a exemplo da Primavera Árabe. Nesse sentido, Lévy (2005, p. 116-117) reconhece a capacidade do ciberespaço de fazer fluir a interação de inteligências, convertendo a multidão de usuários num coletivo inteligente:

Apesar dos numerosos aspectos negativos, e em particular o risco de deixar no acostamento da autoestrada uma parte desqualificada da humanidade, o ciberespaço manifesta propriedades novas, que fazem dele um precioso instrumento de coordenação não hierárquica, de sinergização rápida das inteligências, de troca de conhecimentos, de navegação nos saberes e de autocriação deliberada de coletivos inteligentes.

Nesse sentido, é necessário reconhecer que a Internet e as redes sociais, como mecanismos de controle da biopolítica, não apresentam somente aspectos negativos. Elas podem ser utilizadas de forma positiva, pois, afinal, “se por um lado estão os biopoderes atuando sobre a vida, por outro a própria vida pode se manifestar, também por meio de mecanismos de controle, e buscar a retomada de seu protagonismo, visando a sua emancipação” (SERVA; DIAS, 2016, p. 429).

Em determinados momentos, o contexto virtual atua no cotidiano como um mecanismo de democratização, de horizontalização das informações, ao permitir que os indivíduos assumam as funções de produtor e emissor de conhecimento, de “cidadão repórter”. Foi o que ocorreu em 2013, com o movimento pelo “passe livre”, também conhecido como “as jornadas de junho”, em que “se destaca o ‘midialivrismo’, que se utiliza da Internet para propagar infor-

mações para uma gama maior de pessoas e com as possibilidades de formatos que a Rede abarca” (SOUSA; SOUZA, 2013, p. 87). Excluindo as questões de mérito, o fato é que tais manifestações possibilitam o acesso a informações antes monopolizadas pelas grandes empresas de comunicação.

Somente mediante uma efetiva consolidação do coletivo inteligente, que rompa com as amarras impostas pelo biopoder – que sujeita e normaliza os indivíduos e os segrega em subgrupos impulsionados ao constante litígio – será possível transformar em realidade a atual esperança, infelizmente ainda não concretizada, de completa eliminação das práticas de discurso do ódio na rede mundial de computadores.

## Considerações finais

A biopolítica, área da teoria política contemporânea, tem sido objeto de inúmeros debates. Ao propor que o poder é exercido não apenas sobre *bios* mas também sobre *zoé*, a biopolítica problematiza a relação entre os modos de vida políticos e o corpo biológico dos indivíduos.

A adoção da biopolítica como forma de controle da sociedade surgiu como alternativa ao poder soberano, absolutista, que já não detinha poder suficiente para fazer valer o seu desejo por meio da lei. Com isso, outras estratégias, além da lei, passam a ser adotadas como mecanismos de controle sobre a vida das pessoas para que elas se submetam aos biopoderes.

Dentre os inúmeros debates em torno do tema, merece destaque aquele que diz respeito ao fundamento biopolítico da desigualdade que se manifesta por meio do uso de signos e linguagem discriminatórios.

Em relação a esse ponto, é necessário observar que a diferenciação deveria ser reconhecida como característica do constructo biopolítico,

mas não como diferenciação a partir de algo. Quando a diferenciação toma parâmetros específicos, ergue-se a base para a legitimação do poder diferenciador e viabiliza-se a discriminação como componente social. Tal comportamento discriminatório muitas vezes se torna ostensivo e viola o direito à individualização da vida humana.

De forma inconsciente, as pessoas são induzidas a pensar no diferente como pior, pois invariavelmente têm em mente parâmetros. Buscam, a todo custo, encaixar-se nos parâmetros objetivados da vida social e, quando não conseguem, sofrem com o temor do isolamento social e, nos casos mais severos, veem-se expostas às práticas do discurso do ódio. O comportamento quase esquizofrênico de exposição da felicidade a todo custo nas redes sociais exemplifica essa necessidade de adequação aos parâmetros sociais.

O discurso do ódio tem-se apresentado na Internet, em especial nas redes sociais, como prática ostensiva e, num primeiro momento, aparentemente irreversível, pois as leis vigentes, aplicáveis tanto ao mundo físico quanto ao mundo virtual, e mesmo as leis específicas criadas para serem aplicadas no mundo virtual não têm se mostrado efetivas para reprimir tal manifestação. As ondas de resistência, lamentavelmente, ainda são pouco significativas em face de um movimento das massas – que ainda não se reconhecem como multidão conforme definido por Negri (2008) – que clamam pela combatividade mais que pelo diálogo. Essa postura combativa, muitas vezes, tem o objetivo de fazer o indivíduo não se reconhecer na multidão.

Potencialmente, as massas de usuários poderiam transformar-se num coletivo inteligente – multidão – e alcançar a compreensão da diferenciação como elemento político que não deveria acarretar segmentação social.

Entretanto, na atualidade, a observação prática não tem permitido vislumbrar tal situação.

Embora se reconheça a necessidade de aprofundar o estudo do tema, num primeiro momento, o que se percebe é uma ampliação ostensiva de práticas com efeitos discriminadores, ao lado de um movimento, ainda tímido, de defesa da vida e de resistência ao discurso do ódio. Sem dúvida, esse é um dos mais severos problemas a ser resolvido na era das novas tecnologias.

Contudo, cabe lembrar que a vida é potência e, como tal, está apta a exercer seu protagonismo, a desenvolver suas potencialidades, a buscar uma situação emancipadora, a gerar outros mecanismos de controle que neutralizem e eliminem o discurso do ódio. Além de atuar no sentido de promover a criação de leis mais efetivas no combate ao discurso de ódio, um bom começo seria as pessoas, em uma postura crítica, não curtirem, não compartilhem, tampouco comentarem, seja para aderir, seja para revidar, manifestações de ódio, pois, afinal, o discurso do ódio se alimenta de si próprio.

### **Sobre os autores**

Vinicius Rocha Pinheiro Machado é mestrando do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil; especialista em Direito Notarial e Registral; oficial de Registro de Imóveis, Títulos, Documentos, Civil e Pessoas Jurídicas em Assis, SP, Brasil.

E-mail: [vinicius.rpm@hotmail.com](mailto:vinicius.rpm@hotmail.com)

Jefferson Aparecido Dias é doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; procurador da República em Marília, SP, Brasil; professor da graduação, do mestrado e do doutorado em Direito da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil.

E-mail: [jeffersondias@unimar.br](mailto:jeffersondias@unimar.br)

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer é doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista, Marília, SP, Brasil; professora da graduação, do mestrado e do doutorado em Direito da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil.

E-mail: [walkiriamf@terra.com.br](mailto:walkiriamf@terra.com.br)

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>9</sup>**

BIOPOLYTICS AND NEW TECHNOLOGIES: THE INTERNET HATE SPEECH AS A SOCIAL CONTROL MECHANISM

---

<sup>9</sup>Sem revisão do editor.



ABSTRACT: The aim of this article is to analyze how the control mechanisms that have emerged with biopolitics, replacing sovereign power, have been used to promote hate speech on the Internet, especially in social networks, as a way to promote life control of people. Considerations are presented on the creation of the Internet and social networks, as well as the current situation, in which current laws are not being effective in repressing the hate speech, which, rather than provoking legitimate resistance, has fueled new discourses of hate. Finally, the relationship between biopolitics and technological evolution is exposed, and how the potentialization of the harmful effects of hate speech on the Internet can be fought by the crowd, allowing life itself to play a role of resistance. The work was based on a hypothetical-deductive method.

KEYWORDS: CONTROL MECHANISMS. NEW TECHNOLOGIES. DISCRIMINATION. RESISTANCE.

## Como citar este artigo

(ABNT)

MACHADO, Vinicius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso do ódio na Internet como mecanismo de controle social. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 29-51, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p29](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29)>.

(APA)

Machado, V. R. P., Dias, J. A., & Ferrer, W. M. H. (2018). Biopolítica e novas tecnologias: o discurso do ódio na Internet como mecanismo de controle social. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 29-51. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p29](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29)

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução e apresentação de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2010.

ANTOUN, Henrique. Biopolítica, cibercultura e a internet das subjetivações. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM COMUNICAÇÃO, 24., 2015, Brasília. *Anais...* Brasília: Compós, 2015. p. 1-13. Disponível em: <[http://www.compos.org.br/biblioteca/compos-2015-f9215654-546b-4211-95e0-7f6090f6a172\\_2745.pdf](http://www.compos.org.br/biblioteca/compos-2015-f9215654-546b-4211-95e0-7f6090f6a172_2745.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jan. 1989.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 abr. 2014.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/541>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CEBRIÁN, Juan Luis. *A rede: como nossas vidas serão transformadas pelos novos meios de comunicação*. Tradução de Lauro Machado Coelho. São Paulo: Summus Editorial, 1999.

COSTA, Carlos Irineu da. Glossário. In: LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 251-260.

DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. Cybercrimes. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000. p. 117-129.

DUARTE, André. *Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault*. Rio de Janeiro: Florence Universitária, 2010.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. 25. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

GARCIA, Bruna Pinotti. *Ética na internet: um estudo da autodisciplina moral no ciberespaço e de seus reflexos jurídicos*. 2013. 340 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2013. Disponível em: <<http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/938/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Bruna%20Pinotti%20Garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

GIORGI, Gabriel; RODRÍGUEZ, Fermín. Prólogo. In: \_\_\_\_\_ (Comp.). *Ensayos sobre biopolítica: excessos de vida*. Buenos Aires: Paidós, 2007. p. 9-34.

LÉVY, Pierre. *O que é virtual?*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 2005.

MATEUCCI, Carlos Roberto Fornes; PIGNATARI, Alessandra A. Calvoso Gomes. Lacunas na *ciber law* brasileira. In: VALLE, Regina Ribeiro do (Org.). *E-dicas: o direito na sociedade da informação*. 2. ed. São Paulo: Usina do Livro, 2005. p. 31-50.

MATSUURA, Sérgio. Brasil cultiva discurso de ódio nas redes sociais, mostra pesquisa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 3 ago. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-cultiva-discurso-de-odio-nas-redes-sociais-mostra-pesquisa-19841017>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

MÉDICI, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011.

NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana: una nueva gramática de la política*. Madrid: Paidós, 2008.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PERRONE, Cláudia Maria; PFITSCHER, Mariana. Discurso do ódio na internet: algumas questões. *Redisco*, Vitória da Conquista, v. 10, n. 2, p. 146-154, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/redisco/article/viewFile/6146/5888>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, ano 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/515193>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SERVA, Fernanda Mesquita; DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. *Revista Argumentum*, Marília, v. 17, p. 413-433, jan./dez. 2016. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/319/64>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SILVA, Marina. As redes sociais e seus impactos nas relações pessoais. *Administradores*, [S.l.], 19 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/carreira/as-redes-sociais-e-seus-impactos-nas-relacoes-pessoais/92344/>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a04v7n2.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SOUSA, Cidoval Morais de; SOUZA, Arão de Azevêdo. *Jornadas de junho: repercussões e leituras*. Campina Grande: Eduepb, 2013.

STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 450-468, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.



# Aspectos penais e regulatórios da venda de medicamentos sem registro

THIAGO BOTTINO

ALEXANDRE ORTIGÃO SAMPAIO BUARQUE SCHILLER

**Resumo:** Este ensaio tem por objetivo tratar dos aspectos penais e regulatórios da venda de medicamentos sem registro no Brasil, tipificados no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, pela Lei nº 9.677/1998, chamada “Lei dos Remédios”. Diante da controvérsia que se alonga há aproximadamente vinte anos quanto à razoabilidade do tipo penal e da sua constitucionalidade, já declarada pelos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, a questão que se propõe, neste trabalho, é fazer um contraponto à restrição imposta pelo legislador à produção e comercialização de medicamentos sem registro no Brasil com o entendimento adotado pelo Judiciário relativo à necessidade de fornecimento e custeio, pelo Estado, de medicamentos que ainda não têm registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Ao final, pretende-se questionar a sobreposição do direito penal à regulação da Anvisa.

**Palavras-chave:** Reflexos penais da regulação. Comercialização de medicamentos. Registro de medicamentos. Crimes de perigo e dano. Interpretação conforme a Constituição.

## 1. Introdução

Em julho de 1998, após ser revelada pela imprensa<sup>1</sup> a existência de um mercado de venda maciça de medicamentos falsos fabricados e comercializados no País, o Poder Legislativo entendeu que havia a

Recebido em 4/4/18

Aprovado em 1/8/18

---

<sup>1</sup> Ver *Folha de S.Paulo* (1998).

necessidade de recrudescer a repressão aos crimes relativos à venda de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais falsificados, adulterados ou de procedência ignorada, bem como que não contassem com a aprovação e registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Para esse fim foi editada a Lei nº 9.677/1998 (BRASIL, 1998c), denominada “Lei dos Remédios”, que alterou o Código Penal (CP) para aumentar a pena do crime de falsificação ou adulteração de medicamentos, dando nova redação ao artigo 273 do CP (BRASIL, 1940).

Conforme a nova redação da lei, passou a ser crime hediondo, passível de pena de reclusão de dez a quinze anos e multa, não apenas a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, incluindo as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico, mas também uma série de condutas equiparadas, como a comercialização de produtos sem a identificação da sua procedência, em desacordo com a fórmula constante do registro e, no que interessa para este artigo, de produtos sem o prévio registro na Anvisa.

Muitos doutrinadores sempre foram críticos à previsão inserida no CP pela “Lei dos Remédios”,<sup>2</sup> mas os tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), têm entendido pela sua validade. Conquanto a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) mais recentemente tenha decidido pela inconstitucionalidade da pena prevista pelo legislador para, com isso, determinar a sua redução e substituição pela pena prevista no *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas) (BRASIL, 2006, 2015b), ela não afastou a constitucionalidade do tipo penal, que ainda foi reafirmada pelo STF em julgados recentes.<sup>3</sup> O STF tem entendido que a conduta recriminada pela lei é grave e coloca em risco o bem jurídico saúde pública, justificando a aplicação da pena estabelecida pelo legislador (BRASIL, 2014c, 2014a).

Contudo, o entendimento recente dos tribunais superiores pela constitucionalidade do tipo penal estabelecido pela “Lei dos Remédios”, inclusive e em especial a hipótese de venda de medicamentos sem registro junto à Anvisa, tem como contraponto a constante liberação, por decisões judiciais, da venda e da comercialização de medicamentos que não foram aprovados pela Anvisa, seja em razão da sua mora em analisar os pedidos de registro de medicamentos (BRASIL, 2015d, 2013), seja em razão da ausência de outras opções de tratamento de

---

<sup>2</sup>Nesse sentido, ver Reale Junior (1999), Prado (2010), Nucci (2011) e Nascimento (2011).

<sup>3</sup>Ver Brasil (2016f, 2016g, 2015c).

doenças graves ou terminais (BRASIL, 2017e, 2017a, 2017c, 2017d), seja por se dar prevalência à recomendação médica (BRASIL, 2015e, 2016a), e até mesmo em razão da aprovação de certos medicamentos em outros países (BRASIL, 2017g, 2016c) – postura que contraria os termos da Lei nº 9.677/1998 e da sua exposição de motivos, e permite questionar a adoção da norma penal como instrumento de proteção do bem jurídico saúde pública.

A hipótese discutida aqui, diretamente relacionada à venda de medicamentos sem registro, é a de que o próprio Judiciário tem mitigado e flexibilizado a disposição trazida ao CP pela “Lei dos Remédios” ao liberar o fornecimento de substâncias medicinais ou terapêuticas sem o prévio aval da Anvisa. Essa postura levanta dúvidas acerca da razoabilidade e da constitucionalidade da adoção do direito penal como *prima ratio* para a proteção da saúde pública, o que reforça a necessidade de mudanças na interpretação e na aplicação da lei.

O presente trabalho está dividido em quatro seções, além da introdução e conclusão. A primeira discorre a respeito da “Lei dos Remédios” e os aspectos penais relacionados à produção e à comercialização de medicamentos de forma irregular, abordando as críticas traçadas pela doutrina e o entendimento consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores quanto à constitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do CP. A segunda trata do direito ao fornecimento de remédios sem o registro na Anvisa, fazendo um contraponto à previsão do inciso I do § 1º-B. A terceira aborda o indevido enquadramento da hipótese de venda de medicamentos sem registro no tipo penal de crime de perigo abstrato. A quarta discorre sobre o papel da Anvisa à luz da Lei nº 6.437/1977 (BRASIL, 1977), tratando do seu dever de listar as substâncias nocivas à saúde e do papel da regulação como instrumento prévio necessário e prejudicial para a persecução penal. Ao final, conclui-se defendendo posicionamento favorável a uma interpretação mais adequada e conforme à da regra do inciso I do § 1º-B do artigo 273 do CP.

## **2. A “Lei dos Remédios” e as modificações do Código Penal**

A Lei nº 9.677/1998, a “Lei dos Remédios”, que alterou o Capítulo III do Título VIII do CP para introduzir o artigo 273, *caput* e §§ 1º-A e 1º-B, foi editada após uma sequência de escândalos, em âmbito nacional, envolvendo a falsificação de remédios no Brasil. Foram vários os casos noticiados na imprensa de adulteração ou falsificação de medicamentos, a exemplo dos antibióticos Trioxina, Triaxin e Cefoxitina, e de

remédios usados no combate ao câncer, como Granulokine e Androcur, em alguns casos implicando a morte de pacientes.<sup>4</sup>

A par da gravidade de diversos episódios, um dos casos socialmente mais marcantes envolveu a empresa Schering do Brasil, que comercializou sete lotes de um medicamento anticoncepcional chamado Microvlar cujo conteúdo era totalmente ineficaz. A empresa adquirira novo maquinário destinado à embalagem de medicamentos da sua linha de produção e, enquanto o equipamento estava em testes, foram produzidos diversos lotes de Microvlar não destinados ao consumo, verdadeiros placebos que continham uma composição da mesma cor, peso e diâmetro do medicamento original, mas sem o princípio ativo que o tornaria eficaz para evitar a concepção. Embora supostamente os medicamentos tenham sido separados para eliminação, uma parte deles foi à comercialização, resultando daí que diversas consumidoras do placebo acabaram por engravidar.<sup>5</sup>

O caso provocou grande comoção popular (GUIMARÃES, 2014). Foi objeto de ação penal proposta pelo Ministério Público (Processo Penal nº 487/1998) (SÃO PAULO, 2001), julgada pela 2ª Vara Criminal de São Paulo em julho de 2000, da qual resultou a condenação, em primeira instância, dos diretores industrial e presidente da empresa, às penas de dois anos e quatro meses de prisão, bem como à prestação de serviço à comunidade e ao pagamento de multa. A condenação foi motivada principalmente pelo fato de a empresa não ter informado aos seus consumidores mesmo depois de saber do equívoco na comercialização de placebos

(REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, 2001). Em segunda instância, a condenação foi mantida, mas a pena foi reduzida para oito meses de detenção e ao pagamento de treze dias-multa, fixados em três salários-mínimos cada um (SÃO PAULO, 2001).<sup>6</sup>

Como sucedâneo desses escândalos, em especial do caso da Schering, foi elaborado o Projeto de Lei (PL) nº 4.207/1998, de autoria do deputado Benedito Domingos, voltado a alterar o CP e endurecer as penas dos crimes que estivessem relacionados à comercialização de produtos medicinais, supostamente com vistas a proteger a saúde pública. Foi isso, inclusive, o que constou da exposição de motivos desse PL, que deu origem à nova redação do artigo 273 do CP:

A incidência da ação de fraudadores inescrupulosos, ávidos de enriquecimento ilícito, ainda que à custa da disseminação de substâncias nocivas, e até danosas, à saúde, hoje, vem ocorrendo com frequência, explorando a boa fé pública, com a falsificação de medicamentos, em sua maioria, autossúaveis pelo povo.

[...]

Entendemos que delitos como esses causam enormes danos à sociedade e também à economia popular, pois que atingem as classes menos favorecidas que buscam no preço mais barato, e na alternativa da automedicação, sem prescrição médica, à solução paliativa de seus males físicos, devendo ser, portanto, também o delito de falsificação de medicamentos classificado como crime considerado hediondo e seu agente sujeito às restrições e as insuscetibilidades alinhadas no artigo 2º e seus parágrafos, da lei ora modificada no presente Projeto de Lei (BRASIL, 1998a).

<sup>4</sup>Ver *Folha de S.Paulo* (1998) e *O Globo* (1998a, 1998b).

<sup>5</sup>Sentença do Processo nº 487/1998, proferida pela 2ª Vara Criminal Central de São Paulo em 21/7/2000, pelo juiz Francisco Olavo Guimarães Peret Filho (REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, 2001).

<sup>6</sup>A íntegra do acórdão não está disponível no site do TJSP, mas a ementa pode ser encontrada na pesquisa do processo, de nº 9140356-92.2000.8.26.0000 (993.00.099021-0), junto ao TJSP.



Por sua vez, o PL nº 4.535/1998, de autoria do deputado Augusto Nardes, que deu azo à Lei nº 9.695/1998 (BRASIL, 1998d) e incluiu os crimes de corrupção, adulteração ou falsificação de substâncias alimentícias ou medicinais no rol de crimes hediondos, teve a seguinte justificação na sua exposição de motivos:

Nossa população tem assistido perplexa a uma sequência de mortes ocorridas em virtude da falsificação de remédios, alguns deles ministrados a portadores de doenças graves, como o câncer.

Estamos diante de crimes hediondos, perpetrados contra vítimas indefesas, incapazes de se prevenir e de se defender dessa covardia perversa.

É urgente uma modificação da lei, a fim de se dar tratamento penal compatível com a gravidade desses fatos (BRASIL, 1998b).

O CP previa, no seu artigo 272, a punição do ato de “corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde” (BRASIL, 1940)<sup>7</sup>, cominando uma pena de dois a seis anos de reclusão, além de multa. De acordo com aquela redação, para que houvesse a condenação era necessário que o produto concretamente colocasse em risco a saúde dos consumidores, como assinalava Reale Junior (1999, p. 415):

Fundamental é, pois, que se comprove haver, no caso concreto, acontecido, efetivamente, o surgimento de uma situação perigosa, em função daquela conduta, que

<sup>7</sup>“Art. 272. Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa. § 1º Está sujeito à mesma pena quem vende, expõe a venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância corrompida, adulterada ou falsificada. § 2º Se o crime é culposo: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa”

tenha posto em risco a saúde de um número indefinido de pessoas.

Segundo dizes do art. 272 do CP (LGL 1940), a ação típica pode ocorrer pelas formas de corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde.

Ainda sob a óptica da antiga redação do CP, agora à luz do artigo 273<sup>8</sup>, aquele que alterasse “substância alimentícia ou medicinal, modificando-lhe a qualidade ou reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico”, ou suprimisse, “total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal, ou substituindo-o por outro de qualidade inferior” (BRASIL, 1940), ficaria sujeito à pena de reclusão de um a três anos. Na mesma pena incorreria quem vendesse, expusesse à venda, mantivesse em depósito para venda ou, sob qualquer forma, entregasse a consumo a substância adulterada ou falsificada.

A regra do artigo 273 tratava de hipótese de “nocividade negativa”, para pegar emprestada a expressão de Fragoso (1959, p. 701). O prejuízo à saúde decorria de uma conduta indireta, que privasse o consumidor dos benefícios nutritivos ou terapêuticos próprios da substância medicinal. Também nesse caso era necessário que houvesse a comprovação da nocividade, tratando-se de uma hipótese de crime de perigo concreto, ou seja, em que havia a efetiva comprovação do potencial de dano.

<sup>8</sup>“Art. 273. Alterar substância alimentícia ou medicinal: I – modificando-lhe a qualidade ou reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico; II – suprimindo, total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal, ou substituindo-o por outro de qualidade inferior: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem vende, expõe a venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância alterada nos termos deste artigo. § 2º Se o crime é culposo: Pena – detenção, de dois a seis meses, e multa” (BRASIL, 1940).

Contudo, com a nova disposição legal contida na “Lei dos Remédios”, o crime deixou de depender da comprovação do prejuízo, passando a tratar-se de *crime de perigo abstracto*, em que a simples prática do ato tipificado na lei, independentemente de qualquer comprovação de prejuízo, resulta na aplicação da pena. O artigo 272, que dispunha sobre a matéria, passou a tratar exclusivamente de crimes relacionados a substâncias ou produtos alimentícios destinados ao consumo. A hipótese dos medicamentos ganhou nova abordagem, específica, no artigo 273, *caput* e parágrafos, do CP (BRASIL, 1940), que passou a prever o seguinte:

Art. 273 – Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º – Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A – Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B – Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III – sem as características de identificações e qualidades admitidas para a comercialização;

IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V – de procedência ignorada;

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

De acordo com a nova redação, além de ser crime adulterar, falsificar e comercializar um produto medicinal e seus congêneres – inclusive produtos medicinais, terapêuticos, matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes e de uso em diagnóstico –, a comercialização desses produtos sem o prévio registro na Anvisa passou a implicar a igual subsunção à norma penal. Da mesma forma, a revenda daqueles produtos, se adquiridos de estabelecimento sem licença ou com a sua procedência ignorada, passou a atrair a aplicação do tipo penal.

A disposição dos §§ 1º-A e 1º-B deixa claro que o legislador ampliou as hipóteses de sujeição à norma penal, alterando substancialmente o tipo antes previsto pela lei, de forma a alcançar o que antes eram meros *ilícitos administrativos*, ou seja, irregularidades que estavam sujeitas ao controle, fiscalização e punição em sede administrativa, em virtude do disposto na Lei nº 6.437/1977 (BRASIL, 1977). Em outras palavras, a hipótese de subsunção à norma penal foi exponencialmente ampliada e as consequências para o que antes eram irregularidades administrativas passou a ser o encarceramento, com a aplicação de pena superior à do homicídio.

Com efeito, a comercialização de um remédio não registrado na Anvisa, ainda que não seja nocivo à saúde,<sup>9</sup> passou a constituir crime. Em virtude da redação dada pelo legislador, haverá a subsunção à esfera penal mesmo que o remédio já tenha sido aprovado e comercializado há anos no exterior, com a comprovação científica de que produz os efeitos desejados ou que não gera danos à saúde maiores do que os benefícios proporcionados, não constituindo, portanto, um risco para a saúde pública. Passou a ser crime, também, a venda de anabolizantes e suplementos alimentares estrangeiros sem registro na Anvisa, ainda que o seu conteúdo seja similar ou mesmo idêntico a outros produtos produzidos no Brasil. Também nessa hipótese a lei impõe a condenação, mesmo não havendo qualquer prova de nocividade ou perigo à saúde pública. Bastará, também, para a subsunção ao tipo penal, que falte a comprovação da procedência do produto ou que ele tenha sido adquirido num estabelecimento sem o respectivo registro na Anvisa. As hipóteses, portanto, são variadas e independem de comprovação de qualquer prejuízo, seja potencial ou efetivo.

Em razão da amplitude da norma penal, a doutrina passou a tecer severas críticas à nova redação dada pela “Lei dos Remédios”, com o argumento de que a norma foi oportunista e precipitada, voltada a responder a uma pressão momentânea, ampliada especialmente pela mídia (KOERNER, 1998; FARIA, 1998). Como reflexo disso, e diante da aplicação da norma penal tal qual ela foi prevista pelo legislador, os tribunais viram-se obrigados a enfrentar a constitucionalidade e a razoabilidade da nova regra penal introduzida no ordenamento jurídico pelo legislador.

Reale Junior (1999), por exemplo, apontou a inconstitucionalidade das modificações trazidas pela “Lei dos Remédios”, afirmando que os incisos do § 1º-B do artigo 273 do CP, à exceção do inciso IV, que trata da criminalização da redução do valor terapêutico ou da atividade

---

<sup>9</sup> Por nocivo à saúde entendemos os produtos que coloquem a vida em risco.

do remédio, estão maculados de *incontornável* inconstitucionalidade. Pontuou ainda que o inciso IV do § 1º-B e o *caput* do § 1º-A só seriam admissíveis se recebessem interpretação conforme a Constituição para torná-los crimes de *ameaça concreta*, exigindo-se a prova do real risco à saúde pública:

A inconstitucionalidade por lesão aos valores e princípios constitucionais é patente, dada a extensão da desmedida promovida pela novel normativa penal. Isto posto, posso, com segurança, alcançar as seguintes conclusões, que exponho de forma articulada para a melhor visualização da matéria:

a) as normas contidas na Lei 9.677 de 1998, no que tange à tipificação de crimes contra a saúde pública, nem sempre guardam adequada relação com o bem jurídico constitucionalmente tutelado, qual seja, a saúde pública;

b) as novas regras atingem, em seu conjunto, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da ofensividade;

c) a normativa do art. 273, *caput*, § 1º-B, I, II, III, V e VI, padece de incontornável inconstitucionalidade, uma vez que os fatos incriminados ou c.1) não são de molde a ameaçar, colocar em risco ou lesar interesses relevantes, ou c.2) ferem, frontalmente, os princípios constitucionais fundamentais da proporcionalidade e da ofensividade, atingindo os valores supremos da liberdade e da justiça;

d) as regras do art. 273, *caput*, parágrafo primeiro e § 1º-A, e o inc. IV do § 1º-B, embora firam os mesmos princípios, se consideradas por si só e em exegese literal, podem ser salvas se receberem interpretação que as conforme à Constituição. Para tanto, os crimes aí tipificados devem ser tidos como crimes de perigo concreto, dependendo, portanto, para a sua efetiva configuração, da comprovação de risco real à saúde pública, em razão da nocividade negativa, ou seja, da perda ou redução significativa dos predicados do produto (REALE JUNIOR, 1999, p. 415).

Prado (2010), embora não tenha apontado a inconstitucionalidade da norma como um todo, questionou não apenas a desproporcionalidade da pena, como também a técnica legislativa adotada pelo Congresso, em razão da excessiva abrangência da norma:

Aqui, facilmente é vislumbrada a deficiência da técnica legislativa, pois foram equiparados medicamentos, cosméticos e saneantes. De fato, “não há como equiparar, na sua ofensibilidade à saúde pública, produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, ou seja, a produtos que servem ao embelezamento ou à preservação da beleza ou a simples saneantes, produtos dirigidos à higienização ou à desinfecção ambiental. São tais produtos qualitativamente autônomos

e não suportam uma igualdade conceitual, nem devem receber, por isso, o mesmo tratamento punitivo” (Franco, A. S. Há produto novo na praça. Bol IBCCrim, nº 70, 1998, p. 5. Nesse sentido, Reale Jr., M. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. JRT, 763, p. 421 *ess.*; Delmanto, C. Código Penal comentado, p. 496). [...] É por isso que a elaboração feita pelo legislador infraconstitucional vem sendo devidamente criticada: desrespeitaram-se princípios constitucionais, quais sejam o da subsidiariedade e o da proporcionalidade (PRADO, 2010, p. 139-140).

Nucci (2011, p. 994), por sua vez, apontou a desproporcionalidade da pena para as hipóteses elencadas no artigo 273 do CP, asseverando que, no seu entendimento, vender remédio sem registro no órgão de vigilância sanitária não pode ser comparado a graves delitos de dano, a exemplo do homicídio:

É inviável acolher como razoável a pena mínima de dez anos de reclusão, em regime inicial fechado, considerado crime hediondo, para condutas de perigo, quando nem mesmo potencial concreto de dano se exige. Vender um remédio sem registro no órgão de vigilância sanitária não tem, minimamente, o padrão necessário para se comparar graves delitos de dano, como, por exemplo, o homicídio. No entanto, a pena mínima do homicídio simples é de seis anos de reclusão, enquanto a mínima do crime contra a saúde pública atinge dez anos de reclusão. Nesse prisma, a inconstitucionalidade, por afronta direta ao princípio da proporcionalidade, bem como, indiretamente, a intervenção mínima, é patente.

No mesmo sentido, Nascimento (2011), sustenta a falta de razoabilidade na pena cominada pelo legislador:

Com efeito, a pena mínima cominada ao crime do art. 273, § 1º-B e seus incisos, excede em mais de três vezes a pena máxima do homicídio culposo (art. 121, § 3º), quase duas vezes a pena mínima do homicídio doloso simples (art. 121, *caput*), é igual à pena máxima do aborto provocado sem consentimento da gestante (art. 125), além de corresponder a cinco vezes a pena mínima da lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 2º).

Assim, sob tal ponto de vista, a nova redação do art. 273 colocou em pé de igualdade condutas absolutamente distintas do ponto de vista da lesividade, igualando situações possivelmente inigualáveis do ponto de vista jurídico-penal.

A despeito das críticas, o STF tem afirmado a constitucionalidade do tipo penal estabelecido pelo legislador no art. 273, *caput* e parágrafos. Com efeito, em outubro de 2016, a 2ª Turma do STF, ao julgar o Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário de nº 971.187/SP (BRASIL, 2016f), com o voto do ministro Teori Zavascki, reafirmou

a jurisprudência da Corte no sentido da constitucionalidade do artigo 273 do CP, inclusive do seu § 1º-B, afirmando que já há precedentes de ambas as Turmas do STF que afastam a tese de que o art. 273 seria incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988).<sup>10</sup>

Embora a questão ainda não tenha sido submetida ao Tribunal Pleno, o STF tem entendido que não compete ao Judiciário rever as penas estabelecidas pelo legislador, rejeitando, inclusive, a tese amplamente sustentada pela doutrina da inconstitucionalidade do preceito secundário da norma, referente à pena de dez a quinze anos de prisão. É o que se pode ver do acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 829.226/SP (BRASIL, 2015a), de relatoria de Luiz Fux, julgado em fevereiro de 2015, no qual o ministro entendeu que “o Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam condutas elencadas em norma penal incriminadora”. Citando um precedente anterior, concluiu:

cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma (BRASIL, 2015a).

O STJ, por sua vez, com base no julgamento pela Corte Especial, em fevereiro de 2015, da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 239.363/PR (BRASIL, 2015b), passou a entender que haveria a inconstitucionalidade da pena cominada à conduta prevista no artigo 273, § 1º-B, do CP, mas que nenhuma ilegalidade haveria no tipo penal. Ao julgar o caso, o ministro Sebastião Reis Júnior, relator do caso, ponderou que

se comparado com o crime de tráfico de drogas – notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública –, percebe-se a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, sobretudo após a edição da Lei n. 11.343/2006, que, apesar de haver aumentado a pena mínima de 3 para 5 anos, introduziu a possibilidade de redução da reprimenda, quando aplicável o § 4º do art. 33, de 1/6 a 2/3.

[Concluiu o ministro:]

---

<sup>10</sup> “Processual penal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Art. 273, § 1º-B do Código Penal. Alegação de inconstitucionalidade. Improcedência. Precedentes de ambas as turmas do STF. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL, 2016f).

Mostra-se, em meu entender, ser imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta de ter em depósito para vender 9 frascos de estanozolol e 25 comprimidos de oximetolona, medicamentos de procedência ignorada, isso em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade (BRASIL, 2015b).

Assim, a controvérsia instaurada nas cortes superiores diz respeito à constitucionalidade da pena, mas não do tipo penal. Tanto o STF quanto o STJ não afastaram a aplicação da hipótese prevista no § 1º-B do artigo 273, que continua vigente para impor a punição contra os fatos ali enquadrados.

Curiosamente, porém, o próprio Judiciário autoriza a venda e fornecimento de remédios não registrados ou não aprovados pela Anvisa, independentemente de manifestação desta nos respectivos autos judiciais. Quanto a isso, há hoje em curso no STF uma discussão extremamente relevante tanto do ponto de vista econômico, quanto dos pontos de vista social e regulatório, sobre a possibilidade de o Sistema Único de Saúde (SUS) custear tratamentos que dependem de drogas não autorizadas pela Anvisa ou não fabricadas no País. Discute o STF, inclusive, se deve o Judiciário liberar a venda de medicamentos que não foram registradas junto à Anvisa.

Essa discussão, como veremos adiante, traz um forte contraponto à regra estabelecida no § 1º-B do artigo 273 do CP, na medida em que a contumaz liberação, por força de comando judicial, do fornecimento de substâncias medicinais e terapêuticas não autorizadas pela Anvisa, suscita dúvidas quanto à legitimidade e mesmo à adequação da atual interpretação majoritária do tipo penal estabelecido pelo legislador para proteger uma matéria que está diretamente relacionada e é muito dependente da regulação da saúde pública.

### **3. A liberação do fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa pelo Poder Judiciário: um contraponto à criminalização estabelecida pelo § 1º-B do art. 273 do CP**

Diversos levantamentos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Tribunal de Contas da União (TCU) realizados nos últimos anos dão conta da distribuição de uma média de 150.000 processos por ano nos tribunais federais e estaduais para discutir matérias relacionadas à saúde pública, dos quais 85% estão relacionados a demandas voltadas ao fornecimento de medicamentos (BRASIL, 2015f). Apenas nos anos de 2013 e 2014 foram distribuídas aproximadamente 18.000 ações perante a Justiça Federal e 100.000 ações nos Tribunais de São Paulo, Rio

Grande do Sul e Minas Gerais, tudo consoante constou do acórdão da Auditoria do TCU nº 009.253/2015-7 (BRASIL, 2017i). Uma constatação que se pode fazer com base nesse levantamento é particularmente relevante para o tema deste artigo: a judicialização constante do direito de fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa. Veja-se trecho dessa decisão:

103. Na União, observou-se o seguinte perfil: a) o número de ações judiciais federais é crescente e sua proporção por habitante é maior em estados das regiões Sul, Centro-Oeste e Sudeste; e b) os gastos federais com a judicialização são crescentes e concentram-se em três medicamentos que não fazem parte da RENAME, sendo que um deles não possui registro na Anvisa (capítulo 4).

[...]

169. A maior parte dos gastos com medicamentos judicializados do Ministério da Saúde diz respeito a itens não incorporados ao SUS, sendo que uma parcela significativa desses itens diz respeito a itens que não foram registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Em relação às secretarias de saúde, também se encontrou um grande valor despendido em itens não incorporados pelos SUS e/ou sem registro na Anvisa.

170. Devido às limitações financeiras, o fornecimento de bens e serviços pelo Estado deve ser racionalizado com base em princípios e critérios de priorização. No caso do SUS, o princípio da integralidade da assistência consiste na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou agravamento à saúde a ser tratado, ou com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS ou, de forma suplementar, pelos gestores estaduais e municipais do SUS (arts. 19-M e 19-P da Lei 8.080/1990, incluídos pela Lei 12.401/2011).

171. No âmbito da judicialização da saúde, segundo Schulze e Chiarelli, o Poder Judiciário brasileiro tende a desconsiderar as limitações financeiras e apegar-se aos postulados da teoria dos direitos fundamentais (O princípio da integralidade na saúde e sua compatibilidade com a escassez de recursos. Brasília/Revista do Centro de Estudos Judiciários, Ano XVIII, n. 64, set/dez 2014, p. 21).

[...]

199. Em conclusão, um medicamento sem registro na Anvisa e dois medicamentos que não constam das relações do SUS foram responsáveis por mais da metade dos gastos contabilizados pelo Ministério da Saúde de 2010 a 2015 com a judicialização da saúde (BRASIL, 2017i).

Conforme constatou o TCU, o Judiciário tende a acatar os pedidos para obrigar o Estado a fornecer medicamentos que não se encontram registrados perante a Anvisa, ordenando o seu fornecimento em milha-



res de litígios que, conquanto individuais, representam um volume considerável tanto em quantidade quanto em valores, impactando no orçamento do Ministério da Saúde. De acordo com o que foi apurado pelo TCU, a repercussão no orçamento e nas despesas públicas está na casa dos bilhões de reais (BRASIL, 2017i).

Foi justamente por conta da crescente judicialização que, em novembro de 2011, o próprio STF, que entende pela constitucionalidade da regra do § 1º-B do art. 273 do CP, reconheceu a Repercussão Geral da matéria diretamente relacionada ao custeio de remédios *não registrados* na Anvisa, objeto de discussão no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG (BRASIL, 2012b), de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello.<sup>11</sup> O foco da discussão travada no STF e que ainda está em curso sem uma decisão final da Corte diz respeito justamente à possibilidade de o Judiciário impor à União, Estados e Municípios, o fornecimento de um medicamento não registrado perante a Anvisa. O voto do ministro relator do caso foi no sentido de que “não sendo o caso de industrialização ou comercialização no território brasileiro, e sim de importação excepcional para uso próprio, individualizado, cumpre ao Estado viabilizar a aquisição” (BRASIL, 2016d).

Embora o ministro tenha tido o cuidado de ressaltar que o art. 12 da Lei nº 6.360/1976 (BRASIL, 1976) é explícito ao vedar a industrialização, a exposição à venda ou a entrega ao consumo de medicamento sem o prévio regis-

tro junto à Anvisa, e que a liberação dada pelo Judiciário seria “excepcional”, a possibilidade de autorização do Poder Judiciário para assegurar o fornecimento das mesmas substâncias que a lei penal buscou recriminar – notadamente de substâncias medicinais ou terapêuticas não autorizadas pela Anvisa – revela fragilidade na premissa que sustenta a *persecutio criminis* para a hipótese.

Afinal, a óptica adotada pelo legislador ao editar o § 1º-B do artigo 273 do CP foi no sentido de que o fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa constitui, por si só, um atentado ao bem jurídico saúde pública. Por essa razão, inclusive, a hipótese deixou de ser classificada como crime de *perigo concreto* e passou a ser enquadrada como crime de *perigo abstrato*, o que significa que o legislador pressupôs que o fornecimento de medicamentos sem a aprovação da Anvisa representaria um risco tão elevado, que o agente que o causasse deveria ser privado de sua liberdade por dez a quinze anos.

Contudo, a autorização dada pelo Judiciário para que medicamentos sem registro na Anvisa sejam fornecidos em determinados casos, ainda que específicos, indica que o fornecimento de substâncias sem registro não implica necessariamente risco de dano à saúde pública – o que sugere, por sua vez, a possibilidade de se abrandar o tipo penal, para flexibilizá-lo à luz do caso concreto. Isso atrai o questionamento quanto ao seu enquadramento como hipótese de *perigo abstrato*. Se é possível flexibilizar a premissa da regra administrativa, parece razoável dizer que a regra penal deve comportar a mesma flexibilização.

A bem da verdade, não houve simples flexibilização da premissa de dano abstrato que norteou a edição da regra penal. O Judiciário passou a adotar uma interpretação totalmente casuística acerca dos critérios necessários para

<sup>11</sup> Assim decidiu o ministro: “O tema é da maior importância para a sociedade em geral no que, de início, cumpre ao Estado assegurar a observância do direito à saúde, procedendo à entrega do medicamento. Surge, então, o questionamento: em se tratando de remédio não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA há a obrigatoriedade de o Estado o custear? A resposta do Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi em sentido negativo e ao Supremo cabe a última palavra sobre a matéria, ante os preceitos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal” (BRASIL, 2012b, p. 3).

a proteção do bem jurídico saúde pública, em muitos casos priorizando outros parâmetros que não o registro na Anvisa.<sup>12</sup> A exigência do registro passou a ser indicada, em alguns casos, não como instrumento de proteção, mas uma exigência execrável, porque prejudicial à proteção do bem tutelado pelo artigo 196 da CRFB, que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não é incomum, por isso mesmo, o Judiciário determinar o fornecimento de medicamentos sem qualquer oitiva da Anvisa, muito embora seja ela, ao menos em tese, a responsável por zelar pela saúde pública.<sup>13</sup> Para ficar em dois exemplos, ao julgar a Suspensão de Segurança nº 4.316 (BRASIL, 2011), em 7/6/2011, o então presidente do STF, ministro Cezar Peluso, determinou ao Estado que fornecesse o medicamento *Soliris (Eculizumabe)*, embora ainda não estivesse registrado na Anvisa, por entender que a medicação em questão é “reconhecida pela comunidade médica como a única medicação eficaz para o tratamento da doença Hemoglobinúria Paroxística Noturna – HPN”.

Por sua vez, no dia 7/8/2017, a ministra Cármen Lúcia, ao apreciar uma medida cautelar no bojo da Suspensão de Segurança nº 5.192 (BRASIL, 2017h), assegurou a um jurisdicionado o fornecimento do medicamento *Spinraza* para o tratamento de uma doença degenerativa que causa atrofia muscular espinhal. Entendeu a ministra que esse era “o

---

<sup>12</sup> Bottini (2007, p. 231-232), ao tratar em obra específica sobre os crimes de perigo abstrato, destaca a dificuldade relacionada à aplicação dos crimes de perigo abstrato e a interpretação casuística do Judiciário ao enfrentar casos concretos. Pondera o autor que os “tribunais brasileiros vêm dedicando atenção à questão dos crimes de perigo abstrato e, em alguns casos, decidindo pela atipicidade diante da ausência de periculosidade nos casos concretos. No entanto, os fundamentos de tais decisões são variados, em geral voltados para peculiaridades dos dispositivos da Parte Especial do Código Penal ou baseados no princípio da insignificância. No entanto, não se observa, em geral, o reconhecimento da periculosidade como critério de relevância penal das condutas, o que resulta em decisões casuísticas e desarticuladas, sem um norte interpretativo que confira estabilidade à jurisprudência sobre o tema. [...] A constelação de respostas diversas e casuísticas que buscam justificar a não aplicação dos tipos de perigo abstrato a hipóteses em que o direito penal não é útil ou necessário poderia ser organizada e sistematizada sob o denominador comum da periculosidade, como elemento da conduta típica. Dessa forma, a linha de interpretação seria consolidada sob critérios definidos e claros, garantindo a segurança sobre a aplicação dos tipos penais em análise”.

<sup>13</sup> Sobre o tema também se posicionou Paschoal (2012, p. 6-7), que assim ponderou: “Como dito no início, a fim de contornar a desproporcionalidade da pena cominada pelo art. 273 do CP, muitos julgadores têm interpretado tal dispositivo em conjunto com a lei de drogas, aplicando as penas previstas para o tráfico, atitude adequada, quando se está diante de uma efetiva falsificação de produto medicinal, ou da comercialização do produto adulterado. [...] De certa forma, os julgadores têm contemporizado os desmandos que a exacerbada punição e a péssima redação do art. 273 do CP permitem. Não obstante, como apontado no início, vários magistrados, fortalecidos na doutrina, findam por prolatar decisões injustas, sob o argumento de que o juiz não pode legislar, mesmo quando em favor do imputado”.

único eficaz disponível para o tratamento clínico da doença”, muito embora o medicamento não estivesse registrado na Anvisa.<sup>14</sup>

Em ambos os casos, o elemento considerado primordial para a proteção da saúde pública – ou seja, o registro na Anvisa – teve menos relevância do que o entendimento dos médicos dos respectivos pacientes e mesmo o “reconhecimento da comunidade médica” (BRASIL, 2011), para citar a expressão usada pelo ministro Cezar Peluso. Houvesse o fornecimento das mesmas substâncias não registradas na Anvisa sem respaldo do Judiciário, ainda que amparado por expressa determinação médica e mesmo do apoio da comunidade médica, que procedesse à importação ou produção, com a consequente venda da substância, estaria cometendo o crime do inciso I do § 1º-B do artigo 273.

Nesse sentido, a atual interpretação adotada pelo Supremo para autorizar o fornecimento de medicamentos e substâncias medicinais não registradas na Anvisa deve conduzir ao reconhecimento de que é necessário dar nova interpretação à regra estabelecida no § 1º-B do artigo 273 do CP (BRASIL, 1940).

Afinal, a proteção da saúde pública, objeto jurídico protegido da norma penal, parece transbordar a questão relacionada ao simples registro perante a Agência Reguladora. Se, para o STF, o registro, visto isoladamente, constitui uma exigência burocrática que muitas vezes se transforma em um elemento prejudicial à proteção do mesmo bem jurídico que a norma penal buscou proteger, resta desautorizado o enquadramento da hipótese de mero fornecimento sem registro de um medicamento como um crime de perigo abstrato. O

tipo penal deve admitir, por isso, interpretação conforme a Constituição, para lhe atribuir o sentido e a aplicação correta.

#### **4. O indevido enquadramento da hipótese do inciso I do § 1º-B como um crime de perigo abstrato**

Os crimes de perigo abstrato são aqueles em que há a mera potencialidade de dano. Eles se consumam numa situação hipotética de perigo, na qual, mediante uma concepção *juris et de jure*, realiza-se um juízo *ex ante* (SILVEIRA, 2011). Ou seja, não é necessário que ocorra a consumação do prejuízo ou risco real decorrente da conduta do agente para que haja a subsunção ao tipo penal; basta a prática do ato tipificado na lei para a consumação do crime (ROXIN, 2006, p. 407).

Como argumenta Bottini (2007, p. 120-121), o tipo penal do crime de perigo abstrato está relacionado à preocupação cada vez maior, na atual sociedade de risco, de se dar maior proteção aos bens jurídicos coletivos, em especial por conta da complexidade das relações de produção e distribuição de insumos, com a massificação do consumo e a formação de intrincadas estruturas organizacionais que dificultam a identificação da relação de causalidade entre uma conduta e um resultado danoso. Entre os bens jurídicos protegidos geralmente é enquadrada a saúde pública, ainda que esse enquadramento seja passível de crítica, como veremos adiante.

A intenção de transformar a hipótese contida no § 1º-B do artigo 273 do CP foi justamente evitar que, com a comercialização de produtos que ainda não passaram pelo crivo da Anvisa, houvesse risco *hipotético* para a população. O problema ocorre quando uma parcela relevante das ações praticadas que se

<sup>14</sup> Ambos os medicamentos foram posteriormente registrados na Anvisa, conforme noticiado em sua página de internet (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2017a, 2017b).

amoldam na norma incriminadora não representa ameaça à saúde pública. É a hipótese que se apresenta justamente nos casos de decisões judiciais ordenando o fornecimento de medicamentos sem registro.

O próprio Judiciário tem refutado a premissa do perigo abstrato inculpada no inciso I do § 1º-B ao autorizar o fornecimento de medicamentos que ainda não foram liberados pela Anvisa; e, para isso, ironicamente tem por fundamento a disposição do artigo 196 da CRFB, que prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual deve dar garantias de acesso universal e igualitário às ações e serviços para assegurar a promoção da saúde, com a redução do risco de doenças e outros agravos.

Assim, cumpre questionar se o fornecimento de medicamentos sem a prévia autorização da Anvisa é – efetivamente e por si só – um ato capaz de gerar ameaça abstrata de dano à saúde da população. Afinal, a conduta tipificada pelo legislador, para ser alçada ao critério de crime de perigo abstrato, deve não apenas ofender um bem jurídico merecedor da tutela penal, como configurar ato justificadamente ameaçador (AGUADO CORREA, 1999, p. 341). Não parece ser esse o caso do fornecimento de medicamentos sem registro, dado que não necessariamente a produção e o fornecimento de medicamentos, em si, implicam qualquer risco ao bem jurídico saúde pública.

A bem da verdade, o bem jurídico saúde pública nada mais é que a soma de bens individuais, uma vez que não existe bem coletivo juridicamente protegido como ocorre, por exemplo, com o meio ambiente, que conceitualmente está ao alcance de todos e, por isso mesmo, sujeito a repercussão das ações individuais e coletivas de forma similar. Esse também é o entendimento de Greco (2004, p. 115), que pondera tratar-se a “saúde pública” da “soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo”.

Se, para a proteção da integridade física individual de muitos cidadãos, é necessário recorrer ao Judiciário de forma que ele excepcione justamente o tipo penal estabelecido no inciso I do § 1º-B do artigo 273 do CP, assim como a regra do artigo 12 da Lei nº 6.360/1976 (BRASIL, 1976), e autorize o fornecimento de um medicamento que não é produzido ou comercializado no País como consequência direta ou indireta daquela regra penal e de outras restrições impostas pelo legislador (por via do disposto no artigo 334-A do CP), então parece certo que aquela restrição é inadequada e muitas vezes danosa ao bem jurídico para cuja proteção ela foi concebida.

O Judiciário reforça essa inadequação sempre que decide na linha do que ponderou a ministra Cármen Lúcia na Suspensão de Segurança nº 5.192 (BRASIL, 2017h), no sentido de que o fornecimento do me-

dicamento não autorizado pela Anvisa é o “único instrumento eficaz disponível” para o tratamento clínico de determinada doença.

Discussão similar chegou ao STJ sobre a aplicação do tipo penal disposto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990, e no art. 18 da Lei nº 8.078/1990 (BRASIL, 1990b, 1990a). Esses dispositivos tratam do crime abstrato de dano da venda de produtos alimentícios com prazo de validade expirado. O STJ tem entendido que, tratando-se de uma infração que deixa vestígio, é imprescindível a realização de exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal, e assim à luz do artigo 158 do CP (BRASIL, 1940), que estabelece que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.<sup>15</sup> Se para produtos alimentícios vencidos e não fiscalizados se permite, ainda que casualmente, a amortização da regra penal para afastar a sua aplicação, com mais razão parece ser o caso de medicamentos e congêneres que dependem de registro perante a Anvisa, atividade majoritariamente burocrática e administrativa.

Neste ponto, vale fazer o paralelo com o que decidiu o STF, na oportunidade do julgamento do *Habeas Corpus* nº 104.410/RS (BRASIL, 2012a), relatado pelo ministro Gilmar Mendes. Tratava do risco advindo do porte de arma de fogo desmuniada e da sua persecução criminal. Entendeu o ministro que

não serão idôneos para a proteção de determinado bem jurídico os atos legislativos criadores de tipos de perigo abstrato que incriminem meras infrações administrativas, as quais não têm aptidão para produzir, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico em questão (BRASIL, 2012a).

De acordo com o ministro, os crimes de perigo abstrato devem restringir-se aos comportamentos que, segundo os diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador com base em dados e análises científicas disponíveis no momento, geralmente configuram perigo para o bem jurídico protegido, descartados aqueles que apenas de forma isolada ou excepcional podem ensejar tal perigo. Concluiu o ministro em seu voto:

---

<sup>15</sup> “A hodierna jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal entende que, para a configuração do tipo penal descrito no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990, impõe-se a demonstração inequívoca da impropriedade do produto. 2. Por ser infração que deixa vestígio, é imprescindível a realização de exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal. Somente pode ser substituído o laudo pericial por outros meios de prova se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo” (BRASIL, 2017b). No mesmo sentido, ver Brasil (2017j, 2014b).

Quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas para os direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade. Meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve operar apenas como *ultima ratio* (BRASIL, 2012a).<sup>16</sup>

A hipótese é similar à que discute o enquadramento do fornecimento de medicamentos sem registro como crime de perigo abstrato. É razoável enquadrar a mera falta do registro, hipótese de infração administrativa, como causa de concreta ameaça à saúde pública?

É interessante conjugar essa questão com a enfrentada pelo STF na medida cautelar proposta na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5501/DF (BRASIL, 2017f), em que se questiona a constitucionalidade da Lei nº 13.269/2016 (BRASIL, 2016b), que autorizou a utilização da substância *fosfoetanolamina sintética* por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna – a polêmica “pílula do câncer”. A discussão travada naquele caso diz respeito à possibilidade de o legislador autorizar a comercialização de uma droga que jamais passou por qualquer estudo clínico que comprovasse a sua eficácia e segurança e que, justamente por isso, carece de registro junto à Anvisa. Trata-se de hipótese frontalmente oposta à prescrita na “Lei dos Remédios”. Por maioria de votos, o STF suspendeu a eficácia da lei em sede cautelar.

Embora o mérito da questão ainda esteja sendo discutido pela Corte, chama a atenção o voto do ministro Edson Fachin, no qual ele se preocupou em destacar o papel da Anvisa na implementação das políticas públicas voltadas à proteção do bem jurídico saúde pública (BRASIL, 2017f):

entendo que o uso privado de substâncias, ainda que apresentem eventuais efeitos nocivos à saúde humana, insere-se no âmbito da autonomia privada e está imune à interferência estatal em matéria penal.

A rigor, o uso da substância fosfoetanolamina é permitido se não há lei que o proíba. Registre-se, no entanto, que ainda que eventualmente opte o legislador por proibi-la, cominando, para tanto, uma pena, encontra-

---

<sup>16</sup>No mesmo sentido, ver Aguado Correa (1999, p. 394): “Para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de ofensividad es necesario: por una parte, que a través de los mismos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, es decir, constitucionalmente legítimos y dotados de una especial relevancia social, puesto que implican una ampliación muy importante de la tutela penal; por otra parte, que a través de los delitos de peligro abstracto se tipifiquen aquellas conductas que aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico que se trata de proteger, y no aquellas conductas que sólo en algunos casos aparecen como peligrosas; en último lugar, que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido”.

ria limite claro no princípio da ofensividade. Foi o que consignei no voto do RE 635.659: [...]

“O ponto de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia parece estar no princípio da ofensividade: somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção.

A sanção penal é, assim, tão-só uma das formas de se proteger os bens jurídicos. Consubstanciando a mais grave restrição na autonomia dos cidadãos, cumpre, portanto, avaliar se ela é adequadamente posta. E é aqui que tem assento a proporcionalidade.

Especificamente em relação à coerção penal, poder-se-ia apontar, na linha do que indica Claus Roxin, serem ilegítimas as incriminações de: motivações ideológicas; autolesão; tabus; fins extrapenais; e abstrações incapazes de constituir bens jurídicos (ROXIN, Claus. Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: *La teoría del bien jurídico. Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de laboratorios dogmáticos?* Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007).

Essas considerações parecem indicar que, em vista da ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização. Esse norte tem sentido especialmente para o *adicto*, usuário dependente de droga; impende ajudar o usuário que queira se livrar do poder criminoso da dependência. Frise-se, relativamente a esta inferência, que não se visa inviabilizar a atividade regulatória do Estado, nem mesmo a de imposição de sanções, mas a afastar que a regulação seja feita por meio da coerção penal como primeiro antídoto”.

Conquanto não seja possível, sob a perspectiva penal, tipificar o uso da fosfoetanolamina, poder-se-ia perguntar se, considerando sua aplicação a “*pacientes diagnosticadas com neoplasia maligna*”, não deveria a substância ser regulada administrativamente. A resposta é afirmativa.

Nos termos do art. 200, I, da Constituição Federal, compete ao sistema único de saúde “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos”. O sistema único é definido pela Lei 8.080/90 como sendo “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º, *caput*).

Essa mesma lei, atribui ao órgão de vigilância sanitária, conforme previsão constante de seu art. 6º, § 1º, I, as competências para o “controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo”. Note-se que a Lei em questão se refere à “substância” e não a “medicamento” ou “suplemento alimentar”.

A execução dessa política de controle está a cargo da Anvisa, a agência responsável pelas ações de vigilância sanitária (art. 6º, I, “a”, e § 1º, da Lei 8.080 e art. 4º da Lei 9.782) que detém a competência para “regulamen-

tar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública” (art. 8º, *caput*, da Lei 9.782).

O entendimento do ministro Edson Fachin é, em poucas palavras, que não há lei que vede o uso da substância *fosfoetanolamina sintética* e que, ainda que houvesse, ela encontraria limite claro no “princípio da ofensividade”. De acordo com esse princípio, só são passíveis de punição as condutas que lesionem ou coloquem em perigo um bem jurídico penalmente tutelado. Na posição do Ministro, a liberação do *uso* da *fosfoetanolamina sintética* não necessariamente coloca em risco o bem jurídico saúde pública, sob a óptica de que o *uso individual* de uma droga não autorizada pela Anvisa não configura hipótese passível de ser enquadrada como danosa à saúde pública.

Embora, não se possa tipificar o *uso* da *fosfoetanolamina*, a comercialização desse medicamento, enquanto ele não tiver sido examinado pela Anvisa, foi vedada pelo legislador, assim como a sua importação, e essa proibição esbarra justamente na hipótese que o ministro repriminou: a de “que a regulação seja feita por meio da coerção penal como primeiro antídoto” (BRASIL, 2017f). O voto não poderia ser mais acertado.

Esse entendimento é, por tudo, muito relevante para o exame da norma penal prevista no inciso I do § 1º-B do artigo 273 do CP. Se o uso individual não implica risco à saúde pública, a venda sem o registro também não pode ser enquadrada como tal. Nada impede, por exemplo, que a aquisição do medicamento esteja condicionada à prévia autorização e à apresentação de prescrição médica – dois critérios usualmente adotados pelo Judiciário para determinar o fornecimento de medicamento sem registro.

Há, portanto, outros instrumentos possíveis, menos gravosos aos direitos individuais em jogo, para resguardar a saúde pública com bem jurídico protegido.<sup>17</sup> Havendo alternativas à adoção do direito penal como *prima ratio* no que tange ao fornecimento de medicamentos e congêneres não registrados na Anvisa, demonstra-se equivocada a opção do legislador de enquadrar como crime de *perigo abstrato* a hipótese de

---

<sup>17</sup>“O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)” (FRANCO, 2000, p. 67).



fornecimento de medicamentos e demais substâncias sem registro. Os instrumentos de proteção da saúde, ao revés, devem antes ser tratados na esfera administrativa e regulatória.

## **5. O direito penal deve ser a *ultima ratio*: a regulação da saúde pública compete à Anvisa, que deve aprimorar os instrumentos de controle**

Um ponto que não pode escapar à análise na discussão aqui proposta é que a Anvisa foi criada pelo legislador menos de um ano depois da promulgação da malfadada “Lei dos Remédios”. Ela foi criada pela Lei de nº 9.782/1999 (BRASIL, 1999) justamente para regular e fiscalizar matérias relacionadas à saúde pública.

Estabeleceu o legislador, no artigo 6º da Lei, que a finalidade institucional da Anvisa seria justamente de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária,<sup>18</sup> e, no artigo 8º, que compete à Anvisa regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.<sup>19</sup>

Com base nestes dispositivos, a Anvisa edita periodicamente uma tabela que contém as substâncias cuja comercialização é *vedada* justamente por implicarem ameaça à saúde dos consumidores e, como reflexo, um risco ao bem jurídico saúde pública. A Anvisa também discrimina as substâncias que devem ficar sujeitas à venda sob prescrição médica e mesmo à retenção de receita pelo estabelecimento, como forma de controlar a venda de substâncias medicinais e terapêuticas previamente nela registradas (BRASIL, 1998e).

Esse nos parece ser o ponto relevante para a delimitação do tipo penal: a comercialização de uma substância que já foi enquadrada como nociva à saúde pela Anvisa é muito diferente da comercialização de uma substância que ainda não passou pelo seu crivo.

Por mais que se possa apontar riscos advindos da comercialização de um produto que ainda não tenha passado pela análise da Anvisa, não parece razoável equiparar esse fato à venda de uma substância proibida, ao menos para fins de persecução penal. Apenas a comercialização

---

<sup>18</sup> “Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras” (BRASIL, 1999).

<sup>19</sup> “Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública” (BRASIL, 1999).

de substâncias e medicamentos expressamente elencados pela Anvisa como nocivos à saúde é que parece justificar a *persecutio criminis* como primeiro instrumento de coerção, pois nesses casos há elementos concretos que apontam para a potencialidade de dano.

Essa distinção permite-nos traçar cenários absolutamente diferentes e que deveriam ter tratamento diferente pela legislação, mas que, ao contrário, não sofreram qualquer distinção à luz da norma penal.

Há, por exemplo, a hipótese de substâncias consideradas nocivas pela Anvisa e que estão expressamente proibidas por ela – substâncias e medicamentos proscritos – de serem fabricadas e comercializadas em razão dos notórios efeitos adversos que produzem à saúde humana. Parece razoável dizer que, nesses casos, o desrespeito ao comando normativo da Agência, que veda a sua produção e comercialização, justifica a aplicação do crime de perigo concreto, devendo ser admitida prova em contrário por parte daquele que praticar o ato recriminado pela norma penal, a fim de comprovar a ausência de perigo para a saúde pública. Afinal, como o próprio artigo 6º da Lei nº 6.360/1976 (BRASIL, 1976) deixa claro, os critérios técnicos podem mudar. Segundo esse dispositivo, um medicamento antes admitido pela Anvisa pode posteriormente ser considerado nocivo à saúde humana. Pela mesma lógica, um produto antes considerado nocivo pode ser admitido pela Agência.

Por outro lado, existe a hipótese de produção e venda de substâncias e medicamentos que não têm registro na Anvisa, mas que tampouco são elencados como nocivos à saúde humana. Nesses casos, a falta de registro pode decorrer tanto de mora da Anvisa, quanto de omissão do respectivo fabricante – situações que diferem da hipótese anterior, de venda de substâncias proibidas. Nesses casos, não há

espaço para falar em crime de *perigo abstracto* enquanto não comprovado o risco à saúde humana. Assim, a hipótese comporta o enquadramento como crime de *perigo concreto*, isto é, em que o perigo de dano deve ser comprovado ainda que minimamente para justificar a *persecutio criminis*, admitindo-se prova em contrário para afastar o tipo penal.

A hipótese mais grave é aquela que diz respeito à mora da Anvisa em efetivar o registro. Esse ponto é relevante em especial por constatações de ordem prática: a Anvisa demora em torno de 632 dias para concluir o registro de um remédio novo, 1.062 dias no caso de genérico e 1.225 para medicamento similar,<sup>20</sup> tudo conforme informações dadas pelo próprio presidente da autarquia (ALTAFIN, 2016).

Como pontuou Reale Junior (1999, p. 415), a norma penal acabou por criar distorções, transformando

em crime hediondo a venda de medicamentos, muitas vezes de última geração, em razão do descaso ou desorganização da Administração, que não concede o registro no prazo legal, aliás excedendo-o em alguns anos, desatendendo ao princípio da eficiência, recentemente incluído no art. 37 da CF (LGL\1988\3), como norteador da Administração Pública.

Há, por fim, casos em que não houve o registro junto à Anvisa de medicamentos que já contam com o aval da comunidade científica e mesmo de renomadas agências estrangeiras, sendo as mais conhecidas a *Food and Drug Administration* (FDA), a Agência Europeia

---

<sup>20</sup> Medicamentos genéricos e similares apresentam, em essência, o mesmo princípio ativo que um medicamento de referência, do que decorre que, comprovada a sua identidade com um remédio registrado na Anvisa, ainda que não registrados nela, não parece razoável autorizar a aplicação da norma penal estabelecida pelo legislador no § 1º-B do artigo 273 do CP.

de Medicamentos (EMA) e a Agência de Produtos Farmacêuticos e Equipamentos Médicos do Japão (PMDA). Se o Judiciário, em muitos casos, se vale desse elemento para autorizar a importação de medicamentos sem registro na Anvisa, a exemplo do que se ponderou o ministro Luís Roberto Barroso no voto dado no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG (BRASIL, 2012b),<sup>21</sup> parece certo dizer que esse mesmo elemento deveria servir de parâmetro para afastar a aplicação do tipo penal estabelecido no § 1º-B do artigo 273.

Dito isso, em todas as hipóteses a ausência do registro de determinado medicamento não implica, por si só, que esse medicamento não possa vir a ser recomendado pela comunidade médica ou que ele não possa ser benéfico para determinado tratamento. Essa interface compete à regulação, e não ao direito penal. A norma penal não deve servir de alicerce para inverter o papel da regulação, como registrou Faria (1998), afirmando que a lei penal não se presta a sanar problemas de natureza eminentemente regulatória:

As farmácias deveriam ter a presença diária de um farmacêutico. Nos crimes de roubo e furto de carga, os remédios são um dos artigos preferidos dos criminosos. Assim, a impunidade não decorre do fato do art. 273 do CP estabelecer pena de um a três anos, ou, atualmente, pena de 10 a 15 anos. Com essa legislação irracional tornando tais crimes hediondos, haverá uma natural resistência dos juízes na sua aplicação, pois não adianta punir aqueles indivíduos que praticam a pequena fraude sem maiores consequências, sem que se rompa a estrutura maior de corrupção das quadrilhas especializadas, dos fiscais corruptos, da efetiva punição dos comerciantes que vendem sem receita, da orientação social a respeito da desnecessidade de muitos medicamentos (os remédios para a gripe, por exemplo, combatem os efeitos e não a doença).

O grave problema dos medicamentos falsificados possui um quadro bem mais complexo do que a mera alteração dos tipos penais que punem tais condutas. É a própria questão da saúde pública no Brasil que precisa ser discutida e alterada.

Esses pontos levam-nos a concluir que o legislador acabou por atribuir importância elevada demais ao ato administrativo do registro de

---

<sup>21</sup> “o medicamento deve possuir registro junto a renomados órgãos ou agências de regulação no exterior, tais como a ‘Food and Drug Administration’ (FDA) dos EUA, a ‘European Agency for the Evaluation of Medicinal Products’ (EMA) da União Europeia, e a ‘Japanese Ministry of Health & Welfare’ do Japão. Nesses casos, a aprovação da droga (ainda não registrada no Brasil) em países que possuem sistemas de vigilância sanitária sérios e respeitados fora do país mitiga os riscos à saúde envolvidos no seu fornecimento a pacientes por determinação judicial. É preciso, porém, ressaltar que se trata aqui de uma situação excepcional, justificada pela mora irrazoável e injustificada da Anvisa”. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/2016/10/01/medicamentos/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

medicamentos perante a Anvisa, descurando, de um lado, dos mecanismos burocráticos da Anvisa que impedem o rápido e eficiente registro de medicamentos e demais substâncias medicinais e, de outro, da existência de outros instrumentos regulatórios de controle que podem ser tão ou mais eficazes quanto a autorização da Anvisa.

Nada impede, por exemplo, que a ela autorize a produção e a comercialização de medicamentos não registrados junto à Anvisa, condicionando a sua venda à expressa autorização médica, tal qual ocorre hoje com as drogas sujeitas a controle especial — notadamente entorpecentes e substâncias psicotrópicas anorexígenas. No ponto, a Portaria Anvisa nº 344, de 12/5/1998, que aprovou o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, estabeleceu, no artigo 35 e seguintes, a possibilidade de venda de remédios controlados por meio da chamada “notificação de receita”.

Os mesmos mecanismos de controle de substâncias e medicamentos controlados poderiam ser adotados para substâncias e medicamentos sem registro, mas não proscritos, afastando, portanto, a incidência do inciso I do § 1º-B do artigo 273 do CP. O próprio STJ, ultrapassando as dificuldades regulatórias, e sobrepunando a norma penal, tem entendido que a *prescrição médica* constitui prova bastante para a impetração de mandado de segurança voltado a garantir o fornecimento de medicamentos não registrados perante a Anvisa (BRASIL, 2016e). Ou seja, atribuiu a Corte relevância maior ao laudo médico e menor ao registro em sede administrativa. Trata-se de questão eminentemente regulatória, decorrente da ineficiência do registro para a proteção da saúde pública, o que, por si, sugere a revisão do modelo e, em especial, da interpretação dada a esse tipo penal.

Não se pretende, aqui, propor um novo modelo de controle de substâncias e medicamentos não registrados, tampouco esgotar saídas regulatórias para um melhor controle dos medicamentos pela Anvisa, mas apenas evidenciar que a simples possibilidade de fabricação ou importação e a comercialização de medicamento sem registro não implicam colocar à disposição do público um remédio ou substância potencialmente danosos a ponto de justificar a criminalização tal como prevista pela “Lei dos Remédios”, em especial em um setor onde se destacam as falhas regulatórias, a omissão e a mora da Anvisa, além do ativismo do Judiciário em buscar a aplicação da regra do artigo 196 da CRFB, com a liberação do fornecimento de medicamentos não registrados.

Há evidentemente alternativas regulatórias e outros instrumentos de controle da produção, importação e comercialização de medicamentos que prescindem da tipificação penal como *prima ratio* e que têm maior condição de garantir a proteção dos direitos individuais em jogo, resguardando mais adequadamente o bem jurídico saúde pública, inclusive em consonância com o artigo 196 da CRFB.

A necessidade de aperfeiçoamento do sistema regulatório justifica a adoção de uma interpretação da regra contida no inciso I do § 1º-B do artigo 273 do CP de modo a afastar a presunção estabelecida pelo legislador e autorizar a *não aplicação* do tipo penal quando não houver comprovação do potencial de dano em razão da venda dos medicamentos não registrados na Anvisa.

A solução parece estar, assim, em dar interpretação conforme a norma penal contida no inciso I do § 1º-B do artigo 273 do CP, para exigir a comprovação de prejuízo ou de efetiva potencialidade de dano advinda da comercialização de medicamentos e demais substâncias

medicinais ou terapêuticas quando esses produtos não estiverem listados como nocivos à saúde no âmbito da Anvisa.

Em outras palavras, nos casos em que não houver o registro, o perigo deve ser concreto, e a *persecutio criminis* deve ficar condicionada à comprovação, por parte da acusação, da premissa estabelecida pelo legislador para a aplicação do tipo penal, qual seja, a ameaça de dano à saúde pública. A prévia aprovação médica, assim como a aprovação da comunidade científica ou mesmo de renomadas agências reguladoras estrangeiras, como a FDA, a MNE e PMDA, já citadas, devem ser suficientes para obstar a *persecutio criminis*, condicionada que está à prova da efetiva potencialidade de dano, que deve ser examinada caso a caso.

## 6. Conclusão

Tratou-se, neste artigo, da contradição entre o posicionamento dos tribunais superiores quanto à constitucionalidade e à legalidade da regra insculpida no inciso I do § 1º-B do artigo 273 do CP voltado a proteger a saúde pública, e as decisões proferidas pelos mesmos tribunais superiores no sentido de autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados junto à Anvisa, também com o escopo de garantir a tutela da saúde dos cidadãos pelo Estado, porém, à luz do artigo 196 da CRFB.

Embora os tribunais superiores tenham ratificado o seu posicionamento quanto à constitucionalidade do tipo penal e do enquadramento da hipótese de fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa como instrumento essencial para a proteção do bem jurídico saúde pública, esses mesmos tribunais adotam postura contraditória ao autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados junto à Anvisa, sob o argumento de que o

Estado não pode ferir a autonomia dos cidadãos, mas deve assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Essa contradição evidencia, em primeiro lugar, a falta de proporcionalidade da regra penal estabelecida no inciso I do § 1º-B do artigo 273 do CP, no que ela prevê punição para uma conduta que não necessariamente é prejudicial à saúde. A falta de proporcionalidade atrai, por sua vez, a necessidade da relativização da norma, com a adoção de interpretação conforme a Constituição, para retirar o caráter de perigo abstrato e permitir o afastamento da norma penal quando não houver a comprovação dos riscos e dos prejuízos.

A comercialização de medicamentos sem registro não pode, por si só, ser enquadrada como um crime de perigo abstrato, seja porque essa medida implica em prejuízo desproporcional aos direitos individuais em jogo, seja porque há a possibilidade da adoção de medidas menos gravosas para buscar a proteção dos direitos relacionados à saúde. É possível à Agência Reguladora impor limitações administrativas que não vedem por completo a produção, importação e comercialização de medicamentos e congêneres que não contenham registro junto à Anvisa, sem que seja necessário adotar a persecução penal como *prima ratio*. Apenas as hipóteses em que a Anvisa já tenha expressa e fundamentadamente vedado determinado produto ou substância em razão de ser comprovadamente nocivo à saúde é que parece possível falar em um risco efetivo e concreto de prejuízo aos consumidores, a fim de justificar a adoção da *persecutio criminis*. As demais hipóteses, em especial aquelas em que a Agência está em mora na apreciação do pedido de registro, exigem a interpretação da regra estabelecida ao inciso I do § 1º-B do artigo 273 do CP, para condicionar a adoção e a aplica-

ção do direito penal à comprovação, pela acusação, do risco de prejuízo à saúde pública, inclusive à vista do entendimento do Judiciário e dos tribunais superiores, que autorizam, eles próprios, o fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa, a fim de dar cumprimento à regra do artigo 196 da CRFB.

A solução mais adequada para encontrar o equilíbrio entre a proteção do bem jurídico saúde pública à luz do interesse coletivo e dos interesses individuais está no aperfeiçoamento dos instrumentos regulatórios e não na intensificação das regras de direito penal.

### **Sobre os autores**

Thiago Bottino é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor pela Columbia Law School, Nova Iorque, NY, Estados Unidos da América; professor no mestrado em Direito e Regulação e professor adjunto e coordenador do curso de graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor visitante da Columbia Law School, Nova Iorque, NY, Estados Unidos da América; membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.  
E-mail: thiago.bottino@fgv.br

Alexandre Ortigão Sampaio Buarque Schiller é graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestrando em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado.  
E-mail: alexandre.schiller@gmail.com

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>22</sup>**

CRIMINAL AND REGULATORY ASPECTS OF THE SALE OF PHARMACEUTICALS WITHOUT REGISTRATION

ABSTRACT: The purpose of this essay is to deal with the criminal and regulatory aspects of the pharmaceuticals sale without previous registration in Brazil, as a consequence of the rule established in article 273, paragraph 1-B, of the Penal Code, by the so-called “Remedies Law”. Faced with the controversy that has been going on for approximately 20 years regarding the reasonableness of the criminal type, and given the recognition of the constitutionality of this criminal law by the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, this work aims to offer a counterpoint to the restriction imposed by Brazilian legislation on the production and commercialization of medicines without previous registration with the understanding adopted by the Judiciary Court regarding the possibility to the State to grant funds and supply medicines not yet registered with Anvisa. In the end, we intend to question the overlapping of criminal law to the regulation of the National Sanitary Surveillance Agency.

---

<sup>22</sup> Sem revisão do editor.

KEYWORDS: CRIMINAL REFLEXES OF REGULATION. SALE OF PHARMACEUTICALS. PHARMACEUTICALS REGISTRATION. CRIMES OF DANGER AND DAMAGE. INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION.

## Como citar este artigo

(ABNT)

BOTTINO, Thiago; SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. Aspectos penais e regulatórios da venda de medicamentos sem registro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 53-84, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p53](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p53)>.

(APA)

Bottino, T., & Schiller, A. O. S. B. (2018). Aspectos penais e regulatórios da venda de medicamentos sem registro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 53-84. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p53](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p53)

## Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Doenças raras ganham dois novos tratamentos. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária: ANVISA*, Brasília, 13 mar. 2017a. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/doencas-raras-ganham-dois-novos-tratamentos/219201](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/doencas-raras-ganham-dois-novos-tratamentos/219201)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Anvisa concede registro ao medicamento Spinraza. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária: ANVISA*, Brasília, 25 ago. 2017b. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-concede-registro-ao-medicamento-spinraza/219201](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-concede-registro-ao-medicamento-spinraza/219201)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

ALTAFIN, Iara Guimarães. Necessidade de agilizar registro de medicamentos é consenso em debate na CAS. *Senado Notícias*, Brasília, 9 mar. 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/09/necessidade-de-agilizar-registro-de-medicamentos-e-consenso-em-debate-na-cas>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 1976.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 ago. 1977.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990a.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 dez. 1990b.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.207, de 1998. Altera a redação do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos, o crime de corrupção, adulteração e falsificação... Autoria: Dep. Benedito Domingos. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 10 mar. 1998a. [Situação: Transformado na Lei Ordinária 9.677/1998]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10MAR1998.pdf#page=43>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.535, de 21 de maio de 1998. Acrescenta o inciso VIII ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos. Autoria: Dep. Augusto Nardes. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 25 jun. 1998b. [Situação: Arquivado]. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=4535&intAnoProp=1998&intParteProp=1#](http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=4535&intAnoProp=1998&intParteProp=1#/)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998. Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jul. 1998c.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.695, de 20 agosto de 1998. Acrescenta incisos ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, e altera os arts. 2º, 5º e 10 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 ago. 1998d.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1998e. Disponível em: <<http://www4.anvisa.gov.br/base/visadoc/port/port%5b939-2-0%5d.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 jan. 1999.

\_\_\_\_\_. Lei nº 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... *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de segurança n. 4.316/RO. Requerente: Estado de Rondônia. Requerido: Relator do RMS n. 32.405 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=112&dataPublicacaoDj=13/06/2011&incidente=4007876&codCapitulo=6&numMateria=90&codMateria=7>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 104.410/RS. Paciente: Aldori Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 mar. 2012a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário n. 657.718/MG. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 11



maio 2012b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de segurança n. 4.316/RO. Agravante: Estado de Rondônia. Agravado: Carmem Glória Roncato. Relator: Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=186895748&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 662.090/SP. Agravante: Celso Sutter. Agravado: Ministério Público de São Paulo. Relatora: Min. Cármen Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 maio 2014a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5787560>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.369.828/DF. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edmilson Sales Murici. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 out. 2014b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35315025&num\\_registro=201300684648&data=20141028&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35315025&num_registro=201300684648&data=20141028&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 829.491/DF. Agravante: Maria Leilian de Melo; Marcio Gomes Vicenta da Silva. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 nov. 2014c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7121850>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 829.226/SP. Agravante: Ariane Ferreira Brito; Bruna Jussara Bianchi. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 mar. 2015a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7938120>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de inconstitucionalidade no *habeas corpus* n. 239.363/PR. Impetrante: João dos Santos Gomes Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 abr. 2015b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1352358&num\\_registro=201200764901&data=20150410&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1352358&num_registro=201200764901&data=20150410&formato=PDF)>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 870.410/SP. Agravante: Aldomar Marques dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 maio 2015c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8568262>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada n. 761/DF. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Rafael Fabrício Viscardi Kawasaki. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 maio 2015d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590045>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial n. 685.750/PB. Agravante: União. Agravado: C. M. S. das F. Relator: Min. Sérgio Kukina. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 nov. 2015e. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1457185&num\\_registro=201500704416&data=20151109&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1457185&num_registro=201500704416&data=20151109&formato=PDF)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial n. 1.502.239/PR. Agravante: União. Agravado: Estado do Paraná. Relatora: Min. Diva Malerbi. *Diário*

da *Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 fev. 2016a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1487066&num\\_registro=201403175886&data=20160226&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1487066&num_registro=201403175886&data=20160226&formato=PDF)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 abr. 2016b.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no recurso especial n. 1.537.021/DF. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Liliam Batista. Relatora: Min. Regina Helena Costa. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 ago. 2016c. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1530175&num\\_registro=201501346395&data=20160826&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1530175&num_registro=201501346395&data=20160826&formato=PDF)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 841. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 set. 2016d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no agravo em recurso especial n. 405.126/DF. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Helena Cabral de Vasconcellos Braga. Relator: Min. Gurgel de Faria. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 out. 2016e. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1540172&num\\_registro=201303348193&data=20161026&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1540172&num_registro=201303348193&data=20161026&formato=PDF)>. Acesso em: 22 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 971.187/SP. Agravante: Josenita de Fátima Araujo Lima. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 out. 2016f. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11916642>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 833.314/RS. Agravante: Alberto Fernandes da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 out. 2016g. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11907752>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial n. 879.749/SP. Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo. Agravado: I. L. da S. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 mar. 2017a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1567566&num\\_registro=201600619221&data=20170303&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1567566&num_registro=201600619221&data=20170303&formato=PDF)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial n. 1.300.606/DF. Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Agravado: Marcio Lopes Alkmim. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 mar. 2017b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1577316&num\\_registro=201200042425&data=20170314&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1577316&num_registro=201200042425&data=20170314&formato=PDF)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.645.067/RS. Recorrente: Município de Curitiba; União. Recorrido: Município de Curitiba; União. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 abr. 2017c. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576309&num\\_registro=201603111409&data=20170420&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576309&num_registro=201603111409&data=20170420&formato=PDF)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.650.790/PE. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Maria José Ferreira Gomes. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 abr. 2017d. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1578761&num\\_registro=201603358053&data=20170420&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1578761&num_registro=201603358053&data=20170420&formato=PDF)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.657.584/PE. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Ruan Matheus dos Santos Lima. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 maio 2017e. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1591689&num\\_registro=201603361926&data=20170502&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1591689&num_registro=201603361926&data=20170502&formato=PDF)>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 5.501/DF. Requerente: Associação Médica Brasileira. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º ago. 2017f. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194039>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.662.098/CE. Recorrente: União. Recorrido: Sebastião Cavalcante de Sousa. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 ago. 2017g. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73376447&num\\_registro=201700666140&data=20170804](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73376447&num_registro=201700666140&data=20170804)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na suspensão de segurança n. 5.192/DF. Requerente: Estado de Goiás. Requerido: Relator do MS n. 5213458.96.2017.809.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relatora: Min. Cármen Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 ago. 2017h. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=179&dataPublicacaoDj=16/08/2017&incidente=5228848&codCapitulo=6&numMateria=111&codMateria=10>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Relatório de auditoria n. 1.787/DF. Recorrente: Ministério da Saúde. Relator: Min. Bruno Dantas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 ago. 2017i. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/009.253%252F2015-7.RELATORIO%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.575.406/SP. Recorrente: Evandro Roberto Brediks. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 ago. 2017j. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1630222&num\\_registro=201503233046&data=20170831&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1630222&num_registro=201503233046&data=20170831&formato=PDF)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

FARIA, Antônio Celso Campos de Oliveira. A vulgarização do crime hediondo. *Boletim: IBCCRIM*, São Paulo, ano 6, n. 71, out. 1998. Não paginado. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_editorial/91-71-Outubro-1998](https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/91-71-Outubro-1998)>. Acesso em: 22 ago. 2018.

FOLHA DE S.PAULO. Falsificar remédios vira crime hediondo. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 13 ago. 1998. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff13089830.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: J. Bushatsky, 1959. v. 3.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Penas descalibradas e leis nascidas do casuismo exigem malabarismo de juízes. *Revista Consultor Jurídico: ConJur*, São Paulo, nov. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-17/cotrim-guimaraes-penas-descalibradas-exigem-malabarismo-juizes>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

KOERNER, Andrei. Desordem legislativa, distribuição de poder e desigualdade social: reflexões a propósito da Lei nº 9.677, de 2 de Julho de 1998. *Boletim: IBCCRIM*, São Paulo, n. 71, out. 1998. Não paginado.

NASCIMENTO, Elisa Gattás Fernandes do. Contrafação de medicamentos: uma análise sob a ótica da saúde pública. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 105-132, jul./dez. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral: parte especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O GLOBO. Morre bebê que tomou remédio falso. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 16, 8 maio 1998a. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/busca/?busca=Morre+beb%C3%AA+que+tomou+rem%C3%A9dio+falso>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Estado tem 39 remédios falsificados. *O Globo*, Rio de Janeiro, 9 ago. 1998b.

PASCHOAL, Janaina Conceição. A falsificação de remédios, a combinação de normas e a importação de medicamento. *Boletim*: IBCCrim, São Paulo, v. 20, n. 234, p. 6-7, maio 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 3.

REALE JUNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 763, p. 415-431, maio 1999.

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, p. 363-370, jan./mar. 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas, 2006.

SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo penal n. 487/SP. Apelante: Rainer Manfred Michael Bitzer; Valter Frederico Shenck. Apelado: Ministério Público. *Diário da Justiça*, São Paulo, 7 dez. 2001. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RL000INCP0000&uuiidCaptcha=>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Novas considerações quanto à proteção penal da saúde pública. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Doutrinas essenciais*: direito penal econômico e da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 1.185-1.193.

# Imagem e Retórica na prova em vídeo

VICENTE RICCIO

CLARISSA DINIZ GUEDES

AMITZA TORRES VIEIRA

ALEXANDRE SOUZA

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar os desafios postos ao Direito pela crescente presença da imagem nos tribunais. A imagem produz efeitos imediatos na percepção das pessoas sobre o conteúdo exibido, que não são caracterizados por uma “objetividade pura”, mas por leituras subjetivas do exibido. Os elementos retóricos da imagem impõem a necessidade de conhecimento de suas características e o desenvolvimento de habilidades adequadas para sua compreensão no espaço judicial. O artigo analisa esse problema em três seções. A primeira aborda a relação entre Direito, Retórica e imagem ressaltando os seus aspectos teóricos e sua inter-relação. A segunda analisa os aspectos processuais da imagem como prova judicial. A terceira discute a necessidade de “alfabetização digital” para os operadores do Direito para melhor compreensão da imagem. Por fim, o artigo conclui que a melhor compreensão da imagem passa pela superação de sua análise por meio do modelo textual-verbal.

**Palavras-chave:** Prova em vídeo. Imagem. Retórica. Processo.

## Introdução

A relação entre Retórica e Direito é um problema filosófico e doutrinário discutido desde a antiguidade clássica. A sua presença é observada nos debates em torno de questões levadas às cortes e no desenvolvimento da doutrina. Tal característica evidencia a natureza argumentativa do Direito. A sua aplicação é um processo social no qual argumentos justificam ou refutam uma tese, além de estabele-

Recebido em 25/6/18

Aprovado em 24/9/18

cer uma composição em torno de uma pretensão deduzida em juízo. A evolução teórica do Direito, ao estabelecer correntes de pensamento hegemônicas em seus campos de atuação, incorporou ou refutou os elementos retóricos. Isso pode ser observado no projeto do positivismo jurídico, voltado à exclusão de elementos retóricos por meio da busca de uma coerência lógica normativa. Por outro lado, a Retórica é tida como parte integrante do processo de argumentação jurídica em outras concepções teóricas.

A presença da Retórica no mundo do Direito é indiscutível, apesar dos distintos modos como é encarada. O processo de argumentação jurídica, por sua vez, ocorre tradicionalmente nas cortes e nos debates doutrinários. A discussão de teses jurídicas em torno de um caso concreto envolve elementos técnicos e retóricos, especialmente no júri. Os debates doutrinários discutem a relação entre Retórica e Direito e seus impactos na validação das teorias jurídicas. A argumentação, judicial ou teórica, baseia-se em fontes como a doutrina e as provas testemunhais ou documentais. Logo, os meios de prova são parte importante do processo de argumentação jurídica.

O desenvolvimento tecnológico observado a partir do século XX alterou profundamente o modo como as experiências cotidianas são vivenciadas e compartilhadas, fundamentalmente por meio da comunicação de massas. O mundo do Direito também é afetado pelo novo contexto contemporâneo. A capacidade de registrar, armazenar e dispor imediatamente um fato específico impõe um novo meio de prova ao mundo do Direito. O registro de sons e imagens por meio técnico constitui-se como um novo, complexo e contraditório meio de argumentação jurídica.

Desse modo, o presente artigo pretende analisar os desafios postos ao Direito pela

crescente utilização da prova em vídeo nos tribunais. A imagem, por sua natureza, produz efeitos imediatos na percepção das pessoas acerca do conteúdo exibido. Tal exposição não é caracterizada por uma “objetividade pura”, mas por leituras subjetivas do exibido. Dada a sua natureza, a imagem é permeada por fortes elementos retóricos. O texto a seguir é dividido em três seções. A primeira aborda a relação entre Direito, Retórica e imagem, em que se desenvolvem os seus aspectos teóricos e sua inter-relação. A segunda seção analisa os aspectos processuais da imagem como prova judicial. A terceira seção discute a necessidade de “alfabetização digital” para os operadores do Direito. Ao final, as conclusões discorrem sobre o problema da imagem como um novo campo de pesquisa transdisciplinar para o Direito e as suas possibilidades de expansão.

## 1. Direito, Retórica e imagem

O Direito moderno, oriundo do Iluminismo, operou uma grande mudança no pensamento jurídico tradicional. A partir desse momento, as ideias de racionalidade, coerência e universalidade conferem sentido ao processo de regulação social. Por essa perspectiva, o Direito estatal é a única fonte legítima de normatividade em uma sociedade. O seu projeto de conferir certeza e coerência à organização social por meio de seus comandos tem no código civil napoleônico o seu marco fundador (ARNAUD, 1969, p. 21). Tanto o liberalismo clássico quanto o positivismo jurídico reforçaram essa perspectiva. A ênfase do positivismo na ideia de coerência interna do Direito e da integridade de seus princípios lógicos buscava afastar toda a fonte de incerteza do sistema jurídico (FITZPATRICK, 1992, p. 143).

Essa busca por coerência não aceitava mais a interferência da Retórica na construção do pensamento jurídico. O objetivo da Retórica é a persuasão em prol de um interesse específico. Assim, o seu uso é uma ameaça a uma lógica voltada à redução das incertezas. Apesar disso, o debate sobre a relação entre Direito e Retórica não foi suprimido nesse período, visto que a preocupação com a Retórica não é uma questão exclusiva do mundo moderno.

O pensamento clássico na Grécia antiga já discutia as suas características e usos com Sócrates, Platão e Aristóteles. O mesmo ocorreu em Roma com Quintiliano, que levou para o mundo latino as preocupações experimentadas pelos oradores gregos. Em geral, esses autores analisam a importância da oralidade nas interações humanas e na justificação de seus atos. Sócrates considerava que os conhecimentos mais importantes deveriam ser transmitidos oralmente. O registro de seu pensamento que chegou até nós deu-se por meio de Platão, que considerava a Retórica uma técnica duvidosa. Tal técnica não era desejável, pois produzia o convencimento utilizando-se como recurso do apelo emocional ao invés da verdade dos fatos (PLATÃO, 2001, p. 291).

Aristóteles (2005), ao discorrer sobre a tópica filosófica no *Órganon*, foi bastante didático, pois categorizou e descreveu os discursos por suas características, como a utilização ou não de silogismos, bem como o uso de *topoi* (lugares-comuns). Metodologicamente, dividiu o discurso em Dialético, Apodítico, Retórico, Erístico e Poético (MADEIRA, 2014). Assim, a Retórica está presente no processo de convencimento, em especial na esfera judicial.

O discurso retórico aristotélico tem como principal característica o uso do silogismo nas seguintes formas: a) *entimema*, b) *endoxa* e c) *topoi*. O *entimema* baseia-se em indícios ou semelhanças; a *endoxa* refere-se à opinião tida como verdadeira por todos, pela maioria da sociedade ou exclusivamente pelos mais sábios. Além disso, existe o compromisso ético de aceitação dos *topoi* (lugares-comuns) como instrumentos argumentativos válidos para o estabelecimento do discurso. A ausência dessas premissas invalida os discursos proferidos e os reduz ao sofisma. A tópica, seja ela desejada ou não, é uma realidade no Direito. O senso comum ou a opinião aparentemente verdadeira a todos, à maioria ou aos mais sábios (*endoxa*) permeiam o mundo jurídico. A ideia de legalidade é socialmente construída e envolve a percepção do justo calcada na experiência (EWICK; SILBEY, 1998, p. 15). Ou seja, é marcada de presença dos *topoi*.

O positivismo jurídico buscou eliminar as possíveis incoerências do sistema por meio da aposta na racionalidade objetiva. Porém, os profissionais do Direito, em seu trabalho cotidiano, encontram uma

realidade diferente, pois as decisões judiciais não são exclusivamente apodíticas. Ao contrário, a Retórica está presente no processo de decisão judicial das cortes. Aliás, o significado contemporâneo de Retórica é mais genérico, próximo a uma ideia de uma arte do convencimento pela palavra. Ela está presente em diversas esferas da vida social. A própria separação entre dialética e Retórica foi criticada por Perelman e Olbrechts-Tyteca, pois, segundo esses autores, a argumentação ocorre em função de um auditório específico (MADEIRA, 2014). Ademais, a linguística rompe com a visão dicotômica com base no reconhecimento da existência de contextos retóricos, mesmo no caso da ausência de um interlocutor. A razão para isso está no fato de o texto argumentativo refletir a imagem de um protagonista ou a imagem de um antagonista, como também um interlocutor capaz de contestar o discutido (VIEIRA; SANTOS, 2015, p. 46).

Logo, a existência de um discurso jurídico “puro”, autossuficiente e capaz de afirmar-se independentemente dos lugares-comuns (tópica) é mais um postulado teórico, em vez de uma possibilidade concreta. A grande defesa da tópica no Direito ressurgirá com Viehweg (1979) no século XX em sua obra *Tópica e Jurisprudência*. Ela foi responsável por resgatar o sentido clássico da Retórica, além de influenciar autores como Perelman e Olbrechts-Tyteca (1996). Viehweg (1979) criticou o projeto positivista de aproximação da ciência jurídica com as ciências naturais, caracterizada pelo caráter descritivo de seus postulados e voltada à obtenção de maior previsibilidade de seus resultados.

A desconfiança em torno da Retórica, segundo os autores citados, permaneceu no pensamento jurídico ocidental, em especial nos países romano-germânicos. A crítica ao júri é um exemplo clássico, pois o julgamento seria mais voltado à emoção em contraposição à racionalidade técnica do juiz togado ou de um colegiado de magistrados. A cultura de massas (RAFTER; BROWN, 2011, p. 3), em especial a norte-americana, tem nos *thrillers* judiciais exibidos na televisão e no cinema um espaço por excelência de exploração dos aspectos retóricos e emocionais relacionados ao processo (ASIMOW, 2009, p. xx).

A comunicação de massas, por sua vez, tornou possível o compartilhamento de experiências independentemente da presença física num mesmo tempo e espaço (THOMPSON, 2001, p. 15). O surgimento do rádio e, posteriormente, da televisão reduziu os espaços físicos. Assim, a imagem torna-se um novo objeto para o estudo da argumentação.

Entre os estudos sobre essa questão, o artigo clássico de Barthes (1964) (*Rhétorique de l'image*<sup>1</sup>) discutiu o potencial retórico da ima-

---

<sup>1</sup> *Retórica da imagem* (tradução nossa).



gem. Barthes propõe a análise de sua natureza linguística, apesar da desconfiança em torno de sua representação. Afinal, qual é o sentido conferido à imagem? Essa questão percorre o trabalho e o objeto escolhido por Barthes (1964), a imagem publicitária, cujo significado é absolutamente intencional. Ao analisar a imagem contida em uma publicidade de um fabricante de massas, em que constam pacotes de espaguete, molho, queijo parmesão, cebolas, tomates e uma noz, Barthes demonstra a existência de três mensagens no anúncio: 1 – linguística, 2 – mensagem icônica codificada, 3 – uma mensagem icônica não-codificada. A distinção das duas últimas em relação à primeira: a existência de um significante e um significado (BARTHES, 1964, p. 40-51).

A imagem comportaria dois elementos centrais à sua compreensão: denotativo e conotativo. A imagem literal é denotativa e a imagem simbólica, conotativa. De modo mais específico, todas as imagens são polissêmicas e comportam distintos significados. Tal característica permite ao leitor escolher alguns e desconsiderar outros. Logo, o elemento denotativo permite a orientação da interpretação em razão de seu componente literário. Por sua vez, o elemento conotativo trata dos aspectos simbólicos e culturais relacionados à imagem. Uma fotografia não é somente uma “descrição literal” de algo, mas comporta distintas possibilidades de interpretação devido à imersão dos signos num contexto cultural específico. Logo, a Retórica está relacionada ao sentido conotativo dos significantes da imagem.

A ênfase da contribuição de Barthes (1964) fortalece uma análise da imagem baseada na linguagem verbal. Assim, a análise da imagem em função exclusiva de seus aspectos linguísticos não abordaria a linguagem visual a partir de seus pressupostos (ROQUE, 2016, p. 3). O trabalho de Barthes (1964) privilegiaria a análise do visual com a utilização de conceitos da Retórica verbal. Esse modelo desconsidera diferenças cruciais entre texto e imagem visto que há uma situação de desequilíbrio entre ambos dependendo do contexto de interpretação do conteúdo (BARTHES, 1964, p. 4).

Assim, a oposição tradicional entre texto e imagem constitui dicotomia insuficiente para lidar com a complexidade dessa relação, pois em muitos casos não há limite preciso entre o literal e o visual. A maior parte da comunicação mediada é caracterizada pela interseção de seus campos. A compreensão inovadora dessa relação não deve considerar exclusivamente o aspecto literal, mas o modo como a comunicação é estabelecida e percebida, além do reconhecimento das especificidades da imagem.

Roque (2016, p. 7, tradução nossa), ao criticar o modelo proposto por Barthes, aponta o problema da “imposição de uma hierarquia en-

tre imagem e texto que não se encontram em pé de igualdade: a primeira é incapaz de um significado próprio de modo que o segundo tem o papel capital de impor o sentido”. Essa hierarquia não se sustenta, pois em diversas situações há uma inversão dessa relação. Assim, as interações verbo-icônicas podem ser caracterizadas pela complementaridade, desequilíbrio ou antagonismo (ROQUE, 2016, p. 14).

A presença crescente das imagens no cotidiano também suscitou questões no âmbito dos estudos acerca da argumentação. A pergunta básica foi a seguinte: “podem as imagens ser argumentos?” (GROARKE; PALCZEWSKI; GODDEN, 2016, p. 217). O debate em torno dessa questão ganhou destaque em uma edição especial da revista *Argumentation and Advocacy*, editada por David Birdsell e Leo Groarke (GROARKE; PALCZEWSKI; GODDEN, 2016). Em linhas gerais, a visão tradicional não considerava possível a imagem ser um argumento, pois não era um ato intencional entre um ou mais seres humanos caracterizados em seus elementos formais: razão, evidência, provas, argumentação e refutação (FLEMING, 1996, p. 12).

No cotidiano, os argumentos não reproduzem de modo estrito o modelo de “afirmação-sustentação”. O ponto relevante a ser considerado é o “contexto” como provedor de sentido a uma audiência na qual os argumentos são expostos. Logo, a Retórica visual é entimema, pois envolve: “1 – premissas prováveis e conclusões, 2 – acomodação das dimensões éticas e emocionais dos argumentos, 3 – dependência de acordo entre mensageiro e audiência” (KJELDSEN, 2015, p. 115-132). O último aspecto é relevante, pois a comunicação por meio de um argumento visual envolve uma audiência ativa, capaz de receber e interpretar

o conteúdo transmitido (KJELDSEN, 2016, p. 136-158).

Em linhas gerais, o debate em torno da argumentação visual desenvolveu-se nos últimos vinte anos em torno desses temas. Apesar de uma teoria geral da argumentação visual não ter se estabelecido, alguns aspectos já são aceitos pelo campo. Em primeiro lugar, a capacidade da imagem de ser um poderoso instrumento de argumentação e evidência. Em segundo lugar, a imagem tem papel relevante na construção de um raciocínio específico. Por fim, a imagem não é somente evidência (prova), mas também pode funcionar como afirmação ou justificação, além de apresentar funções demonstrativas, probatórias ou explanatórias (GROARKE; PALCZEWSKI; GODDEN, 2016, p. 231).

A tentativa de desconsiderar o visual no mundo contemporâneo deve ser repensada, pois a realidade atual é imersa em um conjunto de materiais impressos, desenhos e telas. Logo, a dicotomia entre o verbal e o visual não se sustenta dada a complexidade atual. Em realidade, o visual e o verbal convivem simultaneamente e não apresentam fronteiras delineadas. Esse espaço incerto pode ser observado no fato de que “palavras evocam imagens, e nossa percepção e compreensão das representações visuais estão conectadas e dependem de nossos conceitos verbais” (KJELDSEN, 2016, p. 125).

Por isso, o mundo do Direito confronta-se com uma nova realidade em razão do incremento da visualidade no cotidiano. Os conceitos e as formas jurídicas foram tradicionalmente concebidos num contexto marcado pela palavra escrita e pela aplicação em um espaço físico determinado (GARAPON, 1997, p. 132). A reconstrução dos fatos no espaço judicial ocorria, geralmente, em razão de relatos testemunhais e apresentação de do-

cumentos físicos *in loco*. Agora, as imagens relacionadas a fatos são registradas e armazenadas por meios tecnológicos e são objeto de análise das cortes (RICCIO et al., 2016, p. 278).

Assim, um novo desafio é posto à ciência jurídica, como também aos seus teóricos e operadores. Ele consiste no desenvolvimento de conceitos e habilidades para a compreensão adequada dessa nova realidade. Dada a natureza transdisciplinar do problema da relação entre imagem e Direito, a sua teorização deve incorporar saberes de distintos matizes. Assim, o presente artigo pretende contribuir com a discussão teórica do problema. Para tanto, busca responder à seguinte questão: de que modo a ciência jurídica fundada na perspectiva do Direito lógico-racional é capaz de incorporar os elementos retóricos da prova em vídeo?

A análise crítica da presença do audiovisual na sociedade contemporânea necessita ser trabalhada com propriedade pelo Direito. Adicionalmente, o modelo de Direito romano-germânico adotado do Brasil prioriza em demasia a palavra escrita<sup>2</sup> e a rigidez processual. A imagem, por suas características intrínsecas, favorece a oralidade e a flexibilidade. Logo, o problema envolve tanto aspectos teórico-conceituais do Direito, quanto questões relacionadas à cultura profissional de seus operadores. As seções seguintes desenvolverão essas questões em maior profundidade.

---

<sup>2</sup> Carrabine (2012, p. 463) levanta esse problema ao observar a dificuldade da criminologia contemporânea em lidar com a questão da imagem. Como campo científico altamente influenciado pela rigidez metodológica, a criminologia atual é uma ciência de palavras e números. A crescente presença de imagens mediatizadas no cotidiano impõe novos desafios à criminologia acerca de um sem-número de registros sobre o crime ou constitutivos de práticas criminosas exibidos diariamente.

## 2. Aspectos processuais da prova em vídeo

A relação entre Direito e imagem é afetada pelos modelos de sistema jurídico constituídos no ocidente, que não se apresentam na realidade contemporânea de forma pura,<sup>3</sup> mas tendem a revelar diferenças de raízes histórico-culturais que impactam no modo como a prova em vídeo é trabalhada. No sistema *adversarial* (anglo-saxônico), o exercício do Direito à prova evoluiu diretamente de uma concepção Retórica da prova, observada no período romano pré-clássico,<sup>4</sup> que foi se aprimorando ao longo dos séculos (NOBILI, 1974, p. 10; GIULIANI, 1962, p. 653, 1969, p. 217).

No processo romano formular, a oralidade era central ao processo (LEVY, 1948, p. 428) e o princípio dispositivo preponderava (DEVIS ECHANDÍA, 1972, p. 57). A apreciação das questões probatórias<sup>5</sup> era feita por um juiz leigo, cidadão romano cujo julgamento era considerado soberano. Outro aspecto a ser considerado é o papel central do júri no procedimento probatório de *common law*. A abrangência da atuação do júri e a valorização desta instituição refletem no processo de debate e argumentação sobre as provas.<sup>6</sup> A oralidade

---

<sup>3</sup> Sobre a relatividade de qualquer classificação, com ênfase no valor instrumental e provisório do estudo comparado, sempre ligado ao fim a que se proponha, ver Varano e Barsotti (2014, p. 39).

<sup>4</sup> Período que se inicia logo após o final da primeira guerra púnica (242 a.C.) e coincide com a data da criação do pretor peregrino e com o início da expansão de Roma no Mediterrâneo. Estende-se até o século I a.C. (KASER, 1968, p. 6-8).

<sup>5</sup> A menção às questões *probatórias* é preferível à utilização do termo questões *fáticas*, pois não havia uma distinção precisa entre as questões fáticas e jurídicas (GUEDES, 2010, p. 139). Tal diferenciação foi construída sobretudo na Idade Moderna, sob a influência do positivismo científico, e é alvo de críticas. Para uma análise da questão, ver Giuliani (1988, p. 551-584).

<sup>6</sup> A importância do júri é tamanha na cultura jurídica americana que ele é a principal judicial de interesse da cultura popular americana (SILBEY, 2017).

é intrínseca à lógica de operação do modelo, razão pela qual os elementos retóricos estão ali presentes em profusão.

O sistema romano-germânico, por outro lado, partiu do desenvolvimento paulatino das máximas argumentativas criadas pelos retóricos e culminou na sua regulamentação nos períodos romanos pós-clássico e justinianeus,<sup>7</sup> com as constituições imperiais. Já se prenunciavam, mesmo incipientemente, as linhas gerais de uma teoria geral da prova (LEVY, 1948, p. 438; CAPPELLETTI, 2010, p. 121; MORAES, 2015, p. 208), que vigoraria na Idade Média e influenciaria a visão formalista da prova dos sistemas de *civil law*. Nessa época, o sistema romano passou por uma transição que culminou na inauguração de um novo sistema probatório com as seguintes características: a) a gradativa ingerência da autoridade judicial na admissão das provas, b) a progressiva limitação dos poderes do juiz quanto à possibilidade de formar livremente sua convicção (TOZZI, 1940, p. 217-218). Em contrapartida, são concedidos amplos poderes ao juiz para tomar a iniciativa de conduzir a produção da prova em busca da verdade. O juiz é o responsável por conduzir o processo e questionar as partes, além de promover a sua intermediação.

Na esfera criminal, começou a delinear-se um procedimento que não mais tinha natureza acusatória – no sentido de uma controvérsia entre acusador e acusado –, mas inquisitorial, instaurado e controlado pelo juiz responsável por buscar unilateralmente a verdade quanto ao delito cometido (LOMBARDO, 1999, p. 14-15). Trata-se de uma concepção extremamente combatida no panorama contemporâneo, que resguarda os direitos fundamentais do réu. Exemplo disso, no direito processual penal brasileiro, é a inquirição direta das testemunhas pelo acusador e pelo defensor e a atuação subsidiária do juiz nas provas orais, com a intermediação do juiz.<sup>8</sup>

No processo civil, a crise das provas legais no Renascimento e a restauração da Retórica da Antiguidade não retiraram o caráter burocrático da atividade do juiz. Muito pelo contrário, o sistema normativo da livre convicção no processo civil “continuou apegado a quase todas as características do anterior” (GRECO, 2005, p. 455-456), que eram: a) a estipulação rígida dos meios de prova admissíveis; b) a disciplina por-

---

<sup>7</sup> De aproximadamente 240 d.C a 564 d.C.

<sup>8</sup> Trata-se da reforma implementada no Código de Processo Penal (CPP) pela Lei nº 11.690/2008 (BRASIL, 1941, 2008), tendente ao sistema *adversarial* (exceto pelo que se afirma na nota precedente). A jurisprudência aponta a tendência de se tolerar a inversão da ordem da inquirição prevista pela nova redação do art. 212 do CPP, bem como a referida à intermediação do juiz na formulação das perguntas das partes. Nesse sentido, afirma-se que a reforma “não retirou do Magistrado a prerrogativa de inquirir os acusados ou as testemunhas, mas somente trouxe a possibilidade de perguntas diretas pelas partes” (SÃO PAULO, 2011). Na doutrina, manifestando o temor da manipulação, pelos advogados, das respostas fornecidas pelas testemunhas, ver Tourinho Filho (2009, p. 627).

menorizada do procedimento probatório; c) a previsão de exclusões de meios ou fontes de prova; d) a obrigatoriedade ao juiz de atribuir valor legalmente predeterminado a cada meio de prova; e) a proibição ao juiz de considerar provados os fatos por provas diversas das especificadas pela lei (GRECO, 2005, p. 455-456).

Em suma, a desconfiança em torno dos elementos retóricos é característica da construção jurídica de *civil law*. O garantidor da busca da verdade e do procedimento justo, na cultura jurídica romano-germânica, ainda é o juiz, responsável por conduzir o processo em conformidade com a lei.<sup>9</sup> Na prática, contudo, costuma-se afirmar que a oralidade e a aproximação do juiz com as partes não se verificaram, e o procedimento continua sendo conduzido de forma escrita (NUNES 2008, p. 98; DENTI, 1974, p. 152; CAVALLONE, 2006, p. 422). Em suma, a atribuição de poderes ao juiz para iniciar e conduzir a atividade probatória é confrontada pela postura burocrática relacionada aos meios de prova usual e legalmente admitidos.

No âmbito do processo penal, até mesmo nas hipóteses excepcionais, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) estabelece a competência do júri popular<sup>10</sup>, tem-se registrado o caráter burocrático da apreciação das provas orais, geralmente produzidas preliminarmente perante o juiz togado (fase preparatória), sendo comum a mera leitura dos termos de depoimento perante o júri.<sup>11</sup> Essa prática é criticada por processualistas penais que reconhecem tal postura arraigada na cultura jurídica brasileira (NARDELLI, 2017, cap. 6-7; BADARÓ, 2009, p. 176-177). Porém, como tudo isso repercute sobre a utilização da imagem no direito processual brasileiro?

O direito processual no Brasil passou por um processo de atualização com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) (BRASIL, 2015). As mudanças legislativas buscaram incorporar as novas tecnologias e tornar o processo mais ágil.<sup>12</sup> Por isso, a lei processual brasileira não é obstáculo para a utilização da prova em vídeo. A lei

---

<sup>9</sup>No entanto, Nunes (2008, p. 95-98) critica o processo civil brasileiro por seu caráter extremamente burocratizado e ausência de colaboração *efetiva* do juiz na busca da verdade.

<sup>10</sup>O art. 5º, XVIII, alínea *d*, da CRFB estabelece a competência do júri popular para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.

<sup>11</sup>A Lei nº 11.689/2008, alteradora do CPP, limitou a leitura das peças exclusivamente relacionadas às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas; não se acolheu, todavia, a previsão do Projeto, no sentido de que os demais elementos fossem desentranhados dos autos. Ainda assim, tem-se entendido ser possível às partes se reportarem ao conteúdo de tais depoimentos em suas razões orais, sem a necessidade de repetir a prova. Ver, nesse sentido, Lopes Júnior (2013, p. 1.041).

<sup>12</sup>Essa tendência já vinha sendo incorporada no Código revogado (ver arts. 364, VI, 383 do CPC/1973), depois de sucessivas reformas, e foi intensificada no CPC a partir de 2015.

especifica os tipos de provas existentes e os modos para a sua aceitação, sem prejuízo da possibilidade da produção de provas não tipificadas.<sup>13</sup> Só isso seria suficiente para justificar a admissibilidade da prova em vídeo. Ainda assim, o Código Civil (CC) (BRASIL, 2002) e o CPC permitem a utilização de amplo número de elementos probatórios, inclusive a prova em vídeo.<sup>14</sup> O mesmo pode ser dito em torno do processo penal no tocante à atipicidade dos meios de prova.<sup>15</sup> A literatura adverte que a produção (procedimento) de meios de prova atípicos deve ser antecedida pelo juiz e não pode suplantiar os direitos fundamentais do réu. Apesar da inexistência de previsão expressa de prova em vídeo no CPP, de modo análogo ao disposto no CPC, é possível também considerá-la como prova documental. Em resumo, a *admissibilidade* da prova em vídeo é aceita tanto no processo civil como no penal, sendo seu valor estabelecido pelo juiz.

Apesar da existência de previsão legal a respeito do uso da imagem no processo, a sua utilização depende de elementos relacionados à cultura profissional dos operadores do Direito e do modo como a prática vigente incorpora a imagem em seu cotidiano. A potencialidade da imagem no processo é reduzida em função de sua consideração como uma espécie de prova documental. Tal perspectiva reflete o vazio doutrinário em relação à imagem, bem como uma compreensão ínfima da maneira como ocorre o seu tratamento pelas cortes.

Em nosso modelo, o juiz é investido de grande poder ao lidar com a imagem, pois são de sua competência a admissão, produção e recepção das provas. Apesar disso, esse poder é subutilizado em razão do estranhamento em torno da imagem. Para um melhor desempenho seria

---

<sup>13</sup> O art. 369 do CPC estabelece o princípio da atipicidade dos meios de prova, decorrência direta do *status* constitucional do direito à prova: “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL, 2015).

<sup>14</sup> Art. 225 do CC: “As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão” (BRASIL, 2002). E, no CPC: “Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida [...] Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações. Parágrafo único. Quando o documento consistir em reprodução cinematográfica ou fonográfica, a parte deverá trazê-lo nos termos do *caput*, mas sua exposição será realizada em audiência, intimando-se previamente as partes” (BRASIL, 2015).

<sup>15</sup> Em pesquisa a propósito do tema, foi o que concluiu Dezem (2008, p. 277-284). Por sua vez, Lopes Júnior (2013, p. 581) entende que a prova atípica é excepcional no processo penal; e observa: “todo o cuidado [é] necessário para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade”.

preciso o cumprimento das seguintes etapas: a) admissão e exibição do vídeo pelo juiz; b) o escrutínio das testemunhas e confrontação do conteúdo exibido em vídeo e c) caso necessário, a análise do perito sobre o conteúdo da prova.

A utilização da imagem num sistema mais formal e caracterizado por uma cultura jurídica fundada na palavra escrita apresenta dificuldades em lidar com as características da imagem, que traz consigo a dimensão retórica mais evidenciada em relação aos meios de prova mais tradicionais. A argumentação visual, como observado na seção anterior, é um ponto a ser considerado na apreciação da imagem. Assim, em que medida é possível a avaliação das características da imagem por parte dos operadores do Direito tendo em vista a capacidade de se considerar apropriadamente as suas particularidades? A sua obtenção por meio técnico reestrutura questões centrais à sua validação.

O papel do perito é um dos exemplos dessa equação. A prova em vídeo é obtida necessariamente por meio técnico e a verificação de sua autenticidade e eficácia depende, em muitos casos, da atuação de um profissional que não é o magistrado. O perito ganha projeção na validação da prova em vídeo, pois atesta a autenticidade do conteúdo apresentado. Assim, há um acréscimo de poder ao perito em virtude de sua *expertise* ser capaz de dar a “palavra final” a respeito da validade ou não da prova em vídeo.<sup>16</sup>

Por fim, resta a dimensão dos operadores do Direito. A compreensão das características da imagem e de seu conteúdo retórico é uma

competência a ser desenvolvida pelos operadores do Direito. A sua complexidade, fluidez e ineditismo impõem novas habilidades conceituais e práticas àqueles que aplicam o Direito no cotidiano. Mas como desenvolvê-las? Esse é o tema da seção seguinte.

### 3. A alfabetização visual

Nas seções anteriores, o artigo abordou as relações entre Retórica e Direito, a discussão acerca da argumentação visual e o modo pelo qual o processo no sistema romano-germânico, especialmente no caso brasileiro, lida com a imagem. Entre os aspectos relacionados ao longo do texto, o papel dos operadores do Direito é central no modo como as imagens são interpretadas no âmbito do processo judicial. Como observado anteriormente, a imagem não é um retrato incontestável da realidade. Ao contrário, é aberta e passível de múltiplas interpretações. Logo, cabe questionar se advogados, promotores, juízes e jurados estariam preparados para interpretá-la tendo em vista o seu caráter complexo. A mesma questão pode ser realizada tendo em vista os leigos em Direito, pois o cotidiano está repleto de imagens relacionadas à ideia de legalidade e justiça.

A possibilidade de aceitação das provas em vídeo não significa o melhor aproveitamento desse tipo de evidência. A utilização da prova em vídeo depende do entendimento acerca de sua natureza, do modo como se constitui, e dos elementos responsáveis por validar ou anular seus conteúdos. Esse caráter complexo não restringe o processo de validação exclusivamente à ciência do Direito. O perito ganha papel de relevo nesse arranjo, pois domina o conhecimento científico necessário à validação definitiva deste tipo de prova. Adicionalmente,

<sup>16</sup>O estudo de Riccio et al. (2016) demonstrou que num conjunto de 203 decisões judiciais dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Rio de Janeiro houve laudo pericial discutindo a validade da prova em 22% das decisões.

a leitura dos argumentos visuais presentes na imagem demanda competências específicas, especialmente as relacionadas à linguística forense. Por isso, é necessário compreender a natureza retórica da imagem para sua efetiva aplicação no âmbito do processo judicial.

A importância da mídia já é reconhecida pela legislação vigente. Os artigos 434, parágrafo único, e 453, § 2º, do CPC, pressupõem a adequação dos foros locais e tribunais para lidar com os aspectos materiais da exibição desse tipo de prova, bem como para a realização de interrogatórios por videoconferência. Esse tipo de tecnologia também deve estar disponível para os juízos criminais, à luz do disposto, por exemplo, nos artigos 185, §§ 2º a 10, 217, 221, § 3º, todos do CPP.

O espaço judicial deve estar adequado a receber esse tipo de prova. Logo, as salas de audiência devem ser equipadas com o instrumental necessário à exibição de vídeos e demais imagens relacionadas ao processo. Essa capacidade deve ser comum a todos os interessados no processo e assegurada àqueles desprovidos dos meios econômicos para a utilização desse meio de prova. Em boa medida, os tribunais de salas de audiência no Brasil estão distantes desse objetivo.

O advento do processo judicial eletrônico (PJE) no Brasil foi lançado oficialmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no dia 21 de junho de 2011 (BRASIL, [201-]). O objetivo central do sistema é integrar todos os envolvidos na relação processual num sistema comum. Os atos processuais passariam a ser realizados por meio da internet, bem como a apresentação de todas as provas passíveis de utilização por tal modo. Os tribunais de justiça, federais ou estaduais, já iniciaram a adoção dessa ferramenta. A tendência é a realização da maior parte dos atos processuais por meio digital no futuro. Assim, eles serão armazenados em uma plataforma digital capaz de permitir seu acesso em qualquer localidade equipada com computadores, *tablets* ou *smartphones*.

Em virtude da configuração desse novo sistema, como também a disseminação de aparelhos como *tablets* ou *smartphones*, a possibilidade de aumento da utilização de vídeos como prova é bastante crível. A possibilidade de realizar *uploads* no sistema tornará mais acessível a apreciação de vídeos nas cortes em todos os níveis de jurisdição. A questão do instrumental tecnológico é um ponto a ser resolvido. O Poder Judiciário deve fornecer os equipamentos para receber e tratar as imagens segundo o princípio da isonomia processual, garantindo às partes acesso ao vídeo original, bem como iguais possibilidades de contrapor argumentos e provas ao seu conteúdo. Contudo, o aspecto tecnológico não é o principal elemento a ser considerado no desenvolvimento das competências necessárias à incorporação da imagem no processo. O elemento humano é a chave desse processo.



Como observado nas seções anteriores, a imagem apresenta atualmente um grande poder, potencializado pelos meios de comunicação de massas. A produção de imagens no cotidiano enraizou-se acentuadamente com o advento da internet, dos computadores portáteis, *tablets* e *smartphones*. Essa profusão de imagens torna confusa a sua compreensão, pois não é linear; e não se reduz à observação isolada de uma fotografia ou vídeo.

O mundo jurídico ao lidar com essa característica sofre um choque. A prática jurídica tradicionalmente baseada na palavra deve considerar a jurisprudência visual que avança rapidamente para as cortes.<sup>17</sup> A legitimidade do Direito, baseada na palavra escrita na era digital, não é factível. Segundo Sherwin (2011), a visibilidade característica do mundo contemporâneo apresenta os seguintes elementos: 1 – a interação da imagem com os modelos cognitivos e culturais dos espectadores (*visual memes*), 2 – o sentido das sensações visuais (*visual sensations*), 3 – a capacidade de “navegar” na imagem visual e experimentar posições morais alternativas (*visual unconscious*), 4 – desenvolvimento de habilidade para compreensão adequada da profusão de imagens (*visual sublime*).

A alfabetização visual é o desenvolvimento da capacidade de compreensão da presença das imagens no cotidiano. Ele permite ao operador do Direito filtrar e selecionar as imagens em um contexto de excessiva informação. Como realizar a transição entre a retórica baseada no texto escrito para a sensibilidade digital? Isso é relevante. Como as cortes podem assegurar o tratamento justo de um problema centrado na imagem sem meios consistentes para validar sua apreciação? O realismo jurídico, ainda fortemente influenciado pelo cartesianismo, impede a integração do textual e do visual na prática jurídica, como também no ensino do Direito.

Desse modo, a alfabetização visual pretende fornecer os elementos para a adequada compreensão do papel da imagem por parte do operador do Direito. A sua efetivação, não apenas no campo jurídico, demanda o desenvolvimento de competências em diversas áreas. Logo, a “alfabetização visual significa conhecer como as imagens criam certas impressões e como elas constroem ou evocam significados visuais pré-concebidos” (SHERWIN, 2011, p. 40). Para tanto, a maneira como

---

<sup>17</sup> “A verdade visual, como a própria visualidade, é uma construção. Como Benjamin Cardozo observou quase um Século atrás, em relação aos julgamentos em geral, dar sentido a uma imagem envolve uma ampla gama de fatores implícitos responsáveis por moldar o entendimento, como educação, experiência, classe, ideologia e caráter. Quando os juízes não conseguem reconhecer esse fato e usam de forma irrefletida o seu senso comum visual para superar, e assim excluir o senso comum de outros, isso suscita sérias preocupações para a busca da verdade e da justiça em casos particulares” (SHERWIN, 2011, p. 39-40).

o raciocínio jurídico é estabelecido tendo em vista fatores como experiência de vida, capital cultural, origem socioeconômica, dentre outros, interfere nas percepções dos indivíduos acerca dos fatos.

A discussão sobre a imagem no campo do Direito é um tema ainda em seu nascedouro. Estudos legais e transdisciplinares são necessários para lidar de modo mais profundo com este problema, como o desenvolvimento de novos padrões para a compreensão da imagem no processo judicial. Essa tarefa ganha dimensão maior em nosso sistema em virtude do peso conferido à palavra escrita e da resistência à oralidade ainda presente nas cortes. O desafio assume duas vertentes, a primeira de responsabilidade dos acadêmicos do Direito em desenvolver novos conceitos capazes de validar as imagens em juízo; a segunda de competência dos operadores do Direito, incumbidos de aplicar o Direito em um campo incerto, razão pela qual devem discutir os impactos da imagem em seu cotidiano.

Dada a incerteza em torno da imagem e do modo como ela é debatida e incorporada no espaço judicial, não existe um modelo pré-definido de alfabetização digital. O ponto de partida é o reconhecimento das especificidades e meandros da imagem, sem incorporá-la de modo ingênuo e acrítico. Para tanto, o início desse processo é o desenvolvimento da habilidade em reconhecer sua característica, sua carga subjetiva, emocional e retórica. Isso difere das competências requeridas ao profissional do Direito formado em uma lógica positivista.

## Conclusão

A presença crescente da imagem no cotidiano é uma realidade de grande interesse no âmbito das ciências jurídicas e sociais. As interações e práticas sociais são cada vez mais mediadas por meio de instrumentos técnicos, e as imagens ali registradas, armazenadas e compartilhadas constituem experiências centrais para a construção de sentido no cotidiano contemporâneo. A sua presença também é sentida nas cortes com a utilização cada vez maior da imagem, especialmente a registrada em vídeo, em processos judiciais de distintos matizes. A natureza da imagem, sua carga emocional e retórica impõe novos desafios teóricos e práticos aos envolvidos no campo do Direito.

Esses desafios, conforme apresentados ao longo do texto, envolvem o reconhecimento da natureza incerta da imagem, da presença de seus elementos retóricos, das múltiplas interpretações possíveis em seu âmbito, além do conhecimento técnico necessário à validação de seu conteúdo. Adicionalmente, as suas características impõem modos de lei-

tura inovadores, estabelecidos além dos limites do textual-verbal. Para tanto, o desenvolvimento de habilidade específica em compreender o fenômeno da imagem é fundamental, pois ainda existe um vazio teórico em torno da questão. Tais competências baseiam-se na construção de esquemas cognitivos fundados em uma lógica transdisciplinar.

Essa agenda de pesquisa e prática jurídica surge em razão da predominante ciência jurídica baseada em pressupostos estritos não ser capaz de incorporar a imagem e seus elementos retóricos no seu processo decisório. A ênfase no modelo textual-verbal ainda é o núcleo de organização do raciocínio jurídico. O desenvolvimento de modos e métodos de análise capazes de prover elementos para a compreensão do intrincado mundo da imagem é central à sua adequada utilização nas cortes.

## Sobre os autores

Vicente Riccio é doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor pela Northwestern University, Evanston, Illinois, Estados Unidos; professor adjunto no mestrado em Direito e Inovação na Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil.

E-mail: vicebte.riccio@uff.edu.br

Clarissa Diniz Guedes é doutora em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora adjunta no mestrado em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil.

E-mail: clarissadinizguedes@gmail.com

Amitza Torres Vieira é doutora em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora adjunta do programa de Doutorado em Linguística da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil. Seus interesses de pesquisa são linguística interacional e argumentação em contextos legais.

E-mail: amitzatv@yahoo.com.br

Alexandre Souza é mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil; advogado.

E-mail: lex.souz@gmail.com

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>18</sup>

IMAGE AND RHETORIC IN VIDEO EVIDENCE

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the challenges posed to the law by the increasing presence of the image in the courts. The image produces immediate effects on people's perception of the content displayed, which are not characterized by

---

<sup>18</sup> Sem revisão do editor.

“pure objectivity,” but by subjective readings of the displayed. The rhetorical elements of the image impose the need to know their characteristics and the development of skills adequate for their understanding in the judicial space. The article examines this problem in three sections. The first deals with the relation between law, rhetoric and image emphasizing its theoretical aspects and their relationship. The second examines the procedural aspects of the image as evidence. The third discusses the need for “digital literacy” for the right operators to better understand the image. Finally, the article concludes that the better understanding of the image passes through the overcoming of its analysis through the textual-verbal model.

KEYWORDS: VIDEO EVIDENCE. IMAGE. RHETORIC. PROCEDURE LAW.

## Como citar este artigo

(ABNT)

RICCIO, V., Guedes, C. D., Vieira, A. T., & Souza, A. (2018). Imagem e Retórica na prova em vídeo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 85-103, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p85](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p85)>.

(APA)

Riccio, V., Guedes, C. D., Vieira, A. T., & Souza, A. (2018). Imagem e Retórica na prova em vídeo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 85-103. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p85](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p85)

## Referências

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

\_\_\_\_\_. *Órganon*: categorias de interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticadas. Bauru: Edipro, 2005.

ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1969. (Bibliothèque de philosophie du droit, v. 9).

ASIMOW, Michael. *Lawyers in your living room!*: law on television. Chicago: American Bar Association, c2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri: Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 50-245.

BARTHES, Roland. Rhétorique de l'image. *Communications*, Lyon, v. 4, p. 40-51, 1964. Disponível em: <[https://www.persee.fr/doc/comm\\_0588-8018\\_1964\\_num\\_4\\_1\\_1027](https://www.persee.fr/doc/comm_0588-8018_1964_num_4_1_1027)>. Acesso em: 2 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973. [Revogada].

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Processo Judicial Eletrônico – PJE. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, [201-]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/356-geral/13129-processo-judicial-eletronico-pje>>. Acesso em: 2 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução, revisão e notas de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010. v. 2.

CARRABINE, Eamonn. Just images: aesthetics, ethics and visual criminology. *British Journal of Criminology*, Oxford, UK, v. 52, n. 3, p. 463-489, May 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/bjc/azr089>>. Acesso em: 2 out. 2018.

CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova: ottant'anni dopo chiovenda. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 61, n. 2, p. 417-432, apr./giugno, 2006.

DENTI, Vittorio. *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos: estudios de derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 2. ed. Buenos Aires: V. P. de Zavalía, 1972. v. 1.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. atual. de acordo com as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas: Conceito, 2008.

EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. *The common place of law: stories from everyday life*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FITZPATRICK, Peter. *The mythology of modern law*. London: Routledge, 1992.

FLEMING, David. Can pictures be arguments?. *Argumentation and Advocacy*, London, v. 33, n. 1, p. 11-22, 1996.

GARAPON, Antoine. *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*. Paris: O. Jacob, 1997.

GIULLANI, Alessandro. Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 16, 1962.

\_\_\_\_\_. The influence of rhetoric on the law of evidence and pleading. *Juridical Review*, New York, v. 62, p. 216-251, 1969.

\_\_\_\_\_. Prova (filosofia). In: CALASSO, Francesco (Org.). *Enciclopedia del diritto*. Milano: A. Giuffrè, 1988. p. 519-579.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito, 2005. (Coleção José do Patrocínio, v. 1).

GROARKE, Leo; PALCZEWSKI, Catherine H.; GODDEN, David. Navigating the visual turn in argument. *Argumentation and Advocacy*, London, v. 52, n. 4, p. 217-235, 2016.

GUEDES, Clarissa Diniz. Atividade probatória das partes e sistemas de apreciação das provas no direito romano. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 106, n. 409, p. 113-164, maio/jun. 2010.

KASER, Max. *Derecho romano privado*. Traducción de José de Santa Cruz Teijeiro. 5. ed. Madrid: Reus, 1968. (Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros).

KJELDTSEN, Jens Elmelund. The study of visual and multimodal argumentation. *Argumentation*, [S.l.], v. 29, n. 2, p. 115-132, May 2015. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10503-015-9348-4.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Studying rhetorical audiences: a call for qualitative reception studies in argumentation and rhetoric. *Informal Logic*, Windsor, ON, v. 36, n. 2, p. 136-158, July 2016. Disponível em: <[https://informallogic.ca/index.php/informal\\_logic/article/view/4672](https://informallogic.ca/index.php/informal_logic/article/view/4672)>. Acesso em: 3 out. 2018.

LEVY, J. P. La formation de la théorie romaine des preuves. In: STUDI in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948). Napoli: Jovene, 1948. p. 418-438.

LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale*: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo. Milano: A. Giuffrè, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica*: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014.

MORAES, José Rubens de. *Sociedade e verdade*: evolução histórica da prova. São Paulo: Edusp, 2015. (Biblioteca Edusp de Direito, v. 11).

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A dimensão epistêmica do juízo por jurados*: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova. 2017. 506 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NOBILL, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: A. Giuffrè, 1974. (Studi di diritto processuale penale, v. 37).

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. *A República*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

RAFTER, Nicole Hahn; BROWN, Michele. *Criminology goes to the movies*: crime theory and popular culture. New York: New York University, c2011.

RICCIO, Vicente et al. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 273-298, jan./fev. 2016.

ROQUE, Georges. Esquisse d'une rhétorique des interactions verbo-icôniques: about the rhetorics of verbal-icônical interactions. *Images Revues*, [S.l.], v. 5, p. 1-19, 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/imagesrevues/3434>>. Acesso em: 3 out. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 0009862-15.2011.8.26.0000. Impetrante: Ivan Rafael Bueno. Corréu: Cileno Marcos dos Santos; Carlos Eduardo de Oliveira; Cairo Fenix Santana Maschetto Martins. Relator: Des. David Haddad. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 6 maio 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI000PXDE0000#?cdDocumento=42>>. Acesso em: 2 out. 2018.

SHERWIN, Richard K. *Visualizing law in the age of the digital baroque*: arabesques and entanglements. London: Routledge, 2011.

SILBEY, Jessica M. American trial films and the popular culture of law. *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, Oxford, UK, n. 321, Feb. 2017. Não paginado. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3151795](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3151795)>. Acesso em: 4 set. 2018.

THOMPSON, John Brookshire. *A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia*. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOZZI, Antonio. L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 17, n. 1, p. 212-229, 1940.

VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale: testo e materiali per un confronto civil law common law*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 2014.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. (Coleção pensamento jurídico contemporâneo, v. 1).

VIEIRA, Amitza Torres; SANTOS, Rogéria Tarocco. Argumentação: panorama teórico e questões para análises empíricas. In: SILVEIRA, Sonia Bittencourt; ABRITTA, Carolina Scali; VIEIRA, Amitza Torres (Org.). *Linguística aplicada em contextos legais*. Jundiaí: Paco, 2015. p. 41-70.





# Desempenho individual e transferência de votos no sistema eleitoral proporcional brasileiro

MÁRCIO CUNHA CARLOMAGNO  
VALTER RODRIGUES DE CARVALHO

**Resumo:** O artigo analisa a relação entre desempenho individual dos candidatos, transferência de votos intralista e resultados eleitorais. Historicamente tem sido alegado que o sistema eleitoral proporcional brasileiro geraria uma distorção nos resultados, permitindo que uma parcela significativa dos parlamentares fosse eleita beneficiada pela votação dos partidos/coligações. Argumentamos que essa crença não se efetiva. Analisamos os resultados de todos candidatos a deputado federal entre 1994 e 2014. Os dados mostram que nesse período apenas entre 8,8% e 13,2% dos eleitos não estiveram posicionados, na lista final de votação, até o limite do número de cadeiras em disputa em cada distrito. Além disso, apenas entre 0,8% e 2,8% dos que estiveram nas posições dos “mais votados” não lograram sua eleição, comprovando nossa hipótese. Como implicação desses resultados, defendemos que o sistema proporcional brasileiro já produz resultados equivalentes aos do *single non-transferable vote* (SNTV), conforme argumentos de Gary Cox. Os resultados contribuem para o debate público sobre reforma política, pois demonstram que a alegada distorção provocada pelo atual sistema não é um bom argumento para a mudança das regras eleitorais.

**Palavras-chave:** Sistema eleitoral. Transferência de votos intralista. Sistema proporcional. Lista aberta. Reforma política.

## 1. Introdução

Recebido em 21/5/18  
Aprovado em 2/7/18

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), a reforma política tem estado na pau-

ta do debate público (SERRA, 1995), sobretudo nos últimos anos (CINTRA, 2007). As propostas de mudança na legislação eleitoral têm sido discutidas tanto na sociedade civil, quanto na academia e no legislativo brasileiro, sob distintos aspectos, desde a magnitude dos distritos (AMORIM NETO; CORTEZ; PESSOA, 2011), tida como uma das grandes responsáveis pela baixa *accountability* da política nacional (CAREY, 2016) até instrumentos de ampliação da participação cidadã, como o *recall* (LONGHI; BEÇAK, 2016). Um dos principais pontos desse debate tem sido a mudança do sistema eleitoral brasileiro. Exemplo disso é que somente durante a 55ª legislatura, eleita em 2014, a Câmara dos Deputados por duas vezes – em maio de 2015 e em setembro de 2017 – colocou em votação a proposta para adoção do *single non-transferable vote* (SNTV) – popularmente chamado “distritão”.

Na origem de diversas propostas de reforma eleitoral está a insatisfação difusa na opinião pública com uma característica do sistema proporcional de lista aberta adotado no Brasil: a ideia de que uma parcela significativa dos parlamentares seria eleita não com votos próprios, mas beneficiada pela votação dos partidos, obtendo o cargo mesmo com votação inexpressiva. As propostas de reforma visariam, entre outros objetivos, corrigir essa distorção do sistema atual.

Alguns casos célebres ajudaram a popularizar esse fenômeno, tais como dos deputados federais Enéas e Tiririca, em 2002 e 2010, respectivamente, ambos no estado de São Paulo. Nos dois casos, a votação individual dos candidatos ajudou a eleger correligionários que tiveram votação muito abaixo dos demais eleitos e mesmo de candidatos que não obtiveram cadeiras. Esse fato, dizem os críticos do sistema eleitoral atual, promoveria distorções na representação e na vontade expressa dos

eleitores, contribuindo para o distanciamento entre políticos e população, a chamada “crise de representação”.

Contudo, será que o sistema eleitoral proporcional brasileiro realmente leva a que candidatos com votação inexpressiva se elejam para cargos legislativos? Será que este é um traço característico do sistema eleitoral brasileiro ou um fenômeno residual? Qual a porcentagem dos que não obtiveram votos por si só e foram realmente auxiliados pela transferência de votos *intra*lista do partido/coligação?

O objetivo deste artigo é discutir os efeitos produzidos pelo sistema eleitoral brasileiro quanto à transferência de votos *intra*lista e o desempenho individual do candidato. Para isso, identificaremos entre os candidatos a deputado federal – de 1994 a 2014 – quantos estavam, na ordem de votação nominal, dentro do número de vagas em disputa (portanto, seriam eleitos mesmo em um sistema de “mais votados”, isto é, o SNTV) e quantos não. Também procuramos identificar, entre os eleitos que não estavam entre os mais votados, a que distância estiveram das posições principais, para verificar o grau da alegada distorção do sistema.

Temos por hipóteses:

H1: Apesar do sistema proporcional adotado no Brasil, a maioria dos eleitos para cargos legislativos foram também os candidatos mais votados, dentro do número de cadeiras disponível em cada disputa, em suas respectivas eleições.

H2: Mesmo os eleitos que não foram os mais votados dentro do número disponível de cadeiras (hipótese 1), estão a distâncias competitivas, isto é, pequenas, dos mais votados.

Ambas as hipóteses visam a confirmar, no plano dos resultados eleitorais do mundo real, o argumento lançado por Cox (1991) no plano formal (matemático), de que o modelo

D'Hondt e o SNTV, quando a magnitude dos distrito for igual ou superior a sete (caso de todos estados brasileiros), tenderiam a produzir resultados equivalentes. Cox propôs o seguinte teorema, que tomamos por hipótese central nesta pesquisa e pretendemos testar:

Para um dado distrito de magnitude ( $k$ ), a distribuição do suporte eleitoral ( $v$ ) e a distribuição esperada do suporte eleitoral ( $e$ ), a alocação de cadeira sob o sistema D'Hondt e o equilíbrio na alocação de cadeiras sob a regra da pluralidade são idênticos, se (1)  $e=v$ ; (2) os partidos sob pluralidade puderem distribuir sua votação total igualmente entre seus candidatos; e (3) todos os partidos procurarem maximizar o número esperado de cadeiras que irão ganhar (COX, 1991, p. 121, tradução nossa).<sup>1</sup>

O artigo organiza-se da seguinte maneira. Na próxima seção faremos uma breve revisão da literatura teórica sobre os sistemas eleitorais. Discutem-se os efeitos institucionais dos sistemas eleitorais em relação à competição eleitoral e formatação dos sistemas partidários. Evidencia-se que essa relação de causa e efeito teve forte influência das leis de Duverger. Por exemplo, os sistemas eleitorais com magnitude distrital um (pluralidade uninominal) e eleição por maioria simples (o mais votado vence) tende a produzir um sistema bipartidário. Por sua vez, os sistemas eleitorais com distritos de magnitude um, mas cuja eleição é de dois turnos, bem como o sistema de representação proporcional, tende a formar sistemas multipartidários. Discutem-se, ainda, as reformulações das explicações de Duverger por seus discípulos, que embora não neguem o enfoque institucionalista, incorporam a ele variáveis estratégicas e sociais, que podem ser causas de efeitos, ao lado dos sistemas eleitorais, sobre os sistemas partidários.

Na segunda seção procede-se à explicação do sistema eleitoral brasileiro e a um apanhado dos equívocos de análise sobre os resultados produzidos por esse sistema. Essas análises argumentavam que a tendência geral dos eleitos era ser beneficiada pelas transferências de votos *intra*lista. Após uma explicação sobre os procedimentos de codificação utilizados nesta pesquisa, apresentamos os dados que mostram que, no período entre 1994 e 2014, apenas entre 8,8% e 13,2% dos eleitos não estiveram também entre as posições até o limite do número de cadeiras disponível. E, mais: apenas entre 0,8% e 2,8% dos que estiveram nas posições dos “mais votados” (até o número de cadeiras disponível) não lograram

---

<sup>1</sup>No original: “For a given district magnitude ( $k$ ), distribution of vote support ( $v$ ), and expected distribution of vote support ( $e$ ), the allocation of seats under D'Hondt and the equilibrium allocation of seats under plurality rule are identical, if (1)  $e=v$ ; (2) parties under plurality can allocate their total vote equally among their nominees; and (3) all parties seek to maximize the expected number of seats that they will win”.

sua eleição. Na seção de discussão, argumentamos sobre algumas implicações desses achados. Defendemos que o sistema proporcional brasileiro já produz resultados equivalentes aos do SNTV e, portanto, poderia ser útil a utilização das teorias sobre esse sistema para compreender a política nacional. Também argumentamos que os resultados contribuem para o debate público sobre reforma política, a partir do momento em que entendemos que a alegada distorção provocada pelo atual sistema não é um bom argumento para sua mudança – embora outros argumentos possam existir.

## 2. Duas famílias dos sistemas eleitorais: representação majoritária e representação proporcional

Embora admita uma escala de proporcionalidade, que vai da maior à menor – inclusive a representação proporcional –, os sistemas eleitorais estão divididos em duas grandes famílias: a representação majoritária (doravante pluralidade uninominal) e a representação proporcional (doravante RP). A literatura (CARVALHO, 2014; DUVERGER, 1970; LIJPHART, 2003; NICOLAU, 2004; NOHLEN, 1993; TAVARES, 1994) destaca que cada sistema eleitoral traz em si um princípio peculiar de representação. O sistema de pluralidade uninominal, como diria Schumpeter (1961), objetiva como filosofia formar governos fortes e eficientes. Sua característica marcante é o princípio do “vencedor leva tudo” (LIJPHART, 2003; TAVARES, 1994), que permite que o partido mais votado ganhe a maioria dos assentos no parlamento; a mecânica do sistema, intencionalmente, *sobrerrepresenta* o partido majoritário. Por seu turno, a RP tem como filosofia promover maior justiça alocativa entre as forças em disputa em regimes democráticos (LIJPHART, 2003).

Um segundo pressuposto da pluralidade uninominal é que a maioria deve tomar as decisões, cabendo à minoria criticar as decisões governamentais da maioria (LIJPHART, 2003; SCHUMPETER, 1961). Assim, nos sistemas majoritários as maiorias governamentais são eleitas por um contingente de votos reduzido. Ocorre que esse sistema é responsável por gerar grande desproporcionalidade entre votos e cadeiras (a expressão do eleitorado e a conversão dessa expressão em cadeiras legislativas), já que exclui um elevado contingente de eleitores da representação. Como a magnitude distrital (número de vagas por distrito), na sua versão pura (modelos inglês e americano), é  $M=1$ , pode ser que, em hipótese, no mínimo três competidores se apresentem, vindo a ter cada um cerca de 30% dos votos do distrito. Acontece que, no caso hipotético, o vitorioso pode não ter mais que um voto de diferença dos demais (NICOLAU, 2004; TAVARES, 1994). A consequência é uma grande desproporcionalidade entre votos e cadeiras. A explicação plausível é simples: proporcionalidade/desproporcionalidade entre votos e cadeiras está estritamente relacionada à magnitude distrital ( $M$ ) (TAVARES, 1994). Ou seja, quanto mais elevada a magnitude, mais proporcional se apresenta a relação entre votos cadeiras.

Como apontado antes, a RP tem uma filosofia inclusiva, razão por que ela é mais frequentemente adotada em sociedades fragmentadas e plurais (LIJPHART, 2003; NOHLEN, 1993). Assim, seus defensores, como Lewis, argumentam que o sistema do tipo majoritário é antidemocrático porque exclui parte dos eleitores das decisões governamentais (LEWIS, 1964 apud LIJPHART, 2003). Excluir os perdedores de tais decisões constituiria uma violação dos princípios das democracias, já que em sociedades heterogêneas os grupos, em partidos ou não, divergem de forma mais intensa, por apresentarem diferenças religiosas, ideológicas,

culturais, raciais, étnicas etc. (LIJPHART, 2003; NOHLEN, 1993). Um sistema com flexibilidade, como a RP, poderia melhor promover a inclusão dessas minorias, necessárias à lealdade ao regime político.

Todavia, não obstante a RP expressar melhor coincidência entre votos e cadeiras – proporcionalidade –, isto não é necessariamente linear para todos os sistemas de RP. A maior ou menor proporcionalidade depende de variáveis institucionais, entre as quais a magnitude distrital e as diversas fórmulas de cálculos para a alocação de cadeiras (LIJPHART, 2003; NICOLAU, 2004; NOHLEN, 1993; SARTORI, 2000; TAVARES, 1994).

Há ao menos três fórmulas eleitorais de uso mais corriqueiro nos sistemas de RP: a fórmula D'Hondt (criada pelo belga Victor D'Hondt), a fórmula Sainte-Laguë (criada pelo matemático francês André Sainte-Laguë) e a fórmula Sainte-Laguë modificada. Essas fórmulas eleitorais são os chamados métodos das maiores médias para alocação de sobras, depois de preenchidas a maior parte das vagas pela cota Hare (quociente partidário, como se convencionou chamar no Brasil) (LIJPHART, 2003; NICOLAU, 2004; NOHLEN, 1993; TAVARES, 1994).

Dentre as três, a D'Hondt, utilizada no Brasil, é a menos proporcional. Ela beneficia os maiores partidos, prejudicando os menores, na conversão de votos em representação política. Isso ocorre porque os grandes partidos costumam apresentar as maiores médias na distribuição das sobras (NICOLAU, 2004; TAVARES, 1994). A fórmula D'Hondt opera com divisores sequenciais (1, 2, 3, 4 etc) para alocar as sobras, ocupando-as os partidos com maiores médias, o que é repetido até preencher a última cadeira (LIJPHART, 2003).

A Sainte-Laguë obedece aos mesmos procedimentos da D'Hondt, mas altera a série de divisores, operando com números ímpares (1,

3, 5, 7 etc). Isso impõe maiores dificuldades aos grandes partidos para alcançar as maiores médias na divisão das sobras. De certa forma, facilita a representação de partidos pequenos, que terão chances de se fazer representar.

Por fim, temos a fórmula Sainte-Laguë modificada, cuja operacionalização é a mesma, só mudando o primeiro divisor, que passa de 1 para 1,4. A elevação do primeiro divisor a 1,4 impõe uma forte barreira para a entrada dos pequenos partidos na rodada inicial. Por essa razão, a Sainte-Laguë modificada mostra-se menos proporcional que a versão original da fórmula.

## 2.1. Efeitos causais dos sistemas eleitorais: as leis de Duverger e seus críticos

Como estruturas de incentivos e constrangimentos que convertem força social em mandato parlamentar, os sistemas eleitorais em hipótese alguma são frutos de escolhas aleatórias, mas resultados de decisões interessadas, respondendo às estratégias da elite política. Os efeitos dos sistemas eleitorais no padrão de competição eleitoral e no formato efetivo do sistema partidário-parlamentar teve forte influência das descobertas de Duverger (1970), em suas famosas “leis sociológicas” (COX, 1998; NOHLEN, 1993; RAE, 1970; SARTORI, 2000; TAVARES, 1994). Assim, no sistema eleitoral cuja magnitude distrital é de apenas um representante (pluralidade uninominal) e eleição de maioria simples em turno único, a tendência é a produção de um sistema bipartidário. Por outro lado, no sistema eleitoral com distrito de magnitude um, mas a eleição tem dois turnos (*ballotage*), bem como na representação proporcional, a tendência é emergir sistemas multipartidários.

Duverger (1970) afirmou que a mais plausível causa de explicação de formatos bipartidário e multipartidário é o tipo de eleição (escru-

tínio). Embora os fatores nacionais de cada país em particular tenham algum efeito nisso, é um fator de ordem técnica – o escrutínio – que exerce a mais forte influência em termos de causalidade.

pode-se esquematizá-la na fórmula seguinte: o escrutínio majoritário de um só turno tende ao dualismo dos partidos. De todos os esquemas que se definiram neste livro, este último é, sem dúvida, o que mais se aproxima da verdadeira lei sociológica. Coincidência mais ou menos geral ressalta entre o escrutínio majoritário de um só turno e o bipartidarismo: os países dualistas são majoritários e os países majoritários são dualistas (DUVERGER, 1970, p. 259).

Nesse sentido, a prática reiterada de escrutínio num sistema de pluralidade uninominal (majoritário) de maioria simples e turno único tem efeito unidirecional na produção do bipartidarismo no âmbito nacional. Isso se deve particularmente a dois efeitos em direção unívoca: *efeito mecânico e psicológico*. Tais efeitos podem recompor o bipartidarismo nacional na hipótese de haver um terceiro partido, mais possível no nível de alguns distritos, a competir com os dois principais. Nessa hipótese, segundo Duverger (1970), o terceiro colocado pode escolher aliar-se a um dos dois partidos ou entrar na competição isolado. Se optar por concorrer isolado, não demorará a tornar-se vítima do *efeito mecânico*. O efeito mecânico expressa-se na sub-representação eleitoral do terceiro competidor, que é a característica mais marcante do sistema de pluralidade uninominal de maioria simples. Na hipótese sustentada por Duverger (1970), se a terceira força se mantiver por mais tempo na disputa, poderá sofrer ainda o *efeito psicológico*, que é a migração de seus eleitores para os partidos viáveis (voto útil). Em outros termos, o eleitor não tardará a perceber que está desperdiçando seu voto com partido/candidato inviável.

Por muito tempo as “leis sociológicas” de Duverger foram motivos de intenso debate na ciência política e nos meios políticos. Alguns críticos, embora apoiem suas conclusões e seu enfoque institucionalista, propuseram reformulações (COX, 1998; SARTORI, 2000); mas há mesmo quem negue a condição de *leis* aos achados de Duverger (NOHLEN, 1993).

Aceitando o enfoque institucionalista, Sartori (2000) reconsidera as leis de Duverger (1970). Entende que os sistemas eleitorais constituem variáveis independentes nas quais os efeitos institucionais são passíveis de verificação empírica. Dialogando com a perspectiva sociológica, segundo a qual os sistemas partidários resultam mais provavelmente das clivagens sociais e menos das regras eleitorais (NOHLEN, 1993), afirma que, se o sistema eleitoral não exercesse qualquer efeito sobre as estra-

tégias dos atores políticos, não seria explicável por que há tanto debate em torno de sua alteração.

No entanto, algumas objeções foram levantadas em torno das leis de Duverger. Em primeiro lugar, embora o eleitor esteja impelido a escolher entre dois postulantes, isso não quer dizer que os eleitores de todo um país estarão. É que é mais provável que o bipartidarismo ocorra no nível do distrito, pois outras forças podem ter alguma capacidade de vencer em certos distritos. Um bipartidarismo nacional se instalaria se apenas dois partidos competissem e vencessem em todos os distritos, o que, segundo Sartori, é improvável. Por seu turno, o efeito de um sistema de pluralidade uninominal com escrutínio de maioria simples em turno único sobre a formação de um sistema partidário dualista, desprezou duas variáveis importantes: uma de ordem sociológica, que é a distribuição das preferências eleitorais nos distritos; e a outra, de ordem institucional, que é o grau de organização dos partidos em competição nos distritos.

Com essas ressalvas, Sartori (2000) reformulou as leis de Duverger (1970), relativizando os efeitos prováveis da pluralidade uninominal pela introdução de variáveis sociológicas e institucionais, com os seguintes enunciados hipotéticos: 1) com um sistema de partidos fortemente organizados e dispersão similar do eleitorado em todos os distritos, o sistema de pluralidade uninominal leva ao bipartidarismo; 2) com sistema de partidos fortemente organizados e ausência de dispersão similar do eleitorado em todos os distritos, o sistema de pluralidade possibilita a existência, mesmo que limitada, de um terceiro partido; 3) com sistema de partidos fortemente estruturados e representação proporcional, a quantidade de partidos efetivos depende do grau de proporcionalidade (fórmula eleitoral); 4) com

sistema de partidos fracamente estruturados e representação proporcional, a quantidade de partidos efetivos pode chegar ao limite da magnitude da circunscrição (número de cadeiras).

As leis de Duverger recebem novas reformulações no estudo seminal de Cox (1998), para quem é preciso compreender os efeitos dos sistemas eleitorais, dos atores políticos e sociais na configuração dos partidos políticos. É preciso, então, conciliar a perspectiva sociológica – homogeneidade/heterogeneidade das preferências eleitorais –, a estratégia dos atores – perspectiva temporal – e os incentivos e constrangimentos do sistema eleitoral na formação do sistema partidário. Segundo Cox (1998, p. 36), Duverger está correto ao afirmar que os sistemas eleitorais exercem efeitos sobre os sistemas partidários. Um dado empírico para tal pode ser colhido na estratégia dos partidos em manipulá-los com o intuito exclusivo de incrementar suas forças representativas. Os sistemas eleitorais conferem vantagens estratégicas e desvantagens aos atores partidários, razão pela qual buscam conservar ou mudá-los.

Todavia, de acordo com Cox (1998), um ponto crítico, passível de reformulação, das leis de Duverger é o que pressupõe que as estratégias dos partidos são sempre de curto prazo. Melhor dizendo, que suas estratégias buscam sempre incrementar suas cadeiras no curto prazo. Se a perspectiva dos partidos em competição for a de maximização de resultados no curto prazo, é mais provável que adotem uma racionalidade instrumental, evitando os custos da derrota e coordenando o sistema (coligando). No entanto, afastadas essas condições, pode-se vislumbrar outra possível estratégia, na qual as leis de Duverger podem não ter os mesmos efeitos. Em tais condições, as motivações e expectativas podem transcen-

der os cálculos imediatos, visando a resultados futuros e à formação de identidade (marca). Ou seja, os partidos estão dispostos a encarar os custos da derrota, tornando a eleição, mesmo em sistema de pluralidade uninominal, mais competitiva.

Por outro lado, admite Cox (1998), Duverger negligenciou o fato de a eleição representar estrutura de intercâmbio marcado por um sistema de trocas e recompensas. É esse sistema de troca, incentivado pelo sistema eleitoral, que produz equilíbrio entre oferta e demanda de atores partidários em competição – a expectativa temporal exerce papel relevante quanto ao número efetivo de partidos. Em outros termos, os sistemas eleitorais definem em boa parte as estratégias de coordenação eleitoral, reduzindo ou incrementando o número de partidos em competição e efetivos na arena parlamentar. As instituições eleitorais, todavia, põem em marcha um conjunto de incentivos e oportunidades que possibilita que atores barganhem votos e apoios.

Por último, de acordo com Cox (1998), afirmar que a estrutura social é uma variável que afeta o formato do sistema de partidos (NOHLEN, 1993) não nega, necessariamente, o enfoque duvergeriano (institucionalista). Mas ressalta que Duverger exagerou suas proposições institucionalistas e, em função disso, negligenciou os efeitos da interação entre as instituições eleitorais e a estrutura social na configuração dos sistemas partidários. Não se podem negar os efeitos dos sistemas eleitorais nos sistemas partidários, mas esses efeitos são apenas tendenciais; assim, em vez de afirmar que eles produzem um número exato de partidos, é mais plausível destacar que eles têm um efeito redutor.

### 3. O Brasil

O sistema eleitoral brasileiro adota, desde 1945 (embora com mudanças pontuais e constantes ao longo das décadas), a representação proporcional de lista aberta, com método D'Hondt. Isso significa que: a) as cadeiras disponíveis são distribuídas de forma proporcional, considerando a votação obtida pelos partidos e/ou coligações; b) o termo “lista aberta” indica que o eleitor define quem serão os eleitos, com base numa lista fornecida pelos partidos. Esse segundo aspecto opõe-se à lista fechada, em que os partidos definem *a priori* a colocação dos candidatos e os eleitores apenas podem optar por uma lista ou outra.

Disso depreendemos uma característica importante para entender o sistema eleitoral brasileiro, bem como a relação que o eleitor estabelece com esse sistema. A representação ocorre em termos partidários



e o voto pertence, de fato e de direito, ao partido/coligação. Quando o eleitor vota em algum candidato, ele vota, de fato, no partido/coligação. Ao escolher um candidato, ele apenas está ordenando a sua preferência dentro da lista de candidatos do partido.

Os votos são contados, primeiramente, para os partidos/coligações, depois para os candidatos votados dentro daqueles partidos/coligações. O quociente eleitoral (divisão do total de votos pelo número de cargos) indica quantas cadeiras cada partido terá.<sup>2</sup> A cada quociente eleitoral atingido, o partido/coligação elege um deputado. O que pode acontecer é que alguns candidatos são fenômenos eleitorais e conseguem ultrapassar sozinhos o quociente eleitoral, deixando votos sobrando para os colegas de partido. Quando um candidato obtém, sozinho, três ou quatro vezes o quociente eleitoral, ele garante não apenas a própria eleição, mas, com seus votos, o ingresso de outros correligionários no grupo dos eleitos.

Em termos legais isto não é um problema, dado o pressuposto de que a representação ocorre em termos partidários e o voto foi dado, primeiramente, ao partido/coligação. Contudo, o ruído ocorre pela dissociação entre o que diz o código legal e o comportamento individual dos eleitores, que centram sua atenção nos candidatos.

A despeito das regras formais do sistema, no Brasil o eleitor escolhe prioritariamente os candidatos, usualmente sem levar em conta os partidos ou coligações (NICOLAU, 2006; NICOLAU; SCHMITT, 1995). É relativo consenso que o sistema eleitoral brasileiro – as relações estabelecidas com o eleitorado, especialmente durante as campanhas eleitorais – é centrado no candidato, não no partido (PEREIRA; RENNÓ, 2003; SAMUELS, 1999). Disso decorre a insatisfação, na opinião pública, quando candidatos se elegem beneficiados pela transferência de votos *intra*lista (entre os candidatos do partido ou coligação).

Um equívoco conceitual – iniciado nos anos 1990 e perpetuado até recentemente – ajudou a difundir a noção de que os candidatos que se elegeriam beneficiados pela votação do partido era a regra. Encontramos em artigo de Santos (1999) – embora nem de longe seja o único – um exemplo da difusão dessa ideia. O autor, apresentando dados apenas sobre o quociente eleitoral, afirmou:

a imensa, esmagadora maioria dos deputados [...] dependeu da transferência de votos pertencentes aos demais membros da lista para ser eleita. Imediatamente, pode-se concluir que a votação personalizada do

---

<sup>2</sup>Não iremos entrar no cálculo das sobras eleitorais, que não é o tema desta discussão. Para as regras completas sobre este cálculo ou suas implicações, veja lei nº 4.737/1965 (BRASIL, 1965) e Nicolau (2004).

representante não foi suficiente para a obtenção da cadeira (SANTOS, 1999, p. 117).

E continua:

a grande maioria dos votos necessários para sua eleição [dos deputados] não lhes pertencia em primeiro lugar [...], o número de deputados eleitos com os seus próprios votos é ínfimo (SANTOS, 1999, p. 118-119).

E, baseado nisso, conclui:

a teoria do voto personalizado não pode funcionar para o Brasil porque os deputados brasileiros não conhecem a sua verdadeira *constituency* eleitoral (SANTOS, 1999, p. 119).

O equívoco reside na diferenciação entre o quociente eleitoral e a posição na lista de votados. O quociente eleitoral diz respeito aos partidos/coligações. Não é esperado (ou não deveria ser esperado) que candidatos alcancem, por si sós, o quociente. Esses casos são excepcionais – apesar de, muitas vezes, serem tratados, sobretudo na imprensa, como se fosse o que deveria ser esperado.

Outra questão é saber se os eleitos (mesmo que não tenham alcançado o quociente eleitoral) tiveram, de fato, desempenho abaixo dos demais competidores (não eleitos) ou se estiveram em condições competitivas na listagem final dos resultados. Isto é: uma coisa é atingir ou não sozinho o quociente eleitoral, outra é saber se os (e quantos dos) mais votados em cada disputa conseguem se eleger. Ou, em termos inversos, qual porcentagem dos que não tiveram votos por si só foram realmente puxados pela votação do partido/coligação.

Será que o sistema eleitoral proporcional brasileiro realmente leva a que candidatos com votação inexpressiva se elejam para cargos legislativos? Ou será este um fenômeno residual? É o que verificaremos adiante.

## 4. Dados e procedimentos

A fonte dos dados utilizados neste estudo foram as bases de dados brutos fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), com os tratamentos descritos nesta pesquisa. O universo analisado consiste em todos os candidatos a deputado federal nas eleições de 1994 a 2014<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>Para o ano de 1994, a base do TSE é incompleta, indicando como “eleito” apenas 266 membros. Para o ano de 1998 constam três “eleitos” a mais, do que realmente existiram.

Os resultados que se referem aos designados “eleitos”, ao final da eleição, não considera eventuais suplentes que possam, por vários motivos, ter assumido ao longo do mandato, temporária ou definitivamente.

Uma vez que estamos comparando distritos com tamanhos distintos, uma questão importante é a sua comparabilidade. Afinal, por exemplo, estar a 20 posições de distância de um competidor tem uma importância em um distrito com oito deputados diferente do que tem em outro com 70 deputados. Por isso, é preciso equilibrar a comparação, para fazê-la em termos fracionários. O cálculo realizado para a identificação da posição relativa pode ser expresso em notação matemática da seguinte forma:

$$\frac{C_d - P_i}{C_d}$$

Nessa notação,  $C_d$  é o número de cadeiras em um dado distrito e  $P_i$  é a posição final na ordem de votação nominal de um candidato  $i$ .

A lógica interna do cálculo procura medir o desempenho individual dos candidatos em relação ao número de cadeiras disponíveis em seu distrito. Candidatos na posição zero ficaram até o limite máximo da última cadeira disponível. Candidatos com valores positivos ficaram acima da última cadeira disponível, isto é, dentro do grupo de “mais votados”. Candidatos com valores abaixo da posição zero ficaram abaixo da última cadeira disponível. Os valores relevam a distância percentual a que ficaram daquela cadeira. Dessa forma, é possível identificar, no grupo eleito beneficiado pela transferência de voto *intra*lista, qual seu desempenho individual e a que distância estiveram das primeiras colocações.

Todos os cálculos foram realizados considerando cada distrito (estado) e ano.

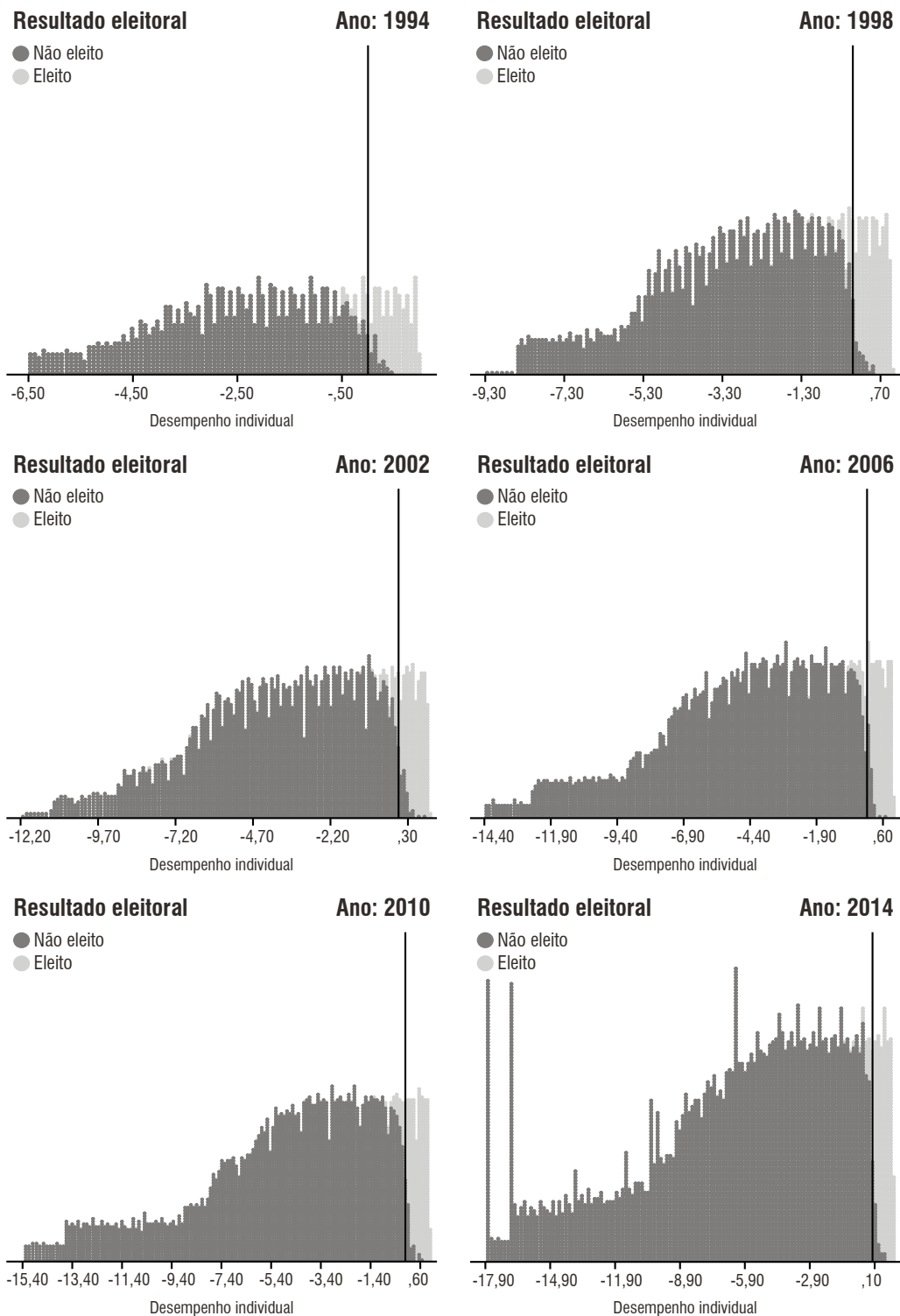
## 5. Desempenho individual e resultado eleitoral

O gráfico mostra os resultados do índice explicado na seção anterior. Nele, podemos verificar o desempenho individual de todos candidatos, cotejado com os resultados eleitorais. A linha de referência, inserida no ponto zero, ajuda a identificar visualmente os dois grupos – daqueles que atingiram a posição até o limite de cadeiras disponíveis e aqueles que estiveram abaixo deste patamar. A tabela mostra, em valores dicotomizados – para melhor apreensão, a mesma comparação entre os dois grupos.

---

Mantivemos as informações como constam. Os três casos de 1998 não são capazes de alterar os resultados estatísticos aqui apresentados.

## Gráfico – Desempenho individual e resultado eleitoral



Fonte: elaboração própria.

**Tabela – Desempenho individual (binário) e resultados eleitorais**

		Abaixo de zero			Zero e acima		
		N	%	Resíduos padronizados	N	%	Resíduos padronizados
1994	Não eleito	1229	97,20%	5,7	35	2,80%	-12,5
	Eleito	35	13,20%	-12,5	231	86,80%	27,2
	Total	1264	82,60%		266	17,40%	
1998	Não eleito	2825	98,40%	8	45	1,60%	-18,8
	Eleito	45	8,70%	-18,8	471	91,30%	44,2
	Total	2870	84,80%		516	15,20%	
2002	Não eleito	3622	98,30%	6,8	63	1,70%	-18,3
	Eleito	63	12,30%	-18,3	450	87,70%	48,9
	Total	3685	87,80%		513	12,20%	
2006	Não eleito	4372	98,70%	6,4	59	1,30%	-18,7
	Eleito	59	11,50%	-18,7	454	88,50%	54,9
	Total	4431	89,60%		513	10,40%	
2010	Não eleito	4323	98,80%	6,5	51	1,20%	-19
	Eleito	51	9,90%	-19	462	90,10%	55,6
	Total	4374	89,50%		513	10,50%	
2014	Não eleito	5620	99,20%	5,9	45	0,80%	-19,6
	Eleito	45	8,80%	-19,6	468	91,20%	65,2
	Total	5665	91,70%		513	8,30%	

Fonte: elaboração própria.

Percebemos que o sistema eleitoral brasileiro apresenta uma regularidade impressionante, com a porcentagem dos eleitos que não foram, respectivamente, os mais votados dentro do número de vagas disponível, variando entre o mínimo de 8,8% e o máximo de 13,2%, no período entre 1994 e 2014.

O gráfico indica que, mesmo no bloco dos eleitos que não estiveram entre os colocados em posições equivalentes ao número de cadeiras disponível, estes estiveram a distâncias curtas dos primeiros colocados.

Os valores dos que foram bem votados – obtiveram uma posição dentro do espectro do número de cadeiras – e, mesmo assim, não conseguiram se eleger varia de míseros 0,8% ao máximo de 2,8%, recorde registrado em 1994.

Essas regularidades indicam que se trata, de fato, de uma característica estável do próprio sistema, não o acaso de uma eleição isolada.

## 6. Discussão

Os resultados apresentados na seção anterior comprovam nossas duas hipóteses: 1) apesar do sistema proporcional adotado no Brasil, a

maioria dos eleitos para cargos legislativos foram, também, os candidatos mais votados, dentro do número de cadeiras disponíveis em cada disputa, em suas respectivas eleições; 2) mesmo os eleitos que não foram os mais votados dentro do número de cadeiras disponíveis estão a distâncias competitivas dos mais votados. O que esses achados significam? Quais suas implicações?

Constatamos, nesta pesquisa, que a parcela verdadeiramente “proporcional” no sistema eleitoral brasileiro é relativamente baixa, propiciando que apenas entre 8,8% e 13,2% dos candidatos eleitos possam ter alcançado essa condição mesmo sem estar entre os mais votados. E mais: somente 0,8% a 2,8% dos candidatos que lograram estar entre os mais bem votados de seu respectivo estado – dentro do número de posições de cadeiras em disputa – não conseguiram eleger-se.

Esses resultados são uma comprovação empírica para a hipótese apresentada por Cox (1991) de que os modelos SNTV e D'Hondt tendem a produzir resultados equivalentes. Nossa conclusão e o argumento que defendemos é que os efeitos produzidos pelo sistema eleitoral brasileiro já são dotados de viés majoritário, equivalentes ao SNTV (“distritão”).

Disso decorrem duas implicações imediatas para a compreensão da política brasileira.

A primeira implicação reside em como analisar o sistema político brasileiro. A partir do momento em que compreendemos que já estamos obtendo resultados eleitorais equivalentes aos do SNTV, podemos utilizar as teorias e evidências desse sistema, já discutido pela literatura internacional, para analisar e compreender as relações políticas nacionais.

Os dados aqui apresentados potencialmente dão combustível às teorias explicativas do voto personalizado – e seus consequentes efeitos para o comportamento legislativo. Vale frisar: entre os efeitos que o SNTV tende a produzir, e que podemos identificar no sistema político brasileiro, está o enfraquecimento dos partidos políticos e o personalismo nas competições eleitorais, com candidatos necessitando de maior exposição individual.

Uma vez que apenas candidatos com ampla votação (e, portanto, amplamente conhecidos pelos eleitores) conseguem eleger-se, o sistema eleitoral brasileiro implica a necessidade de exposição pessoal extrema. O que também ajuda a compreender a importância do dinheiro em campanhas eleitorais no Brasil (SPECK; MANCUSO, 2013), uma vez que, para alcançar amplo espectro do eleitorado para sua votação pessoal, é preciso maior investimento financeiro.

A segunda implicação relaciona-se ao potencial para contribuir para o debate público em torno das propostas de reforma eleitoral. Nas discussões travadas na sociedade civil, um dos aspectos mais criticados é o

atual sistema proporcional para cargos legislativos, que propiciaria que parlamentares sem votação expressiva se elegessem. Demonstramos aqui que esse fenômeno não existe senão em casos excepcionais. Trata-se da exceção, não da tendência geral. As supostas distorções do sistema atual não devem mais servir como justificativa para as propostas de mudança legislativa das regras eleitorais. É legítimo que defensores da mudança do atual sistema eleitoral continuem a advogar suas causas, mas devem procurar outros argumentos que não o problema da transferência de votos *intraalista* do sistema proporcional.

### Sobre os autores

Márcio Cunha Carlomagno é mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; doutorando em Ciência Política na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: mccarlomagno@gmail.com

Valter Rodrigues de Carvalho é doutor em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente na Universidade Federal do Piauí e na Faculdade de Direito da Uninassau, Teresina, PI, Brasil.

E-mail: valter.carvalhosp@gmail.com

(Versões preliminares e parciais dos resultados foram apresentadas como nota de pesquisa em *newsletters* do Observatório das Elites Políticas e Sociais do Brasil, em março de 2015 e julho de 2016.)

### Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>4</sup>

INDIVIDUAL PERFORMANCE AND INTRALIST VOTE TRANSFER IN THE BRAZILIAN PROPORTIONAL ELECTORAL SYSTEM

**ABSTRACT:** The article analyzes the relationship between individual performance of candidates, transfer of intralist votes and electoral results. Historically, it has been argued that the Brazilian proportional electoral system would create a distortion in results, allowing a significant portion of parliamentarians to be elected by party/coalition voting. We argue that this belief is not effective. We analyzed the results of all candidates for federal deputy between 1994 and 2014. Data showing that, in the period, only between 8.8% and 13.2% of the elect were not positioned in the final voting list, up to the limit of the number of seats in dispute in each district. In addition, only between 0.8% and 2.8% of those in the “most voted” positions did not get their election, proving our hypothesis. As an implication of these results, we defend that the Brazilian proportional system already produces results equivalent to those of the SNTV, following Gary Cox’s arguments. The results contribute to the public debate on political reform as it demonstrates that

---

<sup>4</sup>Sem revisão do editor.

the alleged distortion brought about by the current system is not a good argument for changing the electoral rules.

KEYWORDS: ELECTORAL SYSTEM. INTRALIST VOTE TRANSFER. PROPORTIONAL SYSTEM. OPEN LIST. POLITICAL REFORM.

## Como citar este artigo

(ABNT)

CARLOMAGNO, Márcio Cunha; CARVALHO, Valter Rodrigues de. Desempenho individual e transferência de votos no sistema eleitoral proporcional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 55, n. 220, p. 105-121, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p105](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p105)>.

(APA)

Carlomagno, M. C., & Carvalho, V. R. de. (2018). Desempenho individual e transferência de votos no sistema eleitoral proporcional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 105-121. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p105](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p105)

## Referências

AMORIM NETO, Octavio; CORTEZ, Bruno Freitas; PESSOA, Samuel de Abreu. Redesenhando o mapa eleitoral do Brasil: uma proposta de reforma política incremental. *Opinião Pública*, Campinas, v. 17, n. 1, p. 45-75, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v17n1/v17n01a02.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jul. 1965.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

CAREY, John M. Legislative accountability: should Brazil break up its big electoral districts?. *E-Legis*, Brasília, v. 9, n. 19, p. 72-86, 2016. Disponível em: <<http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/285/345>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CARVALHO, Valter Rodrigues de. *Atores partidários e entrada estratégica em competição eleitoral de múltiplas arenas: a experiência brasileira*. São Paulo: Paco Editorial, 2014.

CINTRA, Antônio Octávio. O Congresso brasileiro: é preciso mudanças?: exame de algumas propostas. In: NICOLAU, Jairo; POWER, Timothy J. (Org.). *Instituições representativas no Brasil: balanço e reforma*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007. p. 11-36.

COX, Gary W. SNTV and d'Hondt are "equivalent". *Electoral Studies*, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 118-132, June 1991.

\_\_\_\_\_. *La coordinación estratégica de los sistemas electorales del mundo: hacer que los votos cuenten*. Barcelona: Gedisa, 1998.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.



LONGHI, João Victor Rozatti; BEÇAK, Rubens. Reforma política, aprofundamento dos meios de participação democrática e a questão do *recall*. *Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 136-156, 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/1109/pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004.

\_\_\_\_\_. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 689-720, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v49n4/02.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

NICOLAU, Jairo Marconi; SCHMITT, Rogério Augusto. Sistema eleitoral e sistema partidário. *Lua nova*, [S.l.], v. 36, n. 95, p. 129-201, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a08n36.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

PEREIRA, Carlos; RENNÓ, Lucio. Successful reelection strategies in Brazil: the electoral impact of distinct institutional incentives. *Electoral Studies*, [S.l.], v. 22, n. 3, p. 425-448, 2003.

RAE, Douglas W. *The political consequences of electoral laws*. New Haven: Yale University Press, 1970.

SAMUELS, David J. Incentives to cultivate a party vote in candidate-centric electoral systems: evidence from Brazil. *Comparative Political Studies*, [S.l.], v. 32, n. 4, p. 487-518, June 1999.

SANTOS, Fabiano. Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 1, p. 111-138, 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581999000100006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000100006)>. Acesso em: 11 jul. 2018.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Tradução de Roberto Ramón Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SERRA, José. *Reforma política no Brasil*. São Paulo: Siciliano, 1995.

SPECK, Bruno Wilhelm; MANCUSO, Wagner Pralon. O que faz a diferença?: gastos de campanha, capital político, sexo e contexto municipal nas eleições para prefeito em 2012. *Cadernos Adenauer*, [S.l.], v. 14, n. 2, p. 109-126, 2013. Disponível em: <<http://www.kas.de/wf/doc/10389-1442-5-30.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

TAVARES, José Antonio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégias*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.



# Proteção internacional dos migrantes

Entre prerrogativas e obrigações dos Estados

JAHYR-PHILIPPE BICHARA

**Resumo:** O mundo entrou numa nova era de migrações internacionais, caracterizada pela sua intensificação e o aumento constante da presença de migrantes nos territórios dos Estados de destino. Esse fenômeno constitui um desafio para a sociedade internacional: a necessidade de conciliar o respeito da soberania territorial dos Estados e as obrigações internacionais inerentes à proteção dos direitos dos migrantes. Neste texto, observa-se que as jurisdições internacionais e outras organizações internacionais têm dado maior atenção à efetividade dos tratados que versam sobre a matéria – assinalando, desse modo, uma notável evolução do Direito Internacional, que condiciona aos compromissos convencionados o exercício das prerrogativas dos Estados nas questões relativas à admissão e ao tratamento dos migrantes.

**Palavras-chave:** Migração. Direito Internacional. Direitos dos migrantes. Responsabilidade internacional.

## 1. Introdução

O mais recente relatório da Divisão de População do Departamento dos Assuntos Econômicos e Sociais do Secretariado das Nações Unidas indica que o número de migrantes internacionais tem crescido constantemente desde 1990 e em 2017 chegou a 257,7 milhões o número de pessoas que se encontram fora dos seus países de nacionalidade (UNITED NATIONS, 2017, p. 1). Desse total, 57% dos migrantes vivem em países desenvolvidos, ao passo que 43% vivem em países em desenvolvimento. O relatório aponta que, desde 2000, os países do Hemisfério Sul têm sido o destino dos migrantes, representando um aumento de 2,6% até 2010 e

Recebido em 17/4/18  
Aprovado em 26/6/18

de 3,2% entre 2010 e 2017. Isso demonstra que, a despeito do caráter economicamente atrativo dos países desenvolvidos, a intensificação dos movimentos migratórios concerne também à relação Sul-Sul, com destaque para a Ásia, que supera a Europa e a América do Norte em termos de acolhimento de migrantes, com 31 milhões de pessoas entre 1990 e 2017 (UNITED NATIONS, 2017, p. 2-3).

Entre as diversas causas do expressivo aumento das migrações internacionais nos últimos anos, duas categorias são comumente apontadas: a primeira é a motivada pelo exercício da *liberdade de escolha*: alguém deixa seu Estado de origem por outro para satisfazer à própria vontade, para buscar melhores oportunidades de trabalho, negócios, comércio, ou até mesmo questões relativas a uma viagem meramente recreativa. A outra categoria é o exato oposto: é a migração *compulsória*, consequência de um tipo de perseguição que torne insustentável a permanência da pessoa no seu Estado de origem e a leve a emigrar em busca de proteção (NATIONS UNIES, c2018).<sup>1</sup>

Esses fatos antropológicos já eram assinalados por Emer de Vattel que, ao defender o direito à emigração, observa, no seu *Direito das Gentes*, que desde os primórdios pessoas se deslocavam de um território para outro à procura de subsídios alimentícios ou fugindo de ambientes hostis (VATTEL, 2004, p. 151-152). Existiria, desse modo, um direito natural das pessoas de deixar seu país de origem e de a

ele regressar de acordo com sua conveniência que transcenderia a vontade discricionária do Estado, o qual não poderia criar obstáculos à partida das pessoas, desde que estas cumprissem as formalidades administrativas de identificação.

Tal direito natural encontra-se consagrado no art. 13 (2) da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que prescreve: “Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar” (NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 8).<sup>2</sup> Esse direito, que tem cunho apenas recomendatório para os Estados-partes na Declaração, foi reiterado de forma mais constringente pelo art. 12, § 2º, do Pacto Relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 1966, no qual foi estabelecido que: “Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país” (NATIONS UNIES, 1983, p. 176, tradução nossa). No plano regional, o mesmo direito está consagrado no art. 22 (2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)<sup>3</sup>; no artigo 12 (2) da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1981)<sup>4</sup>; e, no sistema europeu, no art. 2º do Protocolo nº 4

<sup>2</sup>A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A(III), pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) (NAÇÕES UNIDAS, 2009).

<sup>3</sup>A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 22 de novembro de 1969, e seu art. 22 (2) dispõe: “Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. [8], tradução nossa).

<sup>4</sup>A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, adotada em 1981, entrou em vigor em 21/10/1986. Seu artigo 12 (2) dispõe: “Toda pessoa tem o direito de sair de qualquer país, inclusive o seu, e de regressar ao seu país” (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1981, p. [3]).

à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950. Nesse dispositivo é reconhecida a liberdade de circulação de qualquer pessoa regularmente presente no território de um Estado-parte, assim como a liberdade de deixar qualquer país, inclusive o seu (UNION EUROPÉENNE, 1963).

Entretanto, o direito universalmente reconhecido de partir não implica o direito de entrar e permanecer em outro Estado, que opõe suas prerrogativas em matéria de controle migratório. Fundado no princípio da soberania, o Estado de destino exerce efetivamente seu direito de controlar o acesso ao seu território por meio de uma legislação pertinente e do auxílio de uma polícia administrativa, em conformidade com os compromissos internacionais assumidos no que atine aos dos direitos dos migrantes, sejam eles regulares ou irregulares (NATIONS UNIES, c2018).<sup>5</sup>

A evolução do Direito Internacional do último século e do início deste, assim como a atuação das mais diversas organizações internacionais, apontam que os direitos dos migrantes são regidos por uma grande quantidade de tratados que ordenam a mobilidade das pessoas de um Estado para outro. Os tratados celebrados tanto no âmbito da proteção dos direitos humanos como no âmbito das relações econômicas interestatais contribuíram indiscutivelmente para a intensificação da circulação das pessoas, que veem seus direitos amparados no plano internacional, de modo que pesam sobre os Estados obrigações inerentes ao respeito dos direitos dos estrangeiros presentes no seu território.<sup>6</sup>

Assim, a proliferação dos instrumentos internacionais que versam sobre as migrações teria mudado a consistência do Direito Internacional a ponto de formar um novo ramo: o Direito Internacional das Migrações. Para alguns, a denominação da disciplina não tem o propósito de destacar a sua autonomia em relação ao Direito Internacional geral, mas persegue uma finalidade pedagógica que consiste no exercício de identificação, na ordem internacional, do conjunto de normas pulverizadas que regem o deslocamento das pessoas de um Estado para outro, com o intuito de se estabelecer temporária ou demoradamente (CHETAIL, 2007, p. 19-20).<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup>Diferentemente de *migrante regular*, a designação *migrante irregular* refere-se àquele que se encontra em situação de ilegalidade no país de origem, de trânsito ou de destino, seja porque entrou irregularmente no território de um Estado, seja porque sua permanência foi além da duração de validade do título de estadia, seja ainda porque não cumpriu uma medida de afastamento.

<sup>6</sup>Não se faz aqui uma distinção entre migrante e estrangeiro, pois trata-se de duas facetas de uma mesma realidade, isto é, a presença de um indivíduo em território de um Estado que não é o de sua nacionalidade.

<sup>7</sup>No mesmo sentido, ver Opeskin, Perruchoud e Redpath-Cross (2014, p. 8-9).

Sob o ponto de vista da fragmentação do Direito Internacional e da reflexão da Comissão de Direito Internacional sobre o assunto, o Direito Internacional das Migrações poderia resultar da “aparição de regras ou conjunto de regras, de instituições jurídicas e de domínios de práticas jurídicas especializadas e (relativamente) autônomas” em resposta “às exigências de um mundo pluralista”, se queremos nos arriscar nessa linha de raciocínio (NATIONS UNIES, 2012, p. 183-185, tradução nossa). O estudo da materialidade do Direito Internacional das Migrações e de sua autonomia consistiria, pois, na identificação de suas fontes, suas instituições e de uma jurisprudência.

Porém, não obstante os indícios evolutivos do Direito Internacional em relação à regência das migrações, não se pode afirmar que existe hoje tal disciplina específica.

Afastando-se dessa nomenclatura, prioriza-se aqui uma reflexão sobre a aplicabilidade de um corpo de regras, essencialmente convencional, que tem como escopo os direitos subjetivos dos migrantes em contexto de crescente mobilidade das pessoas no planeta. Ver-se-á, assim, que a gestão do fenômeno migratório internacional, que preocupa a sociedade internacional na atualidade, advém de uma construção voluntária dos Estados que consentem, por meio de ratificações de tratados, em cooperar na ordenação dos fluxos migratórios em um processo de governança global dos movimentos. Se o princípio da soberania presume a liberdade do Estado de definir sua política migratória de forma unilateral, esse princípio está superado pelas exigências das relações diplomáticas e econômicas internacionais, assim como pela obrigação moral de prestar assistência às pessoas que sofrem algum tipo de perseguição nos seus países de origem ou durante a migração.

## 2. A relativa soberania do Estado em matéria de controle migratório

*Ab initio*, a competência do Estado em matéria de gestão de fluxos migratórios manifesta-se pela sua capacidade jurídica de exercer suas prerrogativas na condição de sujeito do Direito Internacional. De origem costumeira, o princípio da soberania é norma internacional que prescreve que o Estado detém plena e inteira jurisdição sobre seu território e sua população (CARREAU; BICHARA, 2016, p. 437-438). Aplicado aos movimentos migratórios, significa dizer que o Estado teria o poder absoluto e incontestável para decidir sobre regras de admissão, tratamento e condições de saída dos seus imigrantes, eventualmente por meio da força. Entretanto, o exercício dessas prerrogativas encontra ponderações notáveis nas relações diplomáticas, cujas regras disciplinam a coexistência entre Estados soberanos, permitindo a proteção dos seus respectivos nacionais, e também no Direito Internacional de modo geral.

### 2.1. Os limites postos pelo direito de legação

Quando se reconhecem mutuamente, os Estados o fazem em razão do respeito ao princípio da soberania e das regras de convivência internacional. Essas relações interestatais são regidas pelo direito de legação – um direito consuetudinário internacional de enviar e receber representantes diplomáticos com o intuito de facilitar o diálogo entre Estados e promover relações amistosas, propícias ao desenvolvimento de relações econômicas, culturais e científicas. Assim, a diplomacia constitui, segundo a Corte Internacional de Justiça (CIJ), uma instituição que deve favorecer a resolução pacífica de controvérsias, assim como a proteção e a assistência dos

nacionais presentes em território de outro Estado (NATIONS UNIES, 1979). Nessa óptica, observa-se que os diplomatas representam uma categoria de migrantes submetidos a um regime jurídico diferente do regime comum aplicável aos seus compatriotas que ingressem no mesmo Estado. Com efeito, a Convenção de Viena, celebrada em 18/4/1961, sobre relações diplomáticas (NATIONS UNIES, 1965, p. 95), e a Convenção de Viena sobre relações consulares, assinada em 24/4/1963 (NATIONS UNIES, 1970, p. 267), instituem um sistema de proteção aos representantes de Estados no exterior baseado nos princípios da inviolabilidade e da imunidade jurisdicional, cabendo ao Estado receptor uma obrigação de proteção do pessoal diplomático e consular, assim como dos seus bens.<sup>8</sup> Na perspectiva da nossa reflexão, a leitura que se faz dessas convenções é relativa às regras protetivas do pessoal diplomático e consular e as suas funções em relação aos seus nacionais presentes no Estado de destino. Basicamente, a admissão de missões diplomáticas e repartições consulares com seus integrantes são submetidas às regras do consentimento mútuo e aos procedimentos de expedição desses consentimentos. No caso das relações diplomáticas, requer-se a autorização (*agrément*) do Estado de recepção (Estado acreditado) para permitir a entrada e atribuir aos representantes diplomáticos e seus parentes as imunidades e os privilégios, ao passo que no caso das relações consulares o mesmo ato é qualificado de *exequatur*.<sup>9</sup>

<sup>8</sup>Sobre a aplicação desses tratados, ver Nations Unies (1980, p. 3). No caso, foi reconhecida a violação pela República Islâmica do Irã da obrigação de proteção do pessoal diplomático e consular americano sequestrado por manifestantes em 1979.

<sup>9</sup>Arts. 2<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup>, § 1<sup>a</sup>, da Convenção de Viena de 1961 sobre as relações diplomáticas (NATIONS UNIES, 1965), e os arts. 2<sup>a</sup> e 10 da Convenção de Viena de 1963 sobre relações consulares (NATIONS UNIES, 1969).

A admissão desses migrantes “oficiais” é premissa indispensável para permitir o exercício das missões de representação soberana e da proteção dos interesses dos Estados de envio, assim como a missão de assistência dos nacionais do Estado de envio no Estado receptor. É o que prescreve, por exemplo, o artigo 5<sup>o</sup> (a) da Convenção de Viena de 1963, que prevê, entre outras funções consulares, a de: “proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo Direito Internacional”.

No limiar deste século, a CIJ teve que se pronunciar sobre a proteção de migrantes com base na Convenção de Viena de 1963, no intuito de compelir o Estado de recepção a cumprir com suas obrigações relativas ao direito das repartições consulares de serem notificadas da prisão do seu nacional no território do Estado de recepção, e ao direito de oferecer proteção e assistência ao seu cidadão detido, encarcerado ou preso, conforme dispõem os artigos 5<sup>o</sup> e 36, § 1<sup>o</sup>, da Convenção de Viena de 1963. Mais precisamente, a CIJ devia posicionar-se sobre o direito individual do migrante de ser informado sobre seu direito de ter a assistência consular do seu Estado de origem, conforme estabelece o artigo 36, § 1<sup>o</sup>, *b*, da Convenção de 1963 (NATIONS UNIES, 1969).

É o que resulta, por exemplo, da sentença da CIJ, de 27/6/2001, relativa ao caso LaGrand (NATIONS UNIES, 2001, p. 466). Nesse contencioso, a Alemanha acusou os Estados Unidos da América (EUA) de terem violado os seguintes dispositivos: o artigo 5<sup>o</sup> da Convenção de Viena de 1963, que dispõe sobre os objetivos das funções consulares; o artigo 36 da mesma Convenção, que trata do direito de comunicar-se com seu nacional detido ou preso; e o artigo 36, § 1<sup>o</sup>, *b*, que estabelece o direito do preso de receber assistência de sua

repartição consular. Na espécie, Karl e Walter LaGrand, nacionais alemães, que viviam nos EUA permanentemente desde 1967, foram presos, acusados e condenados por uma tentativa de assalto à mão armada a um banco do estado do Arizona e pelo homicídio do gerente. A CIJ, ao condenar os EUA, considerou que o réu impediu que a Alemanha exercesse seu direito de proteção consular em benefício dos seus nacionais pelo fato de não ter sido oportunamente notificada da prisão dos irmãos LaGrand (§§ 73 e 74) (NATIONS UNIES, 2001, p. 491-492). Quanto à questão de saber se o artigo 36, § 1º, *b*, constituía um direito individual, a Corte constatou que o dispositivo consubstanciava uma obrigação internacional do Estado de destino em relação à pessoa detida e devia, conseqüentemente, comunicar, sem demora, o seu direito a uma assistência consular do seu Estado de origem (§ 77) (NATIONS UNIES, 2001, p. 494).

Três anos depois, a CIJ condenou novamente os EUA pela violação dos mesmos dispositivos da Convenção de 1963, em contencioso contra o México, que alegou, na sua ação, que os EUA transgrediram os artigos 5º e 36 da Convenção, ao não permitir que seus funcionários consulares exercessem suas missões de assistência a 52 cidadãos mexicanos detidos, encarcerados e condenados à pena de morte (NATIONS UNIES, 2004a, p. 12). Na ocasião, a CIJ reiterou que as autoridades do Estado de recepção, que atuam na detenção de estrangeiros, têm a obrigação de comunicar o direito à assistência consular consignada no artigo 36, § 1, *b*, e que toda violação a tal dispositivo tem como consequência uma violação do direito do Estado de origem de oferecer proteção consular ao seu nacional (§§ 63, 90 e 102) (NATIONS UNIES, 2004a). Verificada a violação dos EUA na grande maioria dos casos de apenados mexicanos apresentados, a Corte estabeleceu que a reparação se deve dar de forma adequada pelo comprometimento do réu em adotar medidas para não repetir a transgressão dos dispositivos visados e pelo comprometimento de permitir o reexame e revisão dos veredictos de condenação dos mexicanos, segundo as modalidades escolhidas por ele.<sup>10</sup>

Com efeito, a admissão e, principalmente, o tratamento de migrantes no Estado de destino não podem fazer abstração das relações diplomáticas e consulares regidas pelo Direito Internacional, nem do imperativo de coexistência entre Estados imposta pela vida internacional, de modo que a via diplomática é o meio pelo qual os Estados comunicam as modalidades de entrada dos nacionais do outro Estado de envio. Na prática, recorre-se à troca de notas diplomáticas, ações de natureza administrativa sobre assuntos que dizem respeito aos pedidos de vistos ou

---

<sup>10</sup> Para uma decisão no mesmo sentido, ver Nations Unies (2010, p. 639).



de sua dispensa, por exemplo. Em outros termos, a diplomacia representa um instrumento de regulação dos fluxos migratórios, cabendo aos Estados definir as modalidades administrativas de entrada e garantir direitos mínimos aos estrangeiros no seu território.

## **2.2. O exercício das prerrogativas legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado de destino**

Tradicionalmente, os Estados editam suas próprias leis de controle de admissão e permanência dos estrangeiros no seu território. Nesse sentido, Varlez (1927, p. 287-288), no início do século XX, observa que as migrações internacionais são regidas principalmente por regramentos nacionais na linha clássica do Estado-nação que exerce sua soberania territorial e que em matéria de controle migratório atua de acordo com seus interesses econômicos, numa sistemática restritiva em termos de quantidade (cotas) e qualidade (discriminação racial) dos migrantes, a exemplo dos EUA em 1924. Seu estudo apresenta nuances entre legislações absolutamente repulsivas em relação a determinados migrantes, e outras atrativas, como era o caso da Austrália, do Brasil ou do Canadá, que estimulavam a entrada de estrangeiros à época (VARLEZ, 1927, p. 298-300).

Essa concepção mudou. As legislações atuais contemplam as condições de entrada, os requisitos para permanecer, a duração de permanência no território e a saída dos migrantes do Estado de destino em consonância com os tratados que promovem a mobilidade por motivos econômicos ou proteção dos direitos humanos.

No direito brasileiro, a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) apresenta inovações no sentido do alinhamento às convenções internacionais firmadas pelo Estado em

matéria de proteção de refugiados, apátridas ou em matéria de cooperação jurídica internacional (BRASIL, 2017a). Nessa lei, observa-se que o tratamento administrativo dado aos migrantes, na sua entrada, permanência e saída, embora seja de competência do Estado de destino, segue as diretrizes do Direito Internacional, que molda o direito interno sob o controle jurisdicional interno, que deve garantir o respeito dos direitos dos migrantes.

Sob o ponto de vista administrativo, a legislação nacional define quais são as autoridades competentes para apreciar as demandas de título de entrada. Elas exercem a função qualificativa do migrante para saber se ele tem estatuto de turista, estudante, comerciante, trabalhador, refugiado, apátrida ou asilado. Nesse sentido, as repartições consulares desempenham papel importante no país de origem, ao passo que a polícia das fronteiras, no país de destino, exerce controle que visa a assegurar a segurança do espaço territorial pela fiscalização dos títulos de identidade e vistos que habilitam à entrada.<sup>11</sup> Definem-se também as autoridades competentes para emitir as autorizações de trabalho dos migrantes ou apreciar as demandas de refúgios ou de estatuto de apátrida, quando o migrante já se encontra no território, às vezes de modo irregular. No Brasil, observa-se que persiste uma indefinição quanto à competência do Comitê Nacional dos Refugiados (Conare) para as questões relativas às demandas de estatuto de apátrida (BICHARA, 2017, p. 239).

A prerrogativa administrativa do Estado pode manifestar-se também por ato de confinamento do migrante em espaço apropriado

---

<sup>11</sup>No direito brasileiro, a fiscalização é realizada de acordo com o art. 38 da Lei de Migração que dispõe: "As funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteira serão realizadas pela Polícia Federal nos pontos de entrada e de saída do território nacional" (BRASIL, 2017a).

do, por tempo limitado, até que a autoridade competente se pronuncie sobre seu direito de permanência no território. Com efeito, não é incomum que as autoridades de polícia pratiquem a retenção de migrantes até a obtenção da decisão do órgão incumbido de apreciar a demanda de refúgio. Porém, o Estado de destino não é absolutamente livre para deportar, mesmo em caso de ilicitude, uma vez que a deportação encontra no Direito Internacional importante limitação com o princípio de *non-refoulement* (não devolução) consagrado nos tratados. Esse princípio obriga o Estado a acolher e a não deportar uma pessoa que corre sérios riscos de vida ou de maus-tratos no seu país de origem.<sup>12</sup> Nesse ponto, duas condenações podem ilustrar essa importante limitação.

Em primeiro lugar, a condenação do Estado Plurinacional de Bolívia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por ter transgredido as regras internacionais inerentes à proteção dos refugiados, notadamente o princípio de não devolução, quando expulsou a família Pacheco Tineo para seu país de origem (o Peru), sem apreciar seu pleito, tampouco lhe dar a oportunidade de recorrer judicialmente contra ato de expulsão (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2013). Nesse caso, a CIDH considerou que a Bolívia violou o artigo 22.8 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que veda aos Estados-partes a expulsão de uma pessoa que corre algum risco de vida ou de privação de liberdade pessoal, em consonância com a Convenção de Genebra

de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo, de 1967. Em segundo lugar, menciona-se a jurisprudência consolidada da Corte Europeia de Direitos Humanos que visou a coibir riscos de tratamentos desumanos e degradantes praticados por Estados, nos termos do artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950. Em se tratando de migrante, o acórdão de 7/7/1989, no *Caso Soering contra Reino Unido*, constituiu um precedente, quando a Corte não permitiu a extradição do Sr. Soering do Reino Unido (RU) para o estado da Virgínia, EUA, para cumprir pena de morte pelos homicídios dos pais da namorada, considerando que o tempo de espera no “corredor da morte” e os riscos de maus-tratos no estabelecimento penitenciário americano seriam assimiláveis a tratamentos desumanos e degradantes (UNION EUROPÉENNE, 1989). Nesse acórdão, a Corte estendeu a aplicação do artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos a um Estado não parte (EUA), decidindo que um Estado-parte (RU) não pode extraditar uma pessoa para outro Estado onde correria riscos de tortura ou tratamentos desumanos e degradantes. A limitação à soberania do Estado em matéria de controle migratório verificou-se posteriormente em numerosos casos no mesmo sentido. Foi notadamente o caso da vedação da expulsão pelo RU de um separatista sikh para a Índia, em razão dos riscos reais e sérios de o expulso ser submetido à tortura, a tratamentos desumanos e degradantes no Estado de destino (UNION EUROPÉENNE, 1996).

Vê-se, portanto, que, embora exerça suas prerrogativas no controle migratório, o Estado o faz em obediência às obrigações internacionais, sob pena sofrer condenações. Em outros termos, os Estados assumem a responsabilidade conjunta de proteção internacional dos migrantes fundada em obrigações internacionais

<sup>12</sup>Por exemplo, nos termos do art. 33, § 1º, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, “nenhum dos Estados Partes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas” (NATIONS UNIES, 1954, p. 175).

que regem os direitos de cunho econômico dos migrantes ou dos direitos daqueles que migram em virtude de perseguição.

### **3. A regência dos direitos dos migrantes por motivos econômicos**

Na perspectiva da regência dos direitos dos migrantes por motivos econômicos, o objetivo dos Estados consiste em proporcionar a livre circulação das pessoas entre territórios com a finalidade de garantir-lhes a possibilidade de desenvolver suas atividades econômicas ou de trabalhar no exterior como assalariadas. Os tratados celebrados nesse sentido devem permitir que o migrante possa atuar profissionalmente no Estado de destino sem sofrer nenhuma restrição em razão de sua nacionalidade que possa lhe causar prejuízo no exercício dos seus direitos.

#### **3.1. Direitos dos migrantes nas organizações de integração regional**

Não se aborda aqui a situação dos imigrantes irregulares que entram nos territórios dos Estados-membros de uma organização de integração regional, uma vez que essa questão é enfrentada, via de regra, de modo unilateral pelo Estado, numa perspectiva de controle migratório. Tratar-se-á das regras que regem a circulação interna de pessoas nacionais de Estados-membros de uma organização de integração regional e de seus direitos.

Observa-se atualmente um número considerável de organizações internacionais de integração cujas normas de funcionamento comportam dispositivos relativos à livre circulação de pessoas para exercer suas atividades (IGLESIAS SÁNCHEZ, 2015, p. 223). A União Europeia (UE) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul) são dois exemplos.

Com 28 Estados-membros, a UE é uma organização internacional ímpar quanto à integração econômica regional e à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. O Tratado de Lisboa, assinado em 13/12/2007, prevê no seu primeiro instrumento, intitulado Tratado da União Europeia, que a União é fundada nos valores do respeito à dignidade humana, à liberdade, à democracia, à igualdade e ao respeito à proteção dos direitos humanos (UNION EUROPÉENNE, 2007).

Assim, ultimamente, o projeto de construção de um espaço econômico aberto e liberal entre os Estados-membros iniciado em 1957 com a criação de Comunidade Econômica Europeia (CEE) evoluiu para uma ideia de mercado comum onde os direitos fundamentais humanos são colocados como requisitos e objetivos primários entre os Estados-

membros. É o que se depreende do artigo 3º do Tratado da União Europeia, que dispõe que a UE é concebida como um mercado interno, numa perspectiva de desenvolvimento sustentável onde a paz, o bem-estar dos seus povos, a livre circulação de pessoas, em adequação às medidas relativas ao controle de suas fronteiras, da imigração e do asilo, são objetivos claramente delineados.<sup>13</sup>

Nesse mercado comum e nos termos do tratado em apreço, os nacionais dos Estados-membros têm a cidadania europeia.<sup>14</sup> A atribuição dessa cidadania é reiterada no segundo instrumento do Tratado de Lisboa – o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – segundo o qual os cidadãos europeus gozam de direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos tratados; entre outros direitos, o de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros (UNION EUROPÉENNE, 2008).<sup>15</sup>

A livre circulação dos nacionais dos Estados-membros da União é, por conseguinte, a pedra angular do direito dos migrantes de Estados-membros no seio do mercado europeu; cabe aos Estados criar condições favoráveis ao exercício dos direitos relativos a trabalho, livre estabelecimento, comércio, entre outros aspectos da vida econômica da UE (CARLIER, 2007, p. 244).

De acordo com o artigo 45 do TFUE (UNION EUROPÉENNE, 2008), a livre circulação é garantida aos trabalhadores de cidadania europeia, sendo proibida qualquer forma de discriminação em razão da nacionalidade no que diz respeito ao emprego, à remuneração e às condições de trabalho. A livre circulação dos trabalhadores na UE implica o direito de deslocar-se livremente até o destino do emprego e lá eleger residência. Atento aos direitos dos trabalhadores migrantes, o Parlamento Europeu e o Conselho podem legislar no sentido de assegurar-lhes direitos sociais (seguro-desemprego e previdência) (UNION EUROPÉENNE, 2008).<sup>16</sup>

Quanto às profissões liberais, os Estados-membros não podem adotar restrições ao direito de estabelecimento consagrado pelo artigo 49 do TFUE (UNION EUROPÉENNE, 2008). Esse direito de estabelecimento concerne às atividades assalariadas, o direito de constituir empresas, no respeito da legislação do país de destino. A liberdade de empreender deve ser estimulada pela UE, que toma todas as medidas destinadas à eliminação das restrições nacionais ao estabelecimento

---

<sup>13</sup> Art. 3º do Tratado da União Europeia.

<sup>14</sup> Art. 9º do Tratado da União Europeia.

<sup>15</sup> Arts. 20, 21 e 26 (2) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2007.

<sup>16</sup> Art. 46 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2007.

de um cidadão europeu. Uma delas consiste em estabelecer o reconhecimento mútuo dos diplomas, certificados e título necessários ao exercício de determinadas profissões liberais (UNION EUROPÉENNE, 2008).<sup>17</sup>

Por fim, um capítulo é dedicado à liberdade de prestação de serviço no mercado europeu no sentido de permitir a realização de uma prestação no território do beneficiário por um prestador de nacionalidade de outro Estado-membro (UNION EUROPÉENNE, 2008).<sup>18</sup> Essas prestações são de natureza comercial, industrial, artesanais ou resultantes de profissões liberais.

Percebe-se que a mobilidade das pessoas na UE é pilar importante do funcionamento da organização internacional para a consecução do seu objetivo maior, o desenvolvimento econômico embasado no liberalismo. Porém, o direito de circular e de se estabelecer num Estado-membro da UE está condicionado à comprovação dos meios de subsistência, de modo a não sobrecarregar os sistemas nacionais de assistência social (CARLIER, 2007, p. 245).

Quanto ao controle das fronteiras, o TFUE (UNION EUROPÉENNE, 2008) estabelece a ausência de qualquer controle nas fronteiras internas da União, de modo a permitir o trânsito livre das pessoas, conforme dispõe o artigo 77, mas coordena o controle e a vigilância das fronteiras externas por meio do Acordo Schengen, de 1985 (UNION EUROPÉENNE, 2000).<sup>19</sup>

Vale ressaltar que, a despeito da prerrogativa dos Estados-membros na gestão da imigra-

ção de nacionais de Estados-terceiros, consta dos artigos 78 e 79 do TFUE que a UE promove uma política comum de imigração no intuito de garantir uma gestão eficaz dos fluxos migratórios com uma atenção particular nas questões relativas à imigração irregular, ao tráfico de pessoas e aos refugiados.<sup>20</sup>

Na América do Sul, o Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, estabelece as modalidades de criação do mercado comum originariamente entre quatro Estados, pautado na livre circulação dos bens, serviços e fatores produtivos entre seus territórios (artigo 1º). Esse dispositivo não contempla expressamente a livre circulação das pessoas, de modo que o Conselho do Mercado Comum (CMC), para avançar no processo de integração regional, teve que suprir essa lacuna do tratado constitutivo, por meio da Decisão nº 12/1991, de 17/12/1991, em que se obriga os Estados-membros a facilitar o trânsito internacional dos cidadãos do Mercosul e dos residentes em Estados-partes (MERCADO COMUM DO SUL, 1991). Essa liberdade de circulação foi acompanhada, dez anos depois, da liberdade de estabelecer residência para os nacionais dos Estados-membros, conforme foi estabelecido no Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-partes do Mercado Comum do Sul, Bolívia e Chile, na condição de Estados associados, aprovado por Decisão do

<sup>20</sup> Concretamente: o Regulamento 539/2001, de 15/3/2001 (UNION EUROPÉENNE, 2001), fixando a lista dos países-terceiros cujos nacionais estão sujeitos à apresentação do visto para ingressar na União Europeia e a lista dos países-terceiros isentos de tal obrigação; o Regulamento 343/2003 (Dublin II), de 18/2/2003 (UNION EUROPÉENNE, 2003), estabelecendo os critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pelo exame da demanda de refúgio apresentada por um nacional de Estado-terceiro; a Diretiva 83/2004, de 29/4/2004 (UNION EUROPÉENNE, 2004), relativa aos requisitos mínimos a serem preenchidos pelos nacionais de países-terceiros e os apátridas para requerer o estatuto de refugiado, ou de outras pessoas que necessitem de proteção internacional.

<sup>17</sup> Art. 53 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2007.

<sup>18</sup> Art. 56 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2007.

<sup>19</sup> Acordo de Schengen, de 14/6/1985, e acordo de 19/6/1990 relativo à supressão do controle das fronteiras comuns entre Estados-membros da UE.

CMC, nº 28/2002 (MERCADO COMUM DO SUL, 2002). Esse direito fundamenta-se na comprovação da nacionalidade de um dos Estados-membros. Todo migrante “mercosulino” tem o direito de residir em outro Estado do Mercosul, e desse direito decorrem outros, como o de exercer qualquer atividade por conta própria ou por conta de terceiros. Contudo, o direito de residir não é automático e está submetido ao controle das autoridades nacionais de controle migratório, a quem se apresentam os documentos comprobatórios de identidade para obter um direito de permanência de dois anos (MERCADO COMUM DO SUL, 2002).<sup>21</sup>

A livre circulação das pessoas para fins de trabalho em outro Estado-membro pressupõe que elas tenham seus direitos sociais garantidos. Para tanto, o CMC adotou o Acordo Multilateral de Previdência Social, o qual entrou em vigor em 2005 (MERCADO COMUM DO SUL, 1997). Essa normativa visa a garantir o direito à seguridade social das pessoas que trabalham em qualquer Estado-membro do Mercosul. Cabe menção à Declaração Sociolaboral do Mercosul, adotada em 1998 e revisada em 2015, a qual consiste no comprometimento dos Estados do Mercosul em garantir os direitos dos trabalhadores, reconhecidos universalmente no plano do Direito Internacional geral. Relativamente aos trabalhadores migrantes, seu artigo 7º prevê que todos, independentemente de sua nacionalidade, têm direito à assistência, à informação, à proteção e à igualdade de direitos e condições de trabalho, bem como direito às mesmas prestações de serviços públicos oferecidos aos nacionais do Estado onde estiverem exercendo suas atividades.

### **3.2. Direitos dos trabalhadores migrantes no plano global**

A questão do disciplinamento das migrações por motivos econômicos foi abordada, inicialmente, em relação aos trabalhadores migrantes. No Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por exemplo, manifesta-se a preocupação da comunidade internacional com a “defesa dos interesses dos empregados no estrangeiro” (ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, 2010, p. 5, tradução nossa). Posteriormente, conforme Chetail, os direitos dos trabalhadores migrantes passaram a ser contemplados nos Estados de destino por numerosos instrumentos (convenções e recomendações) adotados sob os auspícios da OIT, seja de forma indireta na sua condição de trabalhador, seja de forma específica na condição de migrante (CHETAIL, 2007, p. 120-122).

---

<sup>21</sup> Arts. 4 e 6 do Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile.

De forma específica, dois tratados podem ser destacados: a Convenção nº 97, sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1949, e a Convenção nº 143, de 1975 (ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, 1952, 1978), também sobre Trabalhadores Migrantes, com disposições complementares.<sup>22</sup>

A Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1949, foi um dos primeiros instrumentos internacionais relevantes de proteção dos migrantes a colocar os Estados-membros da OIT diante da responsabilidade de garantir direitos mínimos para “toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego” (ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, 1952).<sup>23</sup> Assim, o artigo 2º da Convenção obriga os Estados-partes a disponibilizar aos trabalhadores migrantes um serviço gratuito de assistência, oferecendo-lhes informações exatas quanto à oferta de emprego no mercado nacional. Por sua vez, o artigo 4º prevê que “nos casos apropriados devem ser tomadas medidas por cada Membro, nos limites da sua competência, com vistas a facilitar a partida, viagem e acolhimento dos trabalhadores migrantes” (ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, 1952). Os direitos assegurados aos trabalhadores migrantes concernem essencialmente uma condição de existência digna no Estado de destino. Por isso, o Estado compromete-se a assegurar aos trabalhadores migrantes e às suas famílias a assistência médica, no momento da partida e da chegada, além das condições de higiene adequadas durante todo o processo migratório.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> A primeira Convenção foi ratificada por 49 Estados, ao passo que a segunda teve 23 ratificações nessa data.

<sup>23</sup> Art. 11 da Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1949.

<sup>24</sup> Art. 5º da Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1949.

Uma vez no país de migração, o trabalhador não deve sofrer nenhum tipo de discriminação em razão de sua nacionalidade, raça, religião ou sexo, no que diz respeito à remuneração, à filiação sindical, ao alojamento, às contribuições relativas ao trabalho ou ainda ao acesso à justiça.<sup>25</sup> Ao trabalhador migrante admitido a título permanente é assegurado que nem ele nem seus familiares podem ser reenviados para seus Estados de origem, a não ser que assim desejem ou se houver acordos internacionais entre Estados-membros que o prevejam.<sup>26</sup> Nesse ponto, a Convenção nº 97 evoca que os Estados detêm direitos e podem concluir acordos entre países de imigração e países de emigração para regular os fluxos migratórios entre si, principalmente quando existe quantidade considerável de imigrantes.<sup>27</sup>

A Convenção nº 143 complementou a Convenção nº 97 para consolidar a proteção do trabalhador migrante quanto às migrações clandestinas e ao emprego ilícito no território do Estado.<sup>28</sup> Depois de reiterar o comprometimento dos Estados em respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, a Convenção nº 143 acrescenta novas obrigações relativas às migrações em condições abusivas, de modo que os Estados-partes devem adotar medidas nacionais para combater e suprimir as migrações clandestinas, o emprego ilegal de migrantes e o tráfico de mão de obra.<sup>29</sup> Para tanto, exige-se dos Estados um controle maior sobre seus fluxos migratórios e a adoção de

<sup>25</sup> Art. 6º da Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1949.

<sup>26</sup> Art. 8º da Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1949.

<sup>27</sup> Art. 10 da Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1949.

<sup>28</sup> Arts. 2º e 3º da Convenção nº 143 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1975.

<sup>29</sup> Arts. 2º, 3º e 4º da Convenção nº 143 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1975.

uma legislação nacional destinada a sancionar administrativa e penalmente aqueles que empreguem de forma ilícita trabalhadores migrantes.<sup>30</sup>

Durante 26 anos, a OIT avançou na sua missão protetiva dos trabalhadores migrantes, adaptando-se aos novos fenômenos criminais vinculados às migrações irregulares, notadamente nas questões ligadas ao tráfico de pessoas. Desse modo, as disposições complementares da Convenção nº 143 em relação à Convenção nº 97 exigem que os Estados sejam atentos aos direitos dos trabalhadores migrantes *irregulares*, vedando qualquer tipo de discriminação no que diz respeito aos direitos assegurados aos trabalhadores migrantes *regulares* (remuneração, seguro social e outras vantagens).<sup>31</sup> Assim, nos termos do artigo 9º (2) da Convenção nº 143, ao trabalhador migrante irregular é garantido, inclusive, o direito de contestar e fazer valer seus direitos perante o órgão competente.<sup>32</sup>

Além da OIT, a proteção internacional dos migrantes por motivos econômicos encontra tutela na Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família, de 18/12/1990, assinada no âmbito da ONU, com vigência internacional desde 1º/7/2003 (NATIONS UNIES, 2004b). Assim como as mencionadas Convenções da OIT, a Convenção da ONU pretende garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes e seus familiares no território dos Estados-partes. Contudo, seu propósito é maior. De acordo com seu artigo 1(2):

A presente Convenção aplica-se a todo processo migratório dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, o qual compreende a preparação da migração, a partida, o trânsito e a duração total da estada, a atividade remunerada no Estado de emprego, bem como o regresso ao Estado de origem ou ao Estado de residência habitual (NATIONS UNIES, 2004b, p. 130).

Nota-se que o dispositivo pretende contemplar os direitos do migrante não somente no território do Estado onde exercerá sua profissão, mas no trânsito e no território do Estado de partida. A preocupação é inicialmente com seus direitos fundamentais, de forma que dos Estados-partes exige-se o respeito ao direito de deixar qualquer país, ao direito à

<sup>30</sup> Art. 6º da Convenção nº 143 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1975.

<sup>31</sup> Art. 9º da Convenção nº 143 sobre os Trabalhadores Migrantes, de 1975.

<sup>32</sup> Encontra-se a mesma preocupação no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2003). Nesse documento, a Corte afirmou que os Estados-membros da OEA devem respeitar os direitos humanos em qualquer circunstância e independentemente do estatuto migratório das pessoas, sejam elas regulares ou irregulares.



vida, bem como obrigações negativas que visam à proibição da tortura e tratamentos cruéis, à proibição de escravidão e trabalho forçado etc.<sup>33</sup>

Assim também, os Estados obrigam-se a respeitar os direitos inerentes à condição de trabalhador migrante em situação regular, como o direito de participar de atividades de sindicato, direito à segurança social, direito à transferência de seus ganhos e economias, de escolher seu emprego, direito às prestações de desemprego etc.<sup>34</sup> O grande leque dos direitos outorgados aos trabalhadores migrantes e aos seus familiares em virtude da Convenção indica que a ONU intenta contribuir para a consolidação da proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes. Nesse sentido, a Convenção prevê a instituição do Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, com a missão de monitorar o cumprimento das normas da própria Convenção, mediante apreciação de relatórios probatórios apresentados pelos Estados, que devem indicar as medidas que foram tomadas no sentido do seu cumprimento.<sup>35</sup>

Por outro lado, a Convenção das Nações Unidas preserva as prerrogativas dos Estados em matéria de gestão e controle dos fluxos migratórios, de modo que lhes é reconhecido o direito de instituir órgãos competentes para cuidar das migrações internacionais, de formular suas políticas migratórias e de trocar informações com outros Estados envolvidos nessas migrações, assim como lhes é reconhecido o direito de combater o emprego de migrantes clandestinos.<sup>36</sup>

As baixas taxas e a lentidão das ratificações, embora constantes das convenções da OIT e da Convenção da ONU relativas aos direitos dos trabalhadores migrantes, parecem demonstrar falta de interesse dos Estados em assumir tal responsabilidade internacional. Contudo, para Cholewinski (2015, p. 55-57), esse desinteresse seria um mito, uma vez que a grande maioria dos Estados celebrou pelo menos um desses instrumentos; mas ele admite que de fato há relutância quanto a assumir tal responsabilidade em razão das implicações de suas implementações em termos de adaptação ao direito interno, dos custos financeiros, das situações econômicas pouco favoráveis no plano nacional, ou ainda por

---

<sup>33</sup> Ver notadamente os arts. 8º ao 20 da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família, de 1990 (NATIONS UNIES, 2004b).

<sup>34</sup> Respectivamente os arts. 26, 27, 47, 54 da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família, de 1990 (NATIONS UNIES, 2004b).

<sup>35</sup> Arts. 72 a 74 da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família, de 1990.

<sup>36</sup> Arts. 65 e 68 da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família, de 1990.

causa das deficiências administrativas estruturais, para citar os principais obstáculos evocados.

Esses tratados de cunho econômico dos quais decorrem os direitos dos migrantes tendem a demonstrar que o desenvolvimento econômico nacional, regional – e, mais distantemente, global – implica que os Estados assumem as consequências da mobilidade das pessoas habilitadas a exercer atividades econômicas em território estrangeiro, e que o desenvolvimento dos Estados não se faz mais em detrimento daquele que não tem sua nacionalidade.

#### **4. A regência dos direitos dos migrantes por motivos de perseguição**

Vários tratados obrigam os Estados a prestar assistência a pessoas que migram para o seu território com o fim de encontrar abrigo ou melhores condições de vida. Esses tratados visam à proteção internacional dos direitos de uma categoria de migrantes, chamados de *refugiados*, em razão das perseguições sofridas no seu país de origem; outras categorias de migrantes são a dos que sofrem violências praticadas por criminalidade transnacional e a dos migrantes que sofrem, no Estado de destino, atos atentatórios aos direitos humanos.

##### **4.1. Os direitos dos refugiados no plano universal**

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28/7/1951, foi importante instrumento de proteção para as pessoas que, ao fugirem de seus países de origem, buscam abrigo em outros Estados. De acordo com art. 1º, A, (2), da Convenção, o termo *refugiado* designa qualquer pessoa:

Que em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país ou que, se não tem nacionalidade, encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (NATIONS UNIES, 1954, p. 153, tradução nossa).

Essa definição serviu ao seu contexto histórico e regional, mas não atende à variedade de situações de refúgio observadas no mundo atual. Com efeito, tal definição limita-se aos eventos anteriores a 1951, abrangendo apenas os deslocamentos efetuados no continente europeu. Tais limitações foram corrigidas pelo Protocolo Adicional de 1967, por meio do artigo 1º, que excluiu da definição de refugiado a limitação temporal (NATIONS UNIES, 1970). Outra notável contribuição do Protocolo de 1967 relaciona-se à restrição geográfica fixada na Convenção de 1951. De acordo com o art. 1º (3) do Protocolo, os Estados-partes devem aplicar as obrigações referentes aos refugiados sem qualquer limitação geográfica. Convém notar ainda que o dispositivo se refere a dois tipos de refugiados: o refugiado com perseguição comprovada e de posse de uma nacionalidade; e o refugiado migrante que, além de sofrer perseguição por uma das causas enumeradas, não tem nacionalidade comprovada e não quer (ou não pode) voltar ao país onde tinha residência habitual, conforme dispõe o artigo citado – 1º, A, (2). Trata-se do “refugiado apátrida” ou *apátrida de fato* (LAMBERT, 2014, p. 15-16). Esse tipo de migrante vê seus direitos assegurados no território do Estado de refúgio em virtude da Convenção de 1951, que

obriga os Estados-partes a acolherem os que conseguem comprovar tal qualificação.

Para o Estado de destino, o desafio consiste em cumprir sua obrigação de assistência internacional no momento do atendimento de milhares de demandas de estatuto de refugiado por pessoas que ingressaram no seu território, às vezes, de forma ilícita. O ofício de qualificação do migrante requerente da condição de refugiado obriga o Estado ao acolhimento no seu território, independentemente dos motivos reais do seu deslocamento do seu país de origem (FROUVILLE, 2012, p. 100). Essa obrigação de verificar a legitimidade da demanda do refugiado deriva do artigo 31 daquela Convenção, que determina que o Estado não pode aplicar sanções penais em razão da entrada ou permanência irregulares dos refugiados que cheguem de um território em que suas vidas estavam ameaçadas. A obrigação de admissão dos refugiados, até mesmo os que entraram irregularmente, é reforçada, por outro lado, pela obrigação de não expulsar quando há um risco a suas vidas ou liberdades, conforme artigo 33, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares.

Em suma, a conjunção dos dois instrumentos internacionais universaliza a proteção dos refugiados, restando aos Estados-partes a obrigação de garantir direitos existenciais mínimos fixados na Convenção de 1951, como a liberdade de religião, o direito à propriedade móvel e imóvel, o direito de associar-se, o direito a acessar o judiciário, o direito ao exercício de atividade remunerada, o direito à moradia, o direito à educação, para mencionar os mais importantes.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Arts. 4º e 13 a 23 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951 (NATIONS UNIES, 1954).

## 4.2. Os direitos dos migrantes vítimas de tráfico

As migrações internacionais apresentam também uma vertente criminosa que coloca os migrantes na mira de traficantes de pessoas, de tal forma que a comunidade internacional teve que atentar para uma nova forma de persecução perpetrada por organizações criminosas. Em resposta, no âmbito da ONU adotou-se em 15/11/2000 o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra Criminalidade Transnacional Organizada Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. O objetivo desse Protocolo é “prevenir e combater o tráfico de migrantes, bem como promover a cooperação entre os Estados Partes com esse fim, protegendo ao mesmo tempo os direitos dos migrantes objeto desse tráfico” (NATIONS UNIES, 2007, p. 519, tradução nossa).<sup>38</sup>

De acordo com o artigo 3 (a) do Protocolo Adicional, entende-se por *tráfico de migrantes* a facilitação de entrada ilegal, com o objetivo de obter benefícios financeiros ou materiais, de uma pessoa num Estado-parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente. Nesse entendimento, nota-se que o migrante é parte do tráfico, uma vez que ele participa da transação comercial com o fim de penetrar em determinado território, sem preencher os requisitos necessários para a entrada legal no Estado de acolhimento (PIOTROWICZ; REDPATH-CROSS, 2014, p. 297).

Para combater o tráfico de migrantes, dois aspectos parecem ser relevantes, além da obrigação dos Estados de cooperar para abordar, revistar os navios que tenham nacionalida-

<sup>38</sup> Art. 2 do Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, de 2000.

de de outro Estado (artigo 8) e a obrigação dos transportadores comerciais de verificar a identidade dos seus passageiros (artigo 11). Em primeiro lugar, os migrantes não são sujeitos a processos criminais nos termos das qualificações penais postas no artigo 6, de modo que, à luz do Direito Internacional, são considerados irresponsáveis penalmente.<sup>39</sup> Os mecanismos de combate implantados no Protocolo Adicional são, portanto, protetivos dos migrantes e visam às organizações criminais transnacionais.

Em segundo lugar, o Estado-parte deve adotar as medidas legislativas e outras que julgar oportunas na qualificação das seguintes infrações penais fixadas no Protocolo, quando praticadas intencionalmente para obter benefícios financeiros ou materiais, a saber: tráfico de migrantes; atos com o objetivo de possibilitar o tráfico ilícito de migrantes; elaboração de documento de viagem ou de identidade fraudulento; obtenção, fornecimento ou posse de tal documento.<sup>40</sup>

Quanto ao tratamento dado aos migrantes vítimas do tráfico, o artigo 16 determina que ao Estado cabe oferecer assistência e respeito aos seus direitos fundamentais, “especialmente o direito à vida e o direito a não ser submetido a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (NATIONS UNIES, 2007, p. 526, tradução nossa), segundo a fórmula consagrada pelo Direito Internacional. Mas isso não significa que o Estado tenha a obrigação de acolher um migrante objeto de tráfico no seu território. O artigo 18 do Protocolo Relativo ao Combate

ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea prevê que os Estados-partes devem facilitar o regresso de seus nacionais que tenham sido vítimas de tráfico, a não ser que esses migrantes sejam considerados refugiados nos termos da Convenção de Genebra de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967.<sup>41</sup>

Na mesma linha do combate internacional ao crime organizado transnacional, cita-se o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, também adotado em 15 de novembro de 2000, aberto à assinatura em Palermo, em dezembro do mesmo ano (NATIONS UNIES, 2005). Nesse tratado o foco é o migrante compelido pela força a se deslocar para fins de exploração, incluindo-se a prostituição, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura.<sup>42</sup>

O objetivo do Protocolo é combater o grupo criminal que pratique esse tipo de tráfico por meio da prevenção, investigação e repressão. Concretamente, os Estados-partes devem adotar legislações de forma a estabelecer como infrações penais os atos que configuram o “tráfico de pessoas”, tal como descrito no artigo terceiro do Protocolo. Outrossim, os Estados-partes obrigam-se a prestar assistência no sentido da recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas, devendo assegurar moradia, oportunidade de emprego e acesso à educação, o que pode implicar a possibilidade de oferecer às vítimas residência nos seus territórios a título temporário ou perma-

<sup>39</sup> Art. 5 do Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, de 2000 (NATIONS UNIES, 2007).

<sup>40</sup> Art. 6 (1) do Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, de 2000 (NATIONS UNIES, 2007).

<sup>41</sup> Ver essa restrição no art. 19 (NATIONS UNIES, 2005).

<sup>42</sup> Art. 3 do Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, de 2000 (NATIONS UNIES, 2005).

nente.<sup>43</sup> A outra alternativa consiste na repatriação da vítima do tráfico de pessoas, com a cooperação do seu Estado de nacionalidade (parte do Protocolo) ou de residência, o qual deve adotar medidas para facilitar seu retorno.<sup>44</sup>

### **4.3. Os direitos humanos fundamentais dos migrantes no Estado de destino**

Não existe tratado que cuide especificamente de todos os direitos humanos fundamentais dos migrantes: eles estão dispersos em numerosos instrumentos internacionais que versam sobre os direitos humanos de modo geral, sendo o migrante contemplado de forma indireta.

Porém, identificam-se alguns dispositivos pertinentes aos migrantes. Cita-se, por exemplo, o artigo 3º (1) da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada em 10/12/1984 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que estabelece: “Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida à tortura” (NATIONS UNIES, 1996, p. 124, tradução nossa).

Mencione-se também o artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em 16/12/1966, que, além de obrigar os Estados-partes a respeitarem os direitos fundamentais de qualquer indivíduo, prevê especificamente a obrigação do Estado de não expulsar um estrangeiro sem embasamento legal, a menos que motivos imperativos de segurança nacional o justifiquem (NATIONS UNIES, 1983). Esse dispositivo foi invocado, entre outros, no caso Ahmadou Sadio Diallo, que opôs a República de Guiné à República Democrática do Congo (RDC) perante a CIJ. Em sentença proferida em 30/11/2010, a CIJ condenou a República Democrática do Congo por entender que o decreto de expulsão do Senhor Diallo emitido por esta última não respeitou a legislação nacional ao não consultar a Comissão Nacional de Imigração sobre sua situação, e ao não motivar de forma satisfatória o ato de expulsão, de modo que violou a obrigação internacional do respeito ao princípio de legalidade posto no art. 13 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e no art. 12, § 4 da Carta Africana (§§ 72 e 74). A Corte julgou que a prisão e detenção de Ahmadou Sadio Diallo foram arbitrárias e contrárias aos arts. 9, §§ 1º e 2º do Pacto Internacional so-

---

<sup>43</sup> Arts. 6 (3) e 7 do Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, de 2000.

<sup>44</sup> Art. 8 do Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, de 2000.

bre Direitos Civis e Políticos, e 6ª da Carta Africana, principalmente por não terem obedecido às próprias condições estabelecidas na legislação interna da RDC, que dispunha, por exemplo, sobre a duração limitada e o direito de conhecer os motivos da prisão (§§ 80 e 84). Por fim, a CIJ estabelece que o fato de Diallo não requisitar a assistência consular não exime a RDC da responsabilidade de cumprir sua obrigação de informar a pessoa detida do seu direito, de modo que a RDC transgrediu o art. 36, § 1, *b*, da Convenção de Viena, de 1963 (§ 95).

Com as atuações da OIT, ONU, OIM, CIJ, CIDH, constata-se que as migrações internacionais estão na agenda de várias organizações internacionais. Essa tendência foi marcada com a criação do cargo de Relator Especial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, por meio das Resoluções nºs 44/1999 e 47/2005, da Comissão dos Direitos Humanos, hoje extinta. Esse cargo foi mantido, em 2008, no âmbito do Conselho de Direitos Humanos (CDH), com a missão de promover uma boa aplicação dos instrumentos internacionais que versam sobre a proteção dos migrantes e de coletar informações sobre violações a esses direitos, particularmente em se tratando de mulheres e crianças (NATIONS UNIES, c2018). O objetivo maior é contribuir para a maior efetividade das normas internacionais protetivas dos direitos dos migrantes, inclusive dos irregulares, no plano nacional. Para tanto, o Relator Especial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes visita os Estados numa dinâmica investigativa e produz relatórios encaminhados ao Conselho de Direitos Humanos ou à Assembleia Geral das Nações Unidas.<sup>45</sup> O mandato de três anos foi prorrogado sucessivamente, sendo a última prorrogação adotada por ocasião da trigésima quarta sessão do Conselho de Direitos Humanos, em 2017 (UNITED NATIONS, 2017).

## 5. Conclusão

O Direito Internacional dos migrantes constitui uma faceta do Direito Internacional que cuida das relações entre os povos, outrora denominado direito das gentes ou *jus gentium*. Todavia, o aumento da população migrante e as pressões migratórias sofridas pelos Estados observados nos últimos anos têm exigido dos governos um posicionamento no sentido de melhor ordenar os fluxos e a recepção de pessoas de outra nacionalidade. O desafio da sociedade internacional, nesse contexto, consiste em conciliar as prerrogativas dos Estados e as obrigações inter-

---

<sup>45</sup> Ver o último relatório sobre a exploração do trabalhador migrante (NATIONS UNIES, 2014).

nacionais decorrentes dos tratados de cunho econômico ou protetivo dos direitos humanos.

O estudo do Direito Internacional aplicável aos migrantes sugere que os Estados assumiram a responsabilidade de garantir a circulação transnacional das pessoas e a proteção de sua dignidade contra arbitrariedades de Estados ou violências de organizações criminosas. Entre as prerrogativas e as obrigações dos Estados no tratamento dos direitos dos migrantes, parece surgir um Direito Internacional de migrar, isto é, de circular livremente no plano internacional em virtude dos numerosos tratados que vinculam os Estados. Essa situação de fato segue uma lógica construída nas vontades soberanas dos Estados, que cedem ao direito natural dos indivíduos de ir e vir.

### **Sobre o autor**

Jahyr-Philippe Bichara é doutor pela École Doctorale de Droit International et Européen da Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, França; mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, França; mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor associado II de Direito Internacional do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil.  
E-mail: bichara.ufrn@gmail.com

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>46</sup>**

THE MIGRANTS' INTERNATIONAL PROTECTION: BETWEEN PREROGATIVES AND OBLIGATIONS OF STATES

ABSTRACT: The world has entered in a new era concerning international migration, especially due its intensification and the constant growth of migrants presence in States of destination. This phenomenon represents a challenge to the international society which faces the necessity of conciliating the respect of States' territorial sovereignty and the international obligations relating to the protection of migrants and their rights. As remarked by this study, international jurisdictions and other international organizations has given greater attention to the effectiveness of treaties ruling the matter, assigning thus, a notable evolution of international law which conditions the exercise of States' prerogatives in subjects related to the admission and the treatment of migrants, and also to the agreed commitments.

KEYWORDS: MIGRATION. INTERNATIONAL LAW. MIGRANTS LAW. INTERNATIONAL RESPONSIBILITY.

---

<sup>46</sup> Sem revisão do editor.

## Como citar este artigo

(ABNT)

BICHARA, Jahyr-Philippe. Proteção internacional dos migrantes: entre prerrogativas e obrigações dos Estados. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 123-148, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p123](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p123)>.

(APA)

Bichara, J.-P. (2018). Proteção internacional dos migrantes: entre prerrogativas e obrigações dos Estados. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 123-148. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p123](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p123)

## Referências

BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 237-252, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoescademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4619/pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 maio 2017a.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 nov. 2017b.

CARLIER, Jean-Yves. L'Europe et les étrangers. In: CHETAIL, Vincent (Dir.). *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*. Bruxelles: Bruylant, 2007. v. 2, p. 239-278.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. *Direito internacional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CHETAIL, Vincent. Migration, droits de l'homme et souveraineté: le droit international dans tous ses États. In: \_\_\_\_\_ (Dir.). *Mondialisation, migration et droit de l'homme: le droit international en question*. Bruxelles: Bruylant, 2007. v. 2, p. 13-133.

CHOLEWINSKI, Ryszard. Migration for employment. In: PLENDER, Richard (Ed.). *Issues in international migration law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. p. 27-80.

FROUVILLE, Olivier. Les instruments universels de protection: quelle effectivité?. In: HABIB, Gherari; MEHDI, Rostane (Dir.). *La société internationale face aux défis migratoires*. Paris: Pedone, 2012. p. 93-115.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara. Free movement of persons and regional international organizations. In: PLENDER, Richard (Ed.). *Issues in international migration law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015, p. 223-260.

LAMBERT, Hélène. *Refugee status, arbitrary deprivation of nationality, and statelessness within the context of article 1A(2) of the 1951 Convention and its 1967 Protocol relating to the status of refugees*. Geneva: UNHCR, 2014. (Legal and Protection Policy Research Series). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/5433f0f09/33-refugee-status-arbitrary-deprivation-nationality-statelessness-context.html>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

MERCADO COMUM DO SUL. MERCOSUL/CMC/DEC nº 12/1991. Facilitação para os cidadãos do Mercosul. *Conselho do Mercado Comum*, Brasília, 17 dez. 1991. Disponível



em: <<http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC1291p.asp>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. MERCOSUL/CMC/DEC nº 19/1997. Acordo Multilateral de Previdência Social do Mercado Comum do Sul. *Conselho do Mercado Comum*, Montevideu, 15 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC1997p.asp>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. MERCOSUL/CMC/DEC nº 28/2002. Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum. *Conselho do Mercado Comum*, Brasília, 6 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec2802p.asp>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Unic, 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

NATIONS UNIES. Convention relative au statut des réfugiés [de 28 de juillet de 1951]. *Recueil des Traités*, [New York], v. 189, p. 137-221, 1954. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20189/v189.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [de 18 de avril de 1961]. *Recueil des Traités*, New York, v. 500, p. 95-127, 1965. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20500/v500.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Convention de Vienne sur les relations consulaires [de 24 de avril de 1963]. *Recueil des Traités*, New York, v. 596, p. 261-323, 1969. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20596/v596.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Protocole relatif au statut des réfugiés [de 31 de janvier de 1967]. *Recueil des Traités*, New York, v. 606, p. 267-277, 1970. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20606/v606.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Cour Internationale de Justice. *Indication de mesures conservatoires dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis a Teheran*. [S.l.]: CIJ, 1979. Disponível em: <[https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_1979\\_num\\_25\\_1\\_2160](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1979_num_25_1_2160)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Cour Internationale de Justice. *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran: États-Unis d'Amérique c. Iran*. [S.l.]: CIJ, 1980. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Pacte international relatif aux droits civils et politiques [de 16 de décembre de 1966]. *Recueil des Traités*, New York, v. 999, p. 187-201, 1983. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/v999.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [de 10 décembre de 1984]. *Recueil des Traités*, New York, v. 1465, p. 123-132, 1996. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201465/v1465.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Cour Internationale de Justice. *LaGrand: Allemagne c. États-Unis d'Amérique*. [S.l.]: CIJ, 2001. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Cour Internationale de Justice. *Avena et autres ressortissants mexicains: Mexique c. États-Unis d'Amérique*. [S.l.]: CIL, 2004a. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/128/128-20040331-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille [de 18 de décembre de 1990]. *Recueil des Traités*, New York, v. 2220, p. 128-163, 2004b. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202220/v2220.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Protocolo adicional à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants [de 15 de novembre de 2000]. *Recueil des Traités*, New York, v. 2237, p. 352-360, 2005. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202237/v2237.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Protocolo contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée [de 15 de novembre de 2000]. *Recueil des Traités*, New York, v. 2241, p. 519-531, 2007. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202241/v2241.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Cour Internationale de Justice. *Ahmadou Sadio Diallo*: République de Guinée c. République Démocratique du Congo. [S.l.]: CIL, 2010. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Annuaire de la Commission du Droit International 2006*: rapport de la Commission à l'Assemblée Générale sur les travaux de sa cinquante-huitième session. New York: Nations Unies, 2012. v. 2, deuxième partie. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc\\_2006\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc_2006_v2_p2.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Organisation International pour les Migrations. *Termes clés de la migration*. c2018. Disponível em: <<http://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

OPESKIN, Brian; PERRUCHOUD, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. Étude théorique du droit international de la migration. In: \_\_\_\_\_ (Dir.). *Le droit international de la migration*. Bâles: Yvon Blais, 2014. p. 1-19.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL. *Convention n° 97 sur les travailleurs migrants, de 1<sup>er</sup> de juillet de 1949*. Genève: OIT, 1952. Disponível em: <[https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C097:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C097:NO)>. Acesso em: 8 ago. 2018. [Revisada].

\_\_\_\_\_. *Convention n° 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), de 24 de juin de 1975*. Genève: OIT, 1978. Disponível em: <[https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312288](https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312288)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constitution de l'Organisation Internationale du Travail*: propositions pour introduire une formulation non sexiste aux fins de la promotion de l'égalité entre hommes et femmes. [Genève]: OIT, 2010. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_146177.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_146177.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos*. [S.l.]: OUA, 1981. Disponível em: <[http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr\\_instr\\_charter\\_por.pdf](http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_por.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Departamento de Derecho Internacional. *Convencion Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. San José: OEA, 1969. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. San José: CIDH, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. San José: CIDH, 2013. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. Traite des personnes et trafic illicite de migrants. In: OPESKIN, Brian; PERRUCHOUD, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne (Dir.). *Le droit international de la migration*. Bâles: Yvon Blais, 2014. p. 277-308.

UNION EUROPÉENNE. Conseil de l'Europe. *Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*. Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1963. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/090000168006b6f1>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Affaire Soering c. Royaume-Uni*. Strasbourg: CEDH, 1989. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-62176&filename=001-62176.pdf&TID=kaidvlyv>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Affaire Chahal c. Royaume-Uni*. Strasbourg: CEDH, 1996. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-62564&filename=001-62564.pdf&TID=oggeohufwa>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Acquis de Schengen: [accord d'adhésion de la République Portugaise à la Convention d'application de l'Accord de Schengen, du 14 du juin du 1985, signé à Schengen le 19 juin 1990]. *Journal Officiel des Communautés Européennes*, [S.l.], p. 1-473, 22 sept. 2000. Disponível em: <[https://www.senat.fr/europe/acquis\\_schengen\\_1999.pdf](https://www.senat.fr/europe/acquis_schengen_1999.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Règlement (CE) n° 539, du 15 mars 2001. Fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont... *Journal Officiel des Communautés Européennes*, [S.l.], n. L81, p. 1-7, 21 mars 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R0539&from=PT>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Règlement (CE) n° 343, du 18 février 2003. Établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers. *Journal Officiel de l'Union Européenne*, [S.l.], n. L50, p. 1-10, 25 févr. 2003. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0343&from=PT>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Directive 2004/83/CE, du 29 avril 2004. concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui... *Journal Officiel de l'Union Européenne*, [S.l.], n. L304, p. 12-23, 30 sept. 2004. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&from=FR>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union Européenne et le traité instituant la Communauté Européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. *Journal Officiel de l'Union Européenne*, [S.l.], n. C306, p. [1-271], 17 déc. 2007. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=FR>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Version consolidée Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. *Journal Officiel de l'Union européenne*, [S.l.], n. C115, p. 47-199, 9 mai 2008. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:88f94461-564b-4b75-ae7f-c957de8e339d.0010.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:88f94461-564b-4b75-ae7f-c957de8e339d.0010.01/DOC_3&format=PDF)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. *Report of the special rapporteur on the human right of migrants, François Crépeau*. [New York]: United Nations, 2014. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRMigrants/A.HRC.26.35.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Department of Economic and Social Affairs Secretariat. *International migration report*. New York: United Nations, 2017. Disponível em: <[http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017\\_Highlights.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017_Highlights.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

VARLEZ, Louis. *Les migrations internationales et leur réglementation*. Boston: RCADI, 1927. v. 20, p. 165-348.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Ed. UnB, 2004.

# Constituição, responsabilidade dos agentes públicos e a criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império (1826-1828)

ANDRÉ LEMOS JORGE

JÚLIO CÉSAR DE OLIVEIRA VELLOZO

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo estudar a criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império, em 1828. Sustentamos que a questão nodal que levou os parlamentares a pautarem a montagem do órgão por meio de lei regulamentar não foi a necessidade institucional do judiciário brasileiro, mas sim o estabelecimento da responsabilidade dos empregados públicos, tema de grande importância naquele momento da história do constitucionalismo. Para tanto, nosso método mais importante foi o estudo dos anais do parlamento brasileiro entre os anos de 1826 e 1828. O desvendamento dos sentidos da ação do legislador na formação de tal instituição é determinante para a compreensão crítica da história do próprio STF atual, que vê o tribunal do Império como seu antecessor.

**Palavras-chave:** História do Supremo Tribunal Federal. História das instituições jurídicas. História do século XIX. Responsabilidade dos empregados públicos.

## Introdução

Em junho de 1826, com pouco mais de um mês de funcionamento da primeira legislatura da história do parlamento brasileiro, Bernardo Pereira de Vasconcellos, deputado por Minas Gerais, apresentou um projeto de lei que regulamentava o Supremo Tribunal de Justiça do Império (IMPERIO DO BRAZIL, 1826c), de acordo com os artigos 163 e 164 da Constituição outorgada em 1824 (IMPERIO DO BRAZIL,

Recebido em 7/5/18

Aprovado em 6/9/18

1824). Dois anos depois da apresentação da proposta do parlamentar mineiro, realizado todo o trâmite e aprovada a matéria, a instituição iniciava seu funcionamento.

O Supremo Tribunal Federal (STF) atual, como é característico de qualquer instituição política importante, apresenta uma narrativa de suas origens, momentos mais importantes, personagens centrais. Essa história estabelece o seu ponto de partida ora na República, ora no Império<sup>1</sup>.

O fato de o tribunal imperial ser visto em algumas abordagens como ponto de origem, ainda que indireta, do atual STF, já torna relevante a construção de uma compreensão mais profunda sobre a formação do Supremo Tribunal de Justiça do Império.

Um passo muito importante nesse sentido foi dado com a publicação do livro organizado por Lopes (2010), *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. Este artigo tem por objetivo oferecer um ponto de vista suplementar, buscando jogar algumas luzes sobre as motivações dos legisladores para colocar em pauta a lei regulamentar necessária para a formação do Supremo Tribunal de Justiça do Império. Para além de ajudar a explicar as causas desse movimento, as questões levantadas sobre o assunto permitem que compreendamos melhor o formato que o órgão tomou e que marcaria a sua existência durante todo o regime monárquico.

O texto constitucional de 1824 determinava que haveria na capital do Império um tribunal composto de juízes letrados - ou seja, formados em direito - que seriam tirados das relações<sup>2</sup> “por suas antiguidades”. As relações existentes, herdadas do período colonial e joanino, funcionavam como uma espécie de segunda instância do judiciário e tinham em sua composição alguns dos magistrados mais experientes do período (DANTAS, 2010, p. 19-58). Para além desses juízes, também fariam parte do novo órgão aqueles que saíssem dos tribunais que seriam abolidos, tais como a Casa de Suplicação e a Mesa de Consciência e Ordens, entre outras instituições típicas de um ordenamento jurídico de caráter corporativo.

A Constituição também marcava de forma clara, no art. 164, as três atribuições que competiriam ao Supremo Tribunal de Justiça do Império:

---

<sup>1</sup>Para um exemplo de texto que trabalha com um duplo prisma para a origem do órgão, ver o livro do decano do STF Mello Filho (2014).

<sup>2</sup>As relações eram instituições que funcionavam como uma instância de apelação durante o Antigo Regime Português. A primeira relação do Brasil foi instalada em 1609, na Bahia, depois de uma tentativa frustrada em 1598. Com a independência e a Constituição de 1824, as relações firmaram-se como a segunda instância da justiça no País (CAMARINHAS, 2010, p. 13).

I. Conceder ou denegar Revisões nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar; II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competência das Relações Provinciaes (IMPERIO DO BRAZIL, 1824).

Em nossa visão, o elemento que preponderou para a definição da lei proposta por Vasconcellos e, mais tarde, nas características que o tribunal assumiu, foi a segunda atribuição dada pela carta: a de apurar as responsabilidades dos empregados públicos citados. Foi em função de melhor cumprir essa atribuição que muitas das características do tribunal foram definidas.

Para demonstrar essa hipótese, nosso método prioritário foi o estudo dos debates parlamentares, fonte insubstituível para a pesquisa em história do direito. No caso de nosso objeto, a lógica que presidiu a formação do Supremo Tribunal de Justiça do Império, não havia outro caminho que não adentrar os meandros dos debates do legislador. Neles os parlamentares, ao sustentar ou combater propostas, pelas características próprias do trâmite legislativo, acabam por evidenciar lógicas que não podemos flagrar de outra maneira.

A nossa opção metodológica por estudar os debates parlamentares impõe uma investigação metódica e detalhista, na medida em que é fundamental considerar as regras próprias do debate nas casas legislativas. No caso da experiência do Brasil Imperial, eram três discussões na Câmara e no Senado para as matérias ordinárias e duas para as regulamentares, caso da lei que estamos analisando. Olhar o trâmite no detalhe é determinante porque, muitas vezes, em função de acordos concretos e outras injunções do cotidiano político, os agentes flexibilizam ou modificam posições, trocam de lado, negociam aspectos do texto em debate, reagrupam-se de modos surpreendentes. Todos esses movimentos interessam, na medida em que podem revelar questões importantes. Quando deixamos de acompanhar o conjunto do debate, é alto o risco de tomarmos um posicionamento de ocasião como algo estrutural do pensamento de um agente, ou de enxergarmos grupos perenes onde há apenas uma aliança momentânea. Se em determinados momentos deste artigo nos atemos demais aos detalhes dos debates e dos encaminhamentos, é em função das exigências impostas pela metodologia escolhida para o trabalho.

Buscamos nos basear nas elaborações da chamada Escola de Cambridge a respeito da história das ideias, que afirma a importância de que os textos sejam compreendidos como respostas dadas em um determinado tempo a polêmicas concretas que estavam colocadas. Seus prin-

cipais formuladores, Quentin Skinner e John Pocock, afirmam ser decisivo para compreender as ideias de um autor encarar seus posicionamentos como datados, como “peças de ocasião” na medida em que buscavam dar respostas concretas a desafios postos em momentos determinados (POCOCK, 2011; JASMIN, 2005; SKINNER, 1969). Por mais que não estejamos tratando de textos escritos, mas de discursos, de posicionamentos manifestados de forma oral, os parâmetros gerais nos parecem interessantes e aplicáveis ao caso em tela.

Este artigo está dividido em quatro partes que desenvolvem a nossa hipótese central. Na primeira, apresentamos o debate geral sobre a responsabilidade dos empregados públicos no contexto da primeira metade do século XIX, buscando demonstrar sua centralidade no período. Na segunda, reconstituímos o processo pelo qual a proposta de lei de responsabilidade global apresentada por Bernardo Pereira de Vasconcellos e Nicolau Pereira Vergueiro é derrotada, levando o primeiro a propor, logo em seguida, a lei que regulamenta a criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império. Na terceira, descrevemos o projeto apresentado pelo deputado mineiro para a instituição do órgão, de modo a demonstrar que a responsabilidade dos empregados públicos é seu elemento central. Na quarta e última parte, reconstituímos o debate ocorrido no Senado e na Câmara dos Deputados sobre a proposta, demonstrando que também os parlamentares priorizaram a questão da responsabilização ao dar forma final à instância cuja história investigamos.

## 1. A responsabilidade como o debate central

Quando o parlamento brasileiro se reuniu pela primeira vez, em 1826, pesava sobre os

ombros das casas parlamentares um número bastante expressivo de tarefas. Uma parte muito importante da montagem do aparelho de Estado ainda estava por fazer e dependia, segundo determinava a Constituição, de leis a serem aprovadas pelo legislativo. Para além disso, a carta outorgada havia deixado uma série de seus dispositivos necessitando de regulamentação. Um deles era o que definiria o funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça.

Para além disso, aprovar as leis regulamentares permitia aos deputados determinar parte do modelo que ia adquirindo o Estado nacional. É importante recordar que o parlamento se reunia pouco mais de dois anos após a traumática dissolução da Assembleia Constituinte de 1823. Naquele momento, o Imperador havia concentrado o poder em suas mãos para avançar na conformação do arcabouço político-jurídico do País. Agora, novamente reunidos, os parlamentares tinham a oportunidade de intervir, por meio das leis regulamentares, no processo do qual haviam sido alijados.

Se pensarmos nos quatro poderes definidos pela Constituição de 1824 – executivo, moderador, legislativo e judiciário –, a maior parte dos aspectos que deveriam ser definidos *a posteriori* pelos parlamentares dizia respeito a este último (VELLOZO, 2017). O texto constitucional deixara a cargo dos deputados e senadores regulamentar o funcionamento do júri, dos juízes de paz, das relações e, por último, mas não menos importante, definir o funcionamento do Superior Tribunal de Justiça do Império (DANTAS, 2010). Para além de toda essa pauta, havia uma série de outros projetos que, se aprovados, diminuiriam os poderes da Coroa na medida em que os submeteriam à legislação, deixando de estar ao talante do Imperador.

Com todas essas possibilidades à mão e premidos pela urgência em estabelecer esse arcabouço constitucional, o tema escolhido



pelos deputados foi o estabelecimento da responsabilidade dos empregados públicos – primeiro grande debate da história do parlamento brasileiro<sup>3</sup>. Por que responsabilizar os empregados era uma questão tão central para aqueles parlamentares? Quais seriam as razões para que um parlamento, com todo um modelo de Estado para terminar de instalar, começasse pela responsabilidade, tema aparentemente lateral?

Essa centralidade da responsabilidade pode ser compreendida em duas dimensões. Em primeiro lugar, tratava-se de uma das questões mais importantes da pauta do liberalismo em sua primeira floração. Isso porque, em um regime constitucional, era inconcebível a ideia do exercício de um poder sem responsabilidade, tanto que praticamente todos os países que adotaram constituições discutiram e aprovaram legislações nesse sentido. No caso brasileiro, havia um elemento que dava maior importância à questão: a existência de uma monarquia constitucional<sup>4</sup>, um tipo de regime que impunha um tratamento tanto mais delicado quanto mais urgente para a questão. Isso porque, pela própria natureza das monarquias, era fundamental que o rei se mantivesse em uma esfera superior, livre de responsabilidade. Tratava-se de algo especialmente importante em um momento no qual uma esfera pública em desenvolvimento havia aberto espaço para a crítica (KOSELECK, 1999, p. 22). Nenhum rei poderia cumprir o seu papel precípua se fosse passível de ser responsabilizado por seus atos – política, civil ou criminalmente.

A solução para tanto, tratada longamente por autores como Benjamin Constant, por exemplo, foi o mecanismo da responsabilidade dos ministros: estes, exercendo de forma direta o poder – no caso brasileiro, o poder executivo –, deveriam assumir o conjunto das responsabilidades inerentes à ação governativa, algo que fariam por meio do mecanismo da assinatura obrigatória de todos os atos de governo (HAVAS, 2012, p. 222). Nenhum ato ficaria sem alguém que respondesse por ele uma vez que uma medida governamental só teria validade mediante a

---

<sup>3</sup> Trata-se do primeiro parlamento brasileiro, se considerarmos que a Assembleia Constituinte de 1823 não era uma casa permanente, mas um corpo constitucional eleito com finalidade específica.

<sup>4</sup> A Constituição de 1824 era bastante firme no estabelecimento de mecanismos de responsabilização dos empregados públicos. O pilar mais importante dessa definição estava nos artigos 132, 133, 134 e 135, que definiam a responsabilidade dos ministros de Estado: “Art. 132. Os Ministros de Estado referendarão, ou assignarão todos os Actos do Poder Executivo, sem o que não poderão ter execução. Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis. I. Por traição. II. Por peita, suborno ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observância da Lei. V. Pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos. VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos. Art. 134. Uma lei particular especificará a natureza destes delictos, e a maneira de proceder contra elles. Art. 135. Não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escripto” (IMPERIO DO BRAZIL, 1824).

assinatura do ministro. Desse modo, o rei ficava protegido, acima de eventuais críticas e penalizações.

Ademais, havia outro elemento comum a todas as experiências, fossem monárquicas ou republicanas: a importância de responsabilizar os magistrados. Conforme a historiografia tem demonstrado, as queixas contra os funcionários que administravam a justiça perfaziam uma parte considerável do sentimento popular contrário ao Antigo Regime (HAVAS, 2012; LOPES, 2010). Instrumentos como os cadernos de queixas, recolhidos no período em que se preparava a reunião das cortes na França, registram largamente essa questão. O mesmo sentimento pode ser encontrado na imprensa da época, nos debates parlamentares e nas petições encaminhadas ao parlamento (SOBOUL, 2007).

Para além desse forte sentimento de rejeição aos abusos cometidos pelos magistrados, havia um processo de longa duração de questionamento dos poderes interpretativos desses funcionários. Conforme demonstrou Hespanha (2008), ao menos desde o século XVI, entrou em curso um longo processo de construção de leis de abrangência cada vez maior que buscavam fazer com que a latitude de possibilidades de exercício de uma justiça casuística e sapiencial fossem esvaziadas, em benefício de regramentos mais gerais. Esse processo se deu com muitas idas e vindas, já que houve, nas palavras de Hespanha (2008, p. 172), uma “luta pelo poder de dizer o Direito”, mas é possível afirmar que, apesar disso, a dinâmica geral foi de estreitamento dos poderes interpretativos dos magistrados (CAENEGEM, 1999, p. 43-154). Nesses marcos, criar mecanismos legais que permitissem responsabilizar os magistrados era questão decisiva.

Esse fenômeno geral de demanda pela responsabilização também se apresentou no

Brasil. Segundo a Constituição outorgada em 1824, a responsabilidade dos ministros e dos conselheiros de Estado deveria ser apurada pelo parlamento — Câmara dos Deputados e Senado —, ao passo que a dos magistrados mais importantes ficaria a cargo do Supremo Tribunal de Justiça. Vejamos como esse processo se deu dentro da dinâmica do parlamento, que deveria, por meio de leis regulamentares, colocar a responsabilidade em funcionamento.

## **2. O início do debate sobre a responsabilidade dos empregados públicos**

Os trabalhos da Câmara dos Deputados começaram oficialmente em 8 de maio de 1826. Nesse mesmo dia, foi aprovada a formação de uma Comissão de Leis Regulamentares cuja atribuição seria propor os diplomas referentes aos dispositivos da Constituição que pediam regulamentação. Imediatamente após essa decisão, Bernardo Pereira de Vasconcellos defendeu que o primeiro trabalho a ser encarado tanto pela comissão quanto pela casa como um todo fosse o estabelecimento da lei de responsabilidade dos empregados públicos. O deputado mineiro afirmava que isso era decisivo já que “sem lei de responsabilidade não há Constituição [...] e nenhuma certamente pode mais merecer os nossos primeiros cuidados, do que aquela que torna efetiva e real a responsabilidade dos funcionários” (IMPERIO DO BRAZIL, 1826a, p. 34).

Os deputados aprovaram a indicação de Vasconcellos e foram além, acatando a proposta do deputado paulista Nicolau Pereira Vergueiro de que os membros dessa instância ficassem liberados de quaisquer outros trabalhos parlamentares, o que era impor-

tante, já que alguns deles, como Vergueiro, Vasconcellos e Lino Coutinho, eram membros de outras comissões recém-eleitas pela casa.

Houve uma divisão na comissão encarregada de formular a proposição e, no final do mês de maio, foram apresentadas duas propostas distintas de diploma, uma assinada por Nicolau Pereira Vergueiro e Bernardo Pereira Vasconcellos, e outra por Almeida e Albuquerque e Lino Coutinho<sup>5</sup>. A polêmica que dividiu a comissão ao meio teve como tema a abrangência da lei de responsabilidade. Enquanto Vergueiro e Vasconcellos sustentaram que ela deveria dizer respeito ao conjunto dos empregados públicos, e não só aos ministros e conselheiros, Coutinho e Albuquerque consideravam que era necessário ir por etapas, estabelecendo primeiro a responsabilidade dos ministros e conselheiros de Estado para só depois avançar em legislações que fixassem a responsabilização dos demais empregados públicos.

O principal argumento de Vergueiro e Vasconcellos para defender a lei geral residia na necessidade de coibir abusos praticados pelo conjunto dos empregados públicos, o que tornava a proposta de responsabilizar apenas os ministros e conselheiros insuficiente. Havia no período uma noção muito estabelecida de que uma das marcas mais terríveis do Antigo Regime eram as infrações e violências cometidas pelos funcionários da Coroa, que detinham grande poder, especialmente nas colônias, onde, distantes dos mecanismos de controle da metrópole, muitas vezes exerciam poderes arbitrários (SUBTIL, 2011; CAMARINHAS, 2010;

<sup>5</sup> Alegando ter feito esforços para conciliar os membros da instância em torno de um só texto, mas tendo sido derrotado no intento, o quinto membro da Comissão de Leis Regulamentares, José Ricardo Costa Aguiar, optou por assinar ambas as propostas com restrições (IMPERIO DO BRAZIL, 1826b).

JIMÉNEZ PELAYO, 2009)<sup>6</sup>. Apoiados nesse verdadeiro eixo programático do liberalismo do período, Vergueiro e Vasconcellos buscavam estabelecer uma lei geral que funcionasse como um eficiente instrumento para colocar limites aos poderes da Coroa, que eram, na prática, exercidos por toda uma cadeia de empregados públicos indicados pelo Imperador, indo dos ministros ao delegado de polícia, incluindo ocupantes dos diversos cargos das hierarquias eclesiástica e militar.

Almeida e Albuquerque e Lino Coutinho, por sua vez, defendiam seu projeto com dois argumentos fundamentais. O primeiro deles era o de que o projeto adversário era inconstitucional já que a Carta de 1824 falava explicitamente de uma lei relativa aos ministros, sem citar outros empregados públicos. O segundo era o de que uma lei que tratasse do conjunto dos empregados públicos seria muito complexa, o que inviabilizaria a sua aprovação em um prazo razoável.

É importante notar que havia uma diferença central entre a responsabilidade dos ministros e conselheiros e a dos demais empregados públicos. Ambas partiam de um núcleo comum, estabelecendo mecanismos que possibilitassem punir penalmente qualquer empregado público que, desrespeitando as leis, atentasse contra os cidadãos, seja na sua condição de particulares, seja na condição de cidadãos quando os atos criminosos se dessem contra a

<sup>6</sup> Havia mecanismos de responsabilização dos empregados públicos no Antigo Regime tanto português quanto espanhol. Dentre as formas de estabelecer essa responsabilidade, a mais interessante era a das chamadas residências. Apesar do procedimento fazer parte das rotinas “burocráticas” do Antigo Regime, o número de condenados era muito pequeno, conforme demonstram estudos sobre o assunto. Mas isso não quer dizer que o mecanismo fosse inócuo: Subtil (2011), por exemplo, considera que o procedimento atendia a objetivos simbólicos na medida em que a presença de funcionários do rei na localidade acabava por ter um papel de demonstrar a presença da Coroa. Sobre o assunto, ver Subtil (2011).

Constituição. Entretanto, o caso dos ministros e conselheiros era mais complexo, pois somava-se a essas questões outro dado fundamental que estava relacionado ao desafio de instituir as monarquias constitucionais tanto no Brasil quanto nas experiências europeias, como mencionamos anteriormente.

Assim, estabelecer a responsabilidade dos ministros e conselheiros de Estado tinha um caráter prioritário em relação ao conjunto da tarefa de responsabilizar os empregados públicos. Partindo desse entendimento, a Câmara dos Deputados escolheu o projeto de Almeida e Albuquerque e Lino Coutinho como base dos debates, decidindo, portanto, aprovar primeiro uma lei relativa aos ministros e conselheiros de Estado. Esse projeto seria aprovado pelos deputados e senadores e se transformaria na Lei de 15 de outubro de 1827 (IMPERIO DO BRAZIL, 1827e), determinando um procedimento sofisticado para o processo de julgamento de responsabilidade daqueles funcionários públicos, que era iniciado na Câmara dos Deputados, responsável por toda a instrução do processo, e concluído no Senado, que fazia o julgamento definitivo.

### **3. O projeto de Vasconcellos para o estabelecimento do Supremo Tribunal de Justiça do Império**

Após decidirem que o processo de estabelecimento da responsabilidade dos empregados públicos aconteceria por etapas, começando pelos ministros, o segundo passo da Câmara dos Deputados passava pelo estabelecimento do Supremo Tribunal de Justiça do Império. Isso porque, como vimos, cabia a esse organismo implementar a responsabilização da segunda camada em importância dos empregados públicos: os membros do próprio tribunal, das relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes de província.

O projeto para o estabelecimento do Supremo Tribunal de Justiça foi apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcellos poucos dias depois de o parlamentar ver sua proposta de responsabilidade geral ser rejeitada (IMPERIO DO BRAZIL, 1826c). Seu objetivo, conforme demonstrará o debate que apresentaremos em seguida, era avançar na responsabilidade dos empregados que tinham ficado de fora da lei relativa aos ministros graças à derrota do projeto que propusera junto com Vergueiro.

O texto que buscava instituir o tribunal era dividido em três capítulos. O primeiro, intitulado “Do presidente e ministro do tribunal”, era formado por quatro artigos que estabeleciam os critérios de indicação dos membros do tribunal, as condecorações que receberiam, o número de ministros, as vestimentas, o juramento a ser feito no ato de posse e os

vencimentos que o presidente e demais membros do tribunal receberiam.

No primeiro artigo, a única definição nova era a do número dos ministros, fixado em “doze mais o presidente”, já que o critério de indicação (“tirados das relações por suas antiguidades”) e a condecoração (“serão condecorados com o Título do Conselho”) já constavam da Carta de 1824, não podendo ser alterados.

O segundo capítulo, o mais alentado dos que constavam do projeto, continha dezenove dos vinte e cinco artigos do texto. Ele tratava do processo segundo o qual se dariam os trabalhos do tribunal na revista dos processos advindos das relações, no estabelecimento da responsabilidade dos empregados públicos e no ato de dirimir os conflitos de jurisdição entre as relações – as três atribuições que o texto constitucional havia marcado como funções do Supremo Tribunal de Justiça. Nesse capítulo 2 da proposta de Vasconcellos, há toda uma parte que apenas reproduz ora a Constituição, ora o que já estava estabelecido pelo funcionamento dos altos tribunais que vinham do período joanino. É o caso do artigo 5º, simples reprodução do que está disposto no art. 164 da Constituição, que estabelece as funções do tribunal. Os artigos subsequentes estabelecem a forma pela qual a instância levaria a cabo a primeira de suas três funções – receber os pedidos de revista das decisões tomadas pelas relações.

A Constituição de 1824 não estabelecia os casos nos quais caberia ao tribunal conceder a revista nem determinava a forma que essa concessão assumiria. A opção de Vasconcellos foi manter os usos vigentes no período. Dessa forma, só seriam concedidos os pedidos de revista das decisões tomadas pelas relações nos casos de “nulidade manifesta” ou de “injustiça notória”. Conforme demonstrou Graes (2014, p. 496), essa opção de concessão de revista

nos casos de nulidade manifesta ou de injustiça notória tinha seu amparo estabelecido nas Ordenações Filipinas:

E hé per Direito a sentença nenhuma quando hé dada sem a parte ser primeiro citada ou hé contra outra sentença já dada, ou foi dada por peita, ou preço que o Juiz houve, ou por falsa prova, ou se eram muitos Juizes delegados, e alguns deram sentença sem os outros, ou se foi dada por Juiz incompetente em parte, ou em todo, ou quando foi dada contra Direito expresso, assi como se o Juiz julgasse diretamente que o menor de quatorze anos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra coisa semelhante, que seja contra nossas Ordenações, ou contra Direito expresso.

Havia ainda uma lei, de 3 de novembro de 1768, que estabelecia que a interposição dos recursos de revista se restringia a casos de nulidade manifesta e injustiça notória. Em 18 de agosto de 1769, outra lei veio determinar com mais clareza os casos específicos em que cabia revista em uma decisão que havia incorrido nos vícios supracitados (GRAES, 2014, p. 496).

Esse modelo de concessão de revistas em casos de nulidade manifesta ou injustiça notória, cuja origem estava nessas normas de Antigo Regime, acabou sendo absorvido pela Constituição aprovada pelas Cortes de Lisboa em 1822.

Art. 191. O Supremo Tribunal de Justiça não julgará a revista, mas sim a relação competente; porém, tendo esta declarado a nulidade ou injustiça da sentença, de que concedeu revista, ele fará efetiva a responsabilidade dos juizes nos casos em que pela lei ela deva ter lugar. Art. 192. A concessão da revista só tem lugar nas sentenças proferidas nas Relações quando contenham nulidade ou injustiça notória (PORTUGAL, 1822, p. 55).

Desse modo, o projeto de Vasconcellos optava por uma solução de continuidade com o que já se praticava na colônia, mesmo caminho escolhido pelos representantes portugueses ao elaborarem a Constituição de 1822.

Segundo o projeto do deputado por Minas Gerais, quando a revista fosse concedida, competia ao órgão ordenar que a segunda instância, formada pelas relações, revisse as decisões. Desse modo, o Supremo Tribunal de Justiça não funcionaria como uma terceira e última instância, já que, concedida a revista, o processo voltava para a mesma relação de onde saía, à qual caberia a decisão definitiva, podendo, inclusive, confirmar a sentença cuja revisão o Supremo Tribunal de Justiça havia concedido.

Sendo assim, se os artigos 6, 7 e 8 do texto do deputado mineiro apenas ripristinavam os usos dos tribunais em funcionamento no período, os de número 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18 e 19, que se referiam à segunda atribuição do Supremo Tribunal de Justiça - a de fazer efetiva a responsabilidade da segunda camada em importância dos empregados públicos -, traziam uma elaboração nova, que seria alvo das mais importantes discussões do projeto<sup>7</sup>.

O artigo 9º do projeto de Vasconcellos, primeiro a tratar da questão da responsabilidade dos empregados públicos, estabelecia que “o ministro, a quem tocar por distribuição, ordenará o processo, fazendo autuar pelo secretário as peças instrutivas e procedendo às diligências que julgar necessárias e pronunciará o indiciado de culpa” (IMPERIO DO BRAZIL, 1826c, p. 57). Cumprida essa etapa, o ministro anterior na ordem de distribuição era indicado promotor do processo em tela e cabia a ele formar o libelo que derivasse das provas autuadas.

O projeto também exigia que todas as fases do processo se desenvolvessem de forma pública, o que era importante no caso da responsabilidade na medida em que se tratava de tema de interesse do conjunto da sociedade. Conforme relato de um coevo, trazido à tona por Slemian (2010), depois que o Supremo Tribunal de Justiça foi instalado, em 1828, suas sessões eram de fato abertas ao público, ainda que o texto em questão reclamasse da pequena divulgação que elas tinham, um indicativo do modelo que se firmaria.

O texto de Vasconcellos também fixava, como era praxe no modelo do tribunal do júri, a garantia de que o réu poderia recusar até dois juízes sem necessidade de justificativa. Essa garantia aos acusados era

---

<sup>7</sup> Apenas o artigo 15 tratava da terceira função do tribunal, a de dirimir conflitos de jurisdição. Os demais artigos não inventariados aqui dizem respeito a aspectos mais cotidianos do funcionamento da casa.

importante para evitar perseguições em função de disputas cotidianas, especialmente em um contexto no qual o tribunal era composto por homens que frequentemente estavam envolvidos em casos diretamente relacionados à luta política cotidiana e que por vezes acumulavam a condição de ministros da instância e de parlamentares (LOPES, 2010).

O artigo 17º do projeto de Vasconcellos instituía que o tribunal teria a prerrogativa de expedir ordens a todas as autoridades civis e judiciárias e de recomendar-lhes a execução das leis. Logo a seguir, o texto explicitava que “o principal objeto dessas ordens será fazer efetiva a responsabilidade dos magistrados, que tiverem proferido sentenças manifestamente nulas ou notoriamente injustas” (IMPERIO DO BRAZIL, 1826c, p. 57).

Desse modo, apesar de o projeto pressupor a hipótese de a relação manter a decisão tomada anteriormente, isso não isentava o magistrado responsável de um processo de responsabilidade a ser julgado perante o Supremo Tribunal de Justiça. Dito de outro modo: ainda que a decisão final mantivesse o que havia sido definido pelo desembargador da relação, este poderia ser processado e responsabilizado pelo Supremo Tribunal de Justiça do Império.

#### **4. O debate sobre o projeto de Vasconcellos**

O debate acerca do projeto de estabelecimento do Supremo Tribunal de Justiça proposto por Vasconcellos iniciou-se apenas em 1827, praticamente um ano depois de sua apresentação. Algumas das polêmicas suscitadas pelo texto são demonstrativas da centralidade que a questão da responsabilidade teve na montagem do Supremo Tribunal de Justiça do Império (IMPERIO DO BRAZIL, 1827b).

O primeiro complexo de questões dizia respeito ao lugar do tribunal e, como consequência, do ministro do tribunal, no novo arranjo constitucional cujo estabelecimento se ultimava naquele período. Assim, foram alvo de polêmica o método de indicação do presidente do tribunal, os tratamentos que a ele e aos demais ministros seriam dados, as vestimentas, os salários dos membros da instituição e o número de juízes que dela fariam parte.

A polêmica inicial deu-se acerca da indicação do presidente da instituição. Considerado o conjunto do debate - as duas discussões realizadas na Câmara dos Deputados e as outras duas feitas pelo Senado -, podemos afirmar que foram estabelecidas três posições principais. A primeira sustentou que o presidente do tribunal deveria ser eleito por seus pares para um mandato temporário de um ano, à semelhança do método utilizado pela Câmara dos Deputados. A segunda quis que o cargo fosse ocupado pelo ministro mais velho de forma vitalícia. A terceira sustentava que o imperante deveria escolher livremente, entre os membros da instituição, aquele que presidiria mandatos temporários. Houve pequenas variações nessas propostas, como a que sustentava que a escolha deveria ser do Imperador, a partir de uma lista tríplice feita pelos integrantes do tribunal; ou a que defendeu que a prerrogativa do imperante permitisse que ele escolhesse inclusive pessoas que não eram da instância para exercer a presidência, mas essas propostas não ganharam força suficiente para galvanizar os debates.

O método de escolha do presidente é importante porque revela uma disputa aberta e direta sobre atribuições dos poderes já nos primeiros dias de funcionamento do parlamento brasileiro, quando as feridas da dissolução de 1823 ainda estavam doloridas. Além disso, é preciso considerar que o presidente detinha

uma prerrogativa decisiva: era ele quem definia a pauta de trabalho da instituição. Isso era crucial uma vez que a responsabilização de um agente público poderia dormir por anos nos escaninhos dos tribunais, caso o presidente estivesse comprometido com a impunidade daquele agente. Desse modo, o método de sua indicação ou, sendo mais preciso, a escolha do poder no qual repousaria essa prerrogativa era uma questão muito importante.

A posição de que o presidente fosse o mais velho dentre os membros do tribunal foi apresentada por Almeida e Albuquerque, deputado pela província de Pernambuco e membro da alta magistratura<sup>8</sup>. Para ele, o papel do presidente era de menor importância, cabendo-lhe somente conduzir os trabalhos, o que não requeria grandes esforços ou luzes. Desse modo, estabelecer qualquer mecanismo complexo de eleição seria perda de tempo.

Apresentada logo no início dos debates sobre o projeto, a proposta de Almeida e Albuquerque causou uma forte reação dos deputados mais liberais da Câmara. Nicolau Pereira Vergueiro se contrapôs à emenda do deputado pernambucano, sustentando que o presidente deveria ser eleito pelos próprios pares, com um mandato de um ano, à semelhança do formato adotado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado<sup>9</sup>. A justificativa de Vergueiro era a de que os membros do próprio tribunal teriam melhores condições de indicar o presidente e que a possibilidade de o substituir ao final de um ano, em caso de inaptidão, era um trunfo do qual não se deveria abrir mão uma vez que um ministro poderia ser bom juiz, mas pouco hábil na condução dos trabalhos, o que causaria transtorno caso a vitaliciedade fosse instituída. Outros deputados foram menos polidos, aproveitando para trazer à baila o forte sentimento contrário à magistratura, que era típico do período. Vasconcellos afirmou:

acabemos com este modo de considerar os desembargadores sujeitos aos regedores; é preciso que haja toda a liberdade nas discussões e votações; é preciso que não tenham um respeito extraordinário a estes fidalgos de linhagem; como parece que tinham à vista da grande influência de um regedor (IMPERIO DO BRAZIL, 1827b, p. 183).

O regedor em questão era o equivalente do presidente na Casa de Suplicação, de modo que o deputado considerava que a vitaliciedade do

---

<sup>8</sup> É interessante destacar que o projeto de Vasconcellos não definia a maneira pela qual o presidente seria indicado.

<sup>9</sup> O texto da emenda era o seguinte: “Será presidente um dos seus membros eleito anualmente em escrutínio secreto à pluralidade absoluta dos membros presentes. No impedimento ou falta do presidente, fará as suas vezes o imediato em votos, e não o havendo, o mais antigo decidindo a sorte na concorrência da mesma antiguidade” (IMPERIO DO BRAZIL, 1827b, p. 183).



cargo poderia criar, entre os ministros, uma figura cujo poder se sobrepusesse ao dos demais (IMPERIO DO BRAZIL, 1827b).

Almeida e Albuquerque, que era desembargador da Casa de Suplicação (IMPERIO DO BRAZIL, 1827a, p. 101-103), parece ter se sentido atingido pela posição expressa por Vasconcellos e afirmou que a função do presidente não detinha todo aquele poder que o deputado descrevia. Segundo o deputado pernambucano, mesmo nos tribunais já existentes, os desembargadores “estão como irmãos e trabalha-se com muita seriedade sem haver esses receios e essas dificuldades” (IMPERIO DO BRAZIL, 1827b, p. 184). Reafirmava ainda que a função de presidente não era assim tão importante já que “para fazer a economia e o governo da casa, basta qualquer pessoa, não precisa que seja um homem sábio” (IMPERIO DO BRAZIL, 1827b, p. 184).

O posicionamento de Almeida e Albuquerque provocou uma intervenção de José de Souza França, deputado pelo Rio de Janeiro que era advogado na corte. Sustentando sempre posições refratárias às prerrogativas da magistratura, França afirmava que era preciso abandonar os usos do passado colonial, segundo os quais critérios como a antiguidade tinham um peso grande demais. Para além disso, afirmava que o papel do presidente era central e pedia um tipo de qualificação específica: “porque um homem pode ser muito qualificado em leis e não servir nem para abrir a boca: tenho visto presidentes que causam vergonha, porque nem sabem tocar a campainha” (IMPERIO DO BRAZIL, 1827b, p. 184).

Holanda Cavalcanti, por sua vez, companheiro de Albuquerque na bancada pernambucana, foi em auxílio do conterrâneo com um argumento consistente. Para o deputado, a Constituição de 1824 havia optado pelo critério da antiguidade ao estabelecê-lo como o elemento definidor para a indicação de novos membros para o tribunal. Dessa maneira, a valorização da experiência era uma opção da Carta, e não algo a ser identificado com o período pré-constitucional. Desse modo, não havia motivos para rejeitar a proposta de Albuquerque com o argumento de que ela estava baseada em critérios ultrapassados.

Após mais algum debate, ficou decidido que a indicação se daria conforme propusera Vergueiro, ou seja, através do sufrágio secreto entre os ministros da instituição. Na terceira discussão, surgiria, entretanto, uma nova proposta: a de que o presidente fosse indicação do Imperador. O argumento que sustentava esse encaminhamento estava baseado no fato de a Constituição de 1824 dar ao Imperador a prerrogativa de indicar todos os empregos públicos. Segundo essa compreensão, a presidência do Supremo Tribunal de Justiça do Império enquadrava-se nessa categoria.

A posição foi combatida com os mesmos argumentos mobilizados anteriormente e acabou derrotada, tendo sido mantido o formato de eleição pelos pares para mandatos de um ano, conforme sugerido por Vergueiro e aprovado na segunda discussão. No Senado, entretanto, a defesa da posição de que a indicação deveria ser feita pelo Imperador ganhou força. O senador Matta Bacelar, colega de Almeida e Albuquerque na Casa de Suplicação e, portanto, um possível indicado para o tribunal que se criava, defendeu que a Coroa pudesse indicar como presidente qualquer membro da “classe dos desembargadores”. Outros senadores, como o visconde de São Leopoldo, sugeriram que a indicação do Imperador tivesse que ser feita entre os membros do tribunal e para um mandato determinado de quatro anos (IMPERIO DO BRAZIL, 1913).

Apesar de toda a maré contrária à indicação pelos pares, o marquês de Caravelas sustentou a posição vinda da Câmara por considerar que a independência entre o parlamento e o poder executivo/moderador era decisiva para que o regime constitucional fosse preservado. Na opinião do senador pela Bahia, a indicação do presidente da casa pelo imperante feriria uma independência garantida pela Constituição.

No fim das contas, apesar dos esforços do marquês de Caravelas, os senadores emendaram o texto vindo da Câmara, substituindo a indicação do presidente pelos pares para um mandato de um ano pelo mecanismo de indicação pelo imperante.

Um outro debate fundamental dizia respeito ao estabelecimento de alçadas para que os cidadãos tivessem direito de apelar ao Supremo Tribunal de Justiça. A proposta apresentada por Vasconcellos não previa a existência do mecanismo, esperando que o projeto de regulamentação da segunda instância, as relações, o fizesse. Entretanto, já no primeiro

dia dos debates, Vergueiro apresentou uma proposta de estabelecimento de alçadas tanto no civil quanto no criminal. A posição do deputado acabou por cindir o campo que se contrapunha de modo mais assertivo à coroa, um grupo do qual ele fazia parte. Isso porque uma série de deputados de posições mais liberais se posicionaram frontalmente contra o estabelecimento desse mecanismo, argumentando que colocar limites pecuniários ao direito de pedir revista impediria que os mais pobres acessassem o órgão.

Deputados como Souza França, eleito pelo Rio de Janeiro, Custódio Dias, representante por Minas Gerais, e Odorico Mendes, do Maranhão, não pareciam dispostos a operar uma restrição dos direitos dos cidadãos de acessar os órgãos em nome de garantir uma maior possibilidade de punição aos empregados públicos superiores. Desse modo, votaram contra as alçadas, junto com os parlamentares menos interessados na responsabilização, derrotando-as na segunda discussão (IMPERIO DO BRAZIL, 1827b).

O esforço de estabelecer o mecanismo de responsabilidade dos empregados públicos obedecia ao objetivo de restringir os poderes da coroa. Fora os ministros e conselheiros de Estado que, como vimos, teriam a sua responsabilização regrada por outra legislação, a camada imediatamente mais importante de empregados públicos era a dos que, segundo a Constituição de 1824, teriam o procedimento dirigido pelo órgão que estava sendo formado. Ao eliminar processos de menor importância, as alçadas permitiriam que o órgão se concentrasse nos processos relativos aos membros do próprio tribunal: desembargadores das relações, membros do corpo diplomático e, o que talvez fosse o mais importante, presidentes de província. É de se imaginar que, assoberbados por um grande número de processos, os

membros do tribunal, cuja composição poderia ser favorável à Coroa, tivessem maior margem para procrastinar o julgamento de empregados públicos, voltando a atividade permanente do órgão para o julgamento dos pedidos de revista. Criar esses limites era estabelecer mecanismos mais eficientes de controle sobre a pauta da instituição que estava sendo criada.

Surpreendentemente, na terceira discussão as alçadas foram defendidas por um grupo de deputados que não havia se pronunciado no primeiro debate. Apesar da resistência oferecida pelos liberais mais assertivos, as alçadas foram aprovadas.

Em uma nova reviravolta, entretanto, os senadores decidiram removê-las depois de longa discussão na qual tiveram proeminência, como de costume, os argumentos mobilizados pelo marquês de Caravelas e por seu irmão, Francisco Carneiro de Campos. Ambos os senadores tinham uma postura mais cautelosa em relação à responsabilização, que buscava tirar o gume afiado com o qual o mecanismo havia saído da Câmara dos Deputados (VELLOZO, 2017). Apesar da preocupação de alguns senadores de que fosse garantido acesso ao Supremo Tribunal de Justiça a todos os cidadãos, havia a clara preocupação de que o órgão se transformasse em um tribunal de apuração de responsabilidade dos empregados públicos. Dito de outro modo: retirando as alçadas, o número de processos de pedido de revista seria maior, de modo a dividir ou mesmo ocupar a pauta, impedindo assim que os casos de responsabilização dominassem os trabalhos do tribunal.

Um terceiro debate que demonstra a centralidade da responsabilidade dos empregados foi acerca do retorno das revistas. Como já afirmamos, segundo o projeto proposto por Bernardo Pereira de Vasconcellos, se o tribunal concedesse a revista por haver verificado que ocorreria injustiça notória ou nulidade manifesta, o processo deveria retornar à relação original na qual havia ocorrido o julgamento da apelação. A maior parte dos deputados considerou que esse procedimento dificultaria o estabelecimento da responsabilidade dos magistrados que tivessem, naquele caso concreto, cometido erros de ofício. Isso porque, se a relação confirmasse a decisão original, as bases para a instauração de procedimento de responsabilização ficariam fragilizadas. Diante da questão, os parlamentares propuseram três soluções para evitar que o processo de revista inviabilizasse a responsabilização. A primeira foi definir que, concedida a revista, o processo deveria ser enviado para uma relação distinta daquela que havia tomado a decisão anteriormente, de modo que novos juízes avaliariam o caso, aumentando a chance de que a decisão da relação original fosse modificada. A segunda foi a transformação do Supremo Tribunal de Justiça em uma

terceira instância que decidisse de modo definitivo sobre o mérito dos casos e já procedesse à eventual responsabilização do magistrado. A terceira proposta foi manter o procedimento segundo o qual o processo voltaria para o tribunal da relação original, mas obrigar que ele fosse avaliado por um grupo de juízes no qual o maior número fosse de elementos que não tivessem participado da primeira decisão.

A defesa da primeira posição foi feita, entre outros, por Vergueiro e Vasconcellos, ou seja, justamente pelos que haviam feito a proposição de um dos projetos de lei. Para eles, era fundamental que fosse escolhida uma relação distinta da original como forma de ampliar as possibilidades de responsabilização dos juízes por erro de ofício. A mesma relação teria uma tendência natural a manter a decisão tomada anteriormente, salvo casos nos quais o equívoco fosse muito pronunciado. Contribuíam para essa visão a posição francamente refratária à magistratura togada sustentada por esses dois parlamentares. Conforme Vasconcellos não se cansava de afirmar, o costume no País era o da proteção corporativa, de modo que um desembargador nunca “morria na unha de outro” (IMPERIO DO BRAZIL, 1827c).

Os que se contrapuseram a essa modificação, defendendo que o processo, depois de concedido o pedido de revista, voltasse para a mesma relação, sustentaram que mandar o processo para outra relação resultaria em prejuízo para as partes. Segundo Almeida e Albuquerque, a ideia era ruim porque obrigaria os cidadãos a andarem “em contínua peregrinação, acompanhando seus casos de província em província” (IMPERIO DO BRAZIL, 1827c, p. 153). Lino Coutinho reforçou o argumento do deputado pernambucano, afirmando que rever não era mais do que “tornar a ver o que foi visto” e, nesse sentido, questionava: “e por ventura a relação vizinha pode rever? Não vai ela ver pela primeira vez?” (IMPERIO DO BRAZIL, 1827c, p. 153).

A posição mais radical seria sustentada pelo deputado paulista Francisco de Paula Souza e Mello. Para ele, a Constituição não era clara em definir que não haveria uma terceira instância no Brasil, de modo que era possível que os deputados definissem que o Supremo Tribunal de Justiça, em vez de determinar que houvesse revisão e que esta fosse feita por outro órgão, poderia ele mesmo decidir de modo definitivo. Isso resultaria em dois ganhos fundamentais para o Estado em construção. O primeiro seria a formação de uma jurisprudência, elemento de grande utilidade para a eficácia da administração da justiça. O segundo, que nos interessa mais diretamente, era que dessa maneira seria possível avançar muito na responsabilização dos desembargadores das relações na medida em que, concedida a revista, ou seja, verificado o erro de ofício, o tribunal já poderia encaminhar o procedimento. É interessante

trazer à tona o discurso pronunciado pelo deputado uma vez que ele demonstra como a questão do estabelecimento do mecanismo de responsabilização dessa segunda camada de empregados públicos polarizou o debate sobre a formação da instituição:

Quanto à emenda que fiz para que a sentença uma vez julgada nula ou injusta, não pudesse outra vez ser confirmada no tribunal inferior, direito que só deste modo é que os magistrados inferiores podem ser responsáveis, pois se pode a sentença tornar-se outra vez justa e válida, então cessou a responsabilidade, que só pode ter lugar tendo-se reconhecido abuso, por isso mesmo para poder obter a responsabilidade devem as sentenças (uma vez julgadas injustas ou nulas) não poder ser confirmadas por tribunal inferior.

[...]

Alega-se que tal emenda se opõe à constituição, mas não é tal a minha opinião, e nunca eu poderia querer sustentar uma doutrina que fizesse o mais leve ataque à constituição. O mais que se pode dizer é que ela é omissa na constituição, mas nunca contraditória, pois a constituição diz que tal matéria será arranjada conforme a lei determinar, e essa lei é esta que estamos fazendo e que podemos fazer como melhor nos convier para preencher os fins da constituição que não são outros, senão assegurar e garantir os direitos do cidadão (IMPERIO DO BRAZIL, 1827d, p. 36).

Esse foi mais um tema que sofreu uma reviravolta entre a segunda e terceira discussão. Lino Coutinho conseguiu aprovar sua posição em um primeiro momento, mas, mais tarde, Vergueiro e Vasconcellos conseguiram maioria para a emenda apresentada pelo deputado por Minas Gerais, de modo que o projeto saiu da Câmara dos Deputados com a disposição que fortalecia a possibilidade da responsabilização uma vez que o processo seria encaminhado, caso a revista fosse concedida, para uma relação distinta da original.

No Senado o debate teria contornos parecidos com o da Câmara dos Deputados, ainda que na câmara alta não tenha ocupado o mesmo espaço. Duas posições se conformaram, a que sustentava que os processos voltassem para as mesmas relações, mas fossem julgados por juízes distintos, a exemplo do que haviam sustentado Almeida e Albuquerque e Lino Coutinho, e a que defendeu a manutenção da posição tomada pela Câmara dos Deputados, ou seja, que o processo cuja revista fosse concedida fosse enviado para uma relação distinta.

A primeira posição foi sustentada pelo senador João Evangelista, entre outros. Para ele, se o processo fosse a outra relação, haveria uma forte possibilidade de que a revista fosse concedida, porque era “do genio natural dos homens o emendar o que os outros fazem, e devemos temer

que se deixe levar desse impulso contra o que deve a justiça” (IMPERIO DO BRAZIL, 1913, p. 82). Ou seja, para ele, se outra relação fosse responsável por rever o processo, a tendência seria sempre a de revisar a decisão.

A posição da Câmara dos Deputados foi sustentada pelo marquês de Caravelas e por seu irmão, Francisco Carneiro de Campos, entre outros senadores. Para além dos argumentos já expendidos por Vergueiro e Vasconcellos na câmara baixa, os dois parlamentares afirmavam que era fundamental que os apelantes tivessem esperanças de que o mecanismo de apelação funcionasse. Isso era decisivo para que a administração da justiça no País recebesse o crédito necessário por parte do povo, o que, em um sistema representativo e liberal, era decisivo.

Ao final dos debates, a proposta da Câmara foi mantida, ainda que o trecho tenha recebido uma nova redação, proposta por Caravelas.

## Conclusão

Ao construir sua história como instituição, o atual Supremo Tribunal Federal estabelece uma relação de continuidade com o Supremo Tribunal de Justiça do Império. Apesar dessa filiação ser bastante discutível, dadas as diferenças decisivas entre uma instância e outra, essa memória foi construída e opera concretamente na realidade social.

Compreender a verdadeira natureza da instância fundada em 1828 é importante para a construção da história do órgão contemporâneo, que vem adquirindo poder crescente na vida institucional brasileira. Para além disso, o Supremo Tribunal de Justiça do Império teve papel relevante durante a sua existência, sendo uma das instâncias decisivas do arcabouço institucional do Brasil monárquico.

A historiografia tem tido avanços importantes no assunto, ainda que as pesquisas sejam em pequeno número. Este artigo buscou dar uma contribuição a esse processo, demonstrando um aspecto que nos parece nodal e que foi pouco ressaltado pelo esforço investigativo realizado até agora: o papel central que a luta pela instauração da responsabilidade dos agentes públicos teve na formação do órgão.

Conforme buscamos demonstrar, a iniciativa de propor a instalação do órgão esteve relacionada ao desenlace de debate sobre a responsabilidade, já que Bernardo Pereira de Vasconcellos propôs a lei regulamentar que criava o Supremo Tribunal de Justiça do Império assim que seu projeto com Vergueiro foi derrotado. A criação do órgão não era de grande urgência. Do ponto de vista da realização das revistas, inclusive, não

houve diferença substancial entre o que se praticava antes da criação do Supremo Tribunal de Justiça, como demonstramos. Para além disso, instituições como a Casa de Suplicação, por exemplo, continuaram existindo até 1834, em paralelo ao órgão criado em 1828, como recentemente demonstrou Dantas (2017), o que evidencia que não havia uma necessidade premente de substituição dessas instâncias. Desse modo, ao que parece e como esperamos ter demonstrado, o tribunal foi criado naquele momento com o intuito de realizar a responsabilização da camada superior do judiciário, dos presidentes de província e dos membros do corpo diplomático para, depois de estabelecida a responsabilidade dos ministros, avançar no estabelecimento da responsabilização de uma próxima leva de funcionários.

Se a responsabilidade foi elemento fundamental para que o tema da criação do Supremo Tribunal de Justiça entrasse na pauta do parlamento, também o foi para o formato que o órgão assumiu. Conforme demonstramos, a Constituição estabelecia três atribuições para a instituição: receber os pedidos de revista; apurar as responsabilidades dos seus membros, dos desembargadores das relações, dos membros do corpo diplomático e dos presidentes de província; e dirimir os conflitos de jurisdição entre as relações. No caso da primeira atribuição, o projeto manteve o que estava em uso, sem alterações significativas. No que se refere à terceira, somente o artigo 15 do projeto dela se ocupava, e a questão não suscitou debates relevantes. Foram as questões ligadas à responsabilização que mobilizaram os debates mais importantes e que acabaram por dar formato ao projeto.

Para comprovar a assertiva, mobilizamos neste artigo três debates decisivos que surgiram na Câmara dos Deputados e no Senado: a indicação do presidente, que controlava a pauta da casa, o que era decisivo para que as questões relativas à responsabilidade fossem julgadas; o estabelecimento das alçadas, cuja proposição foi feita, em nossa visão, para que o número de pedidos de revista não impedissem o trabalho dos ministros nos casos de responsabilização; e, por último, o dilema sobre quem decidiria de modo definitivo depois de concedida a revista: se a relação que havia realizado o julgamento original, uma relação distinta ou o próprio tribunal. Neste último caso, era importante para garantir a responsabilização do magistrado que havia dado sentença com nulidade manifesta ou injustiça notória que a decisão original não fosse mantida, ou seja, que o erro ficasse explícito na decisão final. Esses debates estiveram relacionados à responsabilidade na medida em que as diferentes propostas tinham como motores fundamentais estabelecer procedimentos para facilitar ou obstar a realização desses procedimentos.

A nossa conclusão, portanto, é a de que é impossível compreender tanto o que ensejou a formação do órgão quanto as características que ele assumiu sem dar lugar central ao tema da responsabilidade dos empregados públicos.

### Sobre os autores

André Lemos Jorge é doutor em Direito do Estado, mestre em Direito Constitucional e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-graduado em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; diretor do mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil. Foi juiz titular do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil (2014-2016), e conselheiro do Conselho Técnico-Científico da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior no Ministério da Educação (2005-2008). Realiza atualmente pesquisa de pós-doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha.  
E-mail: andre@leмосjorge.com.br

Júlio César de Oliveira Vellozo é doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, com período sanduíche na Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal, sob orientação de Antonio Manuel Hespanha; mestre em Culturas Brasileiras pelo Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, e bacharel em História pela mesma instituição. É professor de História do Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil, e do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; e bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular, Brasília, DF, Brasil. Foi conselheiro do Conselho Técnico-Científico da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior no Ministério da Educação (2005-2008).  
E-mail: juliovellozo@gmail.com

### Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>10</sup>

CONSTITUTION, RESPONSIBILITY OF PUBLIC EMPLOYEES AND THE CREATION OF THE SUPREME COURT OF THE EMPIRE (1826-1828)

ABSTRACT: This article aims to study the creation of the Supreme Court of Justice of the Empire in Brazil, in 1828. It defends the idea that the parliamentarians established this institution through regulatory law not due the necessity of this instance or the effort to complete the formation of the institutional framework of the Brazilian judiciary, but rather the establishment of the responsibility of public employees, a subject of great importance at that moment of the history of constitutionalism. Our main method in this paper was the study of the annals of the Brazilian parliament between the years of 1826 and 1828. Taking into account that the current Supreme Federal Court considers that its history begins in 1828, with the creation of this institution, the unveiling of the intention of the legislator is decisive to understand the history of the Supreme Federal Court itself.

---

<sup>10</sup> Sem revisão do editor.



KEYWORDS: HISTORY OF THE SUPREME FEDERAL COURT OF BRAZIL. HISTORY OF LEGAL INSTITUTIONS. HISTORY OF THE 19TH CENTURY. RESPONSIBILITY OF PUBLIC EMPLOYEES.

## Como citar este artigo

(ABNT)

JORGE, André Lemos; VELLOZO, Júlio César de Oliveira. Constituição, responsabilidade dos agentes públicos e a criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império (1826-1828). *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 55, n. 220, p. 149-171, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p149](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p149)>.

(APA)

Jorge, A. L., & Vellozo, J. C. de O. (2018). Constituição, responsabilidade dos agentes públicos e a criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império (1826-1828). *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 149-171. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p149](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p149)

## Referências

CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fonte, 1999.

CAMARINHAS, Nuno. Os desembargadores no Antigo Regime (1640-1829). In: SUBTIL, José. *Dicionário dos desembargadores: 1640-1834*. Lisboa: Edial, 2010. p. 13-38.

\_\_\_\_\_. As residências dos cargos de justiça letrada. In: STUMPF, Roberta; CHATURVEDULA, Nandini (Org.). *Cargos e ofícios nas monarquias ibéricas: provimento, controlo e venalidade (séculos XVII e XVIII)*. Lisboa: Centro de História do Além-Mar, 2012. p. 161-172.

DANTAS, Monica Duarte. Constituição, poderes e cidadania na formação do Estado nacional brasileiro. In: INSTITUTO PROMETHEUS (Org.). *Rumos da cidadania. A crise da representação e a perda do espaço público*. São Paulo: Instituto Prometheus, 2010. v. 1, p. 19-58.

\_\_\_\_\_. *Uma “nação verdadeiramente livre”: a organização judiciária e a ordem do processo criminal no Império do Brasil (1826-1832)*. 2017. Tese (Livre-docência) – Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

GRAES, Isabel. *O poder e a justiça em Portugal no século XIX*. Lisboa: AAFDL, 2014.

HAVAS, Nathalie. *La responsabilité ministérielle en France: contribution à une approche historique des responsabilités politique et pénale des ministres de la Révolution de 1789 à la V<sup>e</sup> République*. Paris: Dalloz, 2012. (Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle).

HESPANHA, António Manuel. Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Org.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 143-202.

\_\_\_\_\_. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2015.

HOBBSAWM, Eric; RANGER, Terence (Org.). *A invenção das tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

IMPERIO DO BRAZIL. Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824. *Collecção de Leis do Imperio do Brazil*, Rio de Janeiro, 1824.

\_\_\_\_\_. Sessão em 9 de maio de 1826. *Anais da Câmara dos Deputados*, Rio de Janeiro, 1826a. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=9/5/1826](http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=9/5/1826)>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Sessão em 29 de maio de 1826. *Anais da Câmara dos Deputados*, Rio de Janeiro, 1826b. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=29/5/1826](http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=29/5/1826)>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Sessão em 7 de agosto de 1826. *Anais da Câmara dos Deputados*, Rio de Janeiro, 1826c. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=7/8/1826](http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=7/8/1826)>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Almanak do Rio de Janeiro para o anno de 1827*. Rio de Janeiro: Imprensa Imperial e Nacional, 1827a. Disponível em: <[http://memoria.bn.br/pdf/708810/per708810\\_1827\\_00001.pdf](http://memoria.bn.br/pdf/708810/per708810_1827_00001.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Sessão em 26 de maio de 1827. *Anais da Câmara dos Deputados*, Rio de Janeiro, 1827b. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=26/5/1827](http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=26/5/1827)>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Sessão em 26 de junho de 1827. *Anais da Câmara dos Deputados*, Rio de Janeiro, 1827c. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=26/6/1827](http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=26/6/1827)>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Sessão em 14 de setembro de 1827. *Anais da Câmara dos Deputados*, Rio de Janeiro, 1827d. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=14/9/1827](http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp?selCodColecaoCsv=A&Datain=14/9/1827)>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei de 15 de outubro de 1827. Manda crear escolas de primeiras letras em todas as cidades, villas e logares mais populosos do Imperio. *Collecção de Leis do Imperio do Brazil*, Rio de Janeiro, 1827e.

\_\_\_\_\_. Senado. Segunda sessão da primeira legislatura de 27 de abril a 16 de junho de 1828. *Annaes do Senado do Imperio do Brazil*, Rio de Janeiro, t. 1, p. 1-250, 1913. Disponível em: <[https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais\\_Imperio/1828/1828%20Livro%201ok.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Imperio/1828/1828%20Livro%201ok.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2018.

JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 57, p. 27-38, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n57/a02v2057>>. Acesso em: 18 set. 2018.

JIMÉNEZ PELAYO, Águeda. Funcionários ante la justicia: residencias de alcaldes mayores y corregidores ventiladas ante la audiencia de Guadalajara durante el siglo XVIII. *Estudios de Historia Novohispana*, Ciudad de México, n. 40, p. 81-120, 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3148090>>. Acesso em: 18 set. 2018.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Tradução do original alemão de Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal*. (Império e República). 4. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2014. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas\\_sobre\\_o\\_Supremo\\_Tribunal\\_2014\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2018.

OLIVEIRA, Marina Garcia; DANTAS, Monica Duarte. A “mal-aventurada escolha”: D. Pedro I e a nomeação dos senadores em 1826. Estratégias políticas na formação do legislativo brasileiro. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 177, n. 472, p. 77-116, jul./set. 2016. Disponível em: <<https://ihgb.org.br/publicacoes/revista-ihgb/item/108387-volume-472.html>>. Acesso em: 18 set. 2018.

POCOCK, John Greville Agard. *Pensamiento político e historia: ensayos sobre teoría y método*. Madrid: Akal, 2011.

PORTUGAL. Constituição Política da Nação Portuguesa de 1822. *Diário do Governo*, Lisboa, 1822. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

ROSANVALLON, Pierre. *La monarchie impossible: les Chartes de 1814 et 1830*. Paris: Fayard, 1994.

SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the history of ideas. *History and Theory*, Middletown, CT, v. 8, n. 1, p. 3-53, 1969. Disponível em: <[http://www.his.ncku.edu.tw/chinese/attachments/article/291/6Quentin\\_Skinner\\_Meaning\\_and\\_Understanding\\_in\\_the\\_History\\_of\\_Ideas\\_.pdf](http://www.his.ncku.edu.tw/chinese/attachments/article/291/6Quentin_Skinner_Meaning_and_Understanding_in_the_History_of_Ideas_.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2018.

SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19-62. (Série produção científica. Direito desenvolvimento justiça).

SOBOUL, Albert. *A Revolução Francesa*. 9. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

SUBTIL, José Manuel Louzada Lopes. *O Desembargo do Paço (1750-1833)*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2011.

VELLOZO, Júlio César de Oliveira. *Constituição e responsabilidade no Império do Brasil: embates parlamentares sobre a responsabilização de ministros, magistrados e empregados públicos em geral*. Curitiba: Juruá, 2017. (Biblioteca de filosofia, sociologia e teoria do direito).

VENTURI, Franco. *Utopia e reforma no Iluminismo*. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: Edusc, 2003. (Coleção história).



# Testando os limites do regime jurídico internacional dos refugiados

## O caso europeu

I. M. LOBO DE SOUZA  
PÉRICLES FILGUEIRAS DE ATHAYDE FILHO

**Resumo:** A Europa está lidando com a maior onda de requerentes de refúgio desde a Segunda Guerra Mundial. A União Europeia adotou medidas para ajustar sua política comum à nova realidade, medidas que estariam em consonância com o regime jurídico internacional de proteção aos refugiados. Sua implementação tem enfrentado resistência por parte de alguns Estados-membros, especialmente os países do Grupo de Visegrado. O objeto deste estudo é examinar em que medida esses países podem, em situação de fluxos extraordinários de refugiados e migrantes econômicos para Estados que integram uma área de livre circulação de pessoas, adotar políticas restritivas de ingresso e permanência em seu território, sem que isso afete sua conformidade com o regime de proteção aos refugiados e o regime de direitos humanos.

**Palavras-chave:** Refugiados. União Europeia. Grupo de Visegrado. Direitos humanos.

## Introdução

Conflitos armados internacionais e internos, assim como políticas de perseguição às minorias étnicas ou religiosas, são causas reconhecidas de movimentos transfronteiriços de pessoas. Resultado de um processo de codificação e desenvolvimento progressivo de normas humanitárias que teve início ao final da Primeira Guerra Mundial e foi retomado, com mais vigor, após as consequências humanitárias funestas da Segunda Guerra Mundial, a adoção da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (UNITED NATIONS, 2010a)

Recebido em 20/8/18  
Aprovado em 21/10/18

foi o marco fundamental para o sistema internacional de proteção de refugiados. A União Europeia (UE) não é parte da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967 (UNITED NATIONS, 2010a), no entanto seus Estados-membros aderiram ao regime jurídico global de proteção aos refugiados. Ao mesmo tempo, vige na UE o Sistema Europeu Comum de Asilo, destinado a harmonizar as legislações nacionais e estabelecer uma política comum de asilo<sup>1</sup>. Haveria, portanto, a vigência paralela de normas globais e regionais de proteção aos refugiados no território dos países membros da UE. Esse arcabouço normativo está sendo tensionado ao limite por força de um fenômeno migratório que não havia sido antecipado.

*Locus* originador do movimento internacional para a proteção dos refugiados, a Europa tem confrontado um grande desafio, decorrente do fluxo extraordinário de refugiados internacionais desde 2012. O Eurostat, escritório oficial de estatísticas da UE, registrou que o número de solicitantes de asilo oriundos de países não membros cresceu de 431.000 (quatrocentos e trinta e um mil) em 2013, para 627.000 (seiscentos e vinte e sete mil) em 2014 e para quase 1.300.000 (um milhão e trezentos mil) em 2015, mantendo-se em um pouco mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) em 2016 (EUROPEAN UNION, 2018a). Juntos, estes dois últimos anos representam 20% de todos os pedidos de asilo recebidos pela Europa desde meados dos anos 1980, tornando essa onda de requerentes de asilo a maior presenciada pelo continente desde a Segunda Guerra Mundial.

O crescente fluxo migratório coincide com a ocorrência de conflitos armados na Síria, Afeganistão, Iraque, Líbia e Iêmen, além de instabilidade política ou perseguição religiosa no Paquistão, Irã, Egito e Tunísia. A Europa está particularmente vulnerável aos fluxos desses refugiados por duas circunstâncias particulares: a proximidade geográfica, que permite o acesso à Europa Meridional por meio da Turquia e do Mar Mediterrâneo; e a fragilidade das fronteiras externas da UE. É de se lembrar que a UE promoveu a remoção das fronteiras internas mediante os acordos de Schengen (EUROPEAN UNION, 2012), e a efetividade das suas fronteiras externas ficou dependente de portais situados fora do território da UE e controlados por países terceiros, em particular a Turquia e os países mediterrâneos da África do Norte. Com a anarquia geral causada pela intervenção militar na Líbia em 2011 e a erupção do conflito armado interno na Síria, tornou-se inevitável o transbordamento de refugiados e migrantes econômicos através do Mediterrâneo

---

<sup>1</sup>No *Acquis communautaire* da UE, “asilo” e “refúgio” são empregados como sinônimos, razão pela qual este artigo adotará a mesma posição.

e países vizinhos, a maioria dos quais visando a Europa como destino final.

No plano europeu, a UE adotou medidas para ajustar sua política comum à nova realidade, mas sua implementação tem enfrentado resistência por parte de alguns Estados-membros, especialmente os países do chamado Grupo de Visegrado (V4): Hungria, República Tcheca, Eslováquia e Polônia. O objeto deste estudo é examinar em que medida esses países podem, em situação de fluxos extraordinários de refugiados e migrantes econômicos para Estados que integram uma área de livre circulação de pessoas, adotar políticas restritivas de ingresso e permanência em seu território, sem que isso afete sua conformidade com o regime de proteção aos refugiados e o regime de direitos humanos.

## **1. Interação e complementariedade dos sistemas de proteção da pessoa humana na Europa**

A Convenção relativa ao Estatuto de Refugiados de 1951 ainda permanece como a principal referência legal sobre o assunto no Direito Internacional desde que entrou em vigor em 1954. O Protocolo de 1967, por sua vez, surgiu para atualizar e adaptar algumas questões da Convenção de Refugiados, como ampliar seus limites territorial (antes cingido à Europa) e temporal (outrora para os casos de refúgio oriundos de eventos ocorridos até 1º de janeiro de 1951), bem como para nortear países que, embora não tenham ratificado tal convenção, seguem seus preceitos (artigos 2 a 34). A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, portanto, têm atuado como instrumentos centrais e sustentado o regime de proteção internacional dos refugiados durante mais de seis décadas graças a sua natureza flexível e dinâmica (UNITED NATIONS, 2011). Ambos conseguiram permitir interpretações sensíveis em relação à idade, gênero e diversidade, bem como às evoluções normativas e jurisprudenciais ao longo dos anos, levando a uma melhor compreensão das solicitações de refúgio.

O regime internacional dos refugiados nasceu no contexto de amplo reconhecimento de direitos humanos, sendo, ao mesmo tempo, resultado do desenvolvimento e complemento deste outro regime. É incontestável, em verdade, a inter-relação entre o problema dos refugiados e os direitos humanos. Aquele só ocorre quando há grave violação ou ameaça ao patrimônio jurídico do indivíduo (direito à vida e à incolumidade física, à liberdade de ir e vir, etc.), o que o leva a sair de seu próprio território em busca de proteção (PIOVESAN, 2001). Ora, a perseguição que leva um indivíduo a sair de seu país de origem (devido à

raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política) deve ser vista também como violação aos direitos humanos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNITED NATIONS, 1948; WEIS, 1972). Em outras palavras, o entendimento de ameaça à vida, à liberdade ou à segurança (parâmetros mínimos que possibilitam o reconhecimento da condição de refugiado) foi desenvolvido em meio à afirmação histórica de direitos humanos. Fora do âmbito dos direitos humanos, a ideia de refúgio ficaria destituída de significado, pois eles são “a fonte dos princípios de proteção aos refugiados e ao mesmo tempo complementa[m] tal proteção” (JUBILUT, 2007, p. 60). Referindo-se às três grandes vertentes de proteção internacional da pessoa humana, a saber, os Direitos Humanos, o Direito dos Refugiados e, por fim, o Direito Humanitário, Cançado Trindade (2001, p. 185-186, tradução nossa) observa que a corrente doutrinária prevalecente “admite a interação normativa acompanhada de uma diferença nos meios de implementação, supervisão ou controle em certas circunstâncias, mas sem deixar de destacar a complementaridade entre os três aspectos”, visto que essas três áreas do Direito Internacional têm um objetivo comum, qual seja, “a proteção da pessoa humana em todas e quaisquer circunstâncias”.

A associação entre o regime jurídico da Convenção de 1951 e o regime de proteção ao refugiado instituído no âmbito da UE é notória. Ao decidir pela criação de um Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA), o Conselho Europeu de Tampere (UNIÃO EUROPEIA, 1999) registrou que tal sistema seria baseado na “aplicação completa e inclusiva” da Convenção de Genebra de 1951. O SECA, na verdade, foi desenvolvido em razão do artigo 63 do Tratado que institui a Comunidade Europeia, o qual determinou ao Conselho que

adotasse medidas sobre asilo de acordo com a Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo de 1967. Desde então, referências ao regime da Convenção de 1951 podem ser encontradas nos subsequentes atos normativos europeus atinentes aos refugiados.

A operação simultânea dos regimes de proteção aos direitos humanos e dos refugiados, nos níveis global e regional, tem servido para reforçar a eficácia das normas protetoras conexas, em razão da incidência complementar dos respectivos mecanismos e procedimentos de supervisão e controle. Um dos pontos que ilustrariam melhor essa interação, como se verá adiante, é a interpretação e aplicação do princípio do *non-refoulement*.

## 2. O princípio do *non-refoulement* e exceções

Logrando êxito no seu pleito, o refugiado passa a gozar de todos os direitos decorrentes desse *status*. A Convenção de 1951 (UNITED NATIONS, 1997) estabelece várias prerrogativas decorrentes do reconhecimento dessa situação jurídica, tais como direito de propriedade móvel e imóvel (artigo 13) e o direito de estar em juízo (artigo 16), determinando que o país recebedor dê ao refugiado o mesmo tratamento conferido ao estrangeiro em geral, ou ao nacional, ou aos nacionais do país no qual tem sua residência habitual.

Há, porém, quem vá mais além e afirme que, mesmo sem o reconhecimento da condição de refugiado, alguns direitos, a exemplo do *non-refoulement*, devem ser assegurados (LAUTERPACHT; BETHLEHEM, 2003; PAULA, 2016). Esse princípio está previsto no artigo 33, § 1º, da Convenção de 1951 e “prescreve amplamente que nenhum refugiado deve ser devolvido de qualquer maneira a qualquer



país onde ele ou ela esteja em risco de perseguição” (GOODWIN-GILL, 2014, p. 39, tradução nossa), precedendo, portanto, ao reconhecimento da própria condição de refugiado. O Alto Comissariado, por sua vez, também entende que o artigo 33 deve ser considerado aplicável às pessoas que são refugiados *prima facie*, isto é, mesmo que estejam na pendência de uma decisão acerca do seu reconhecimento como refugiados, nos termos da Convenção de 1951 (UNITED NATIONS, 1997). Segundo Paula (2016, p. 51), isso decorre do fato de que tal princípio é qualificado pela jurisprudência internacional, pela doutrina e pelos Estados “como uma norma peremptória de direito internacional, ou seja, *jus cogens*, norma imperativa de direito internacional da qual não é permitida derrogação”. Além disso, vários outros instrumentos internacionais que não são necessariamente pertinentes apenas ao regime de refugiados também preveem a aplicação do princípio em comento, como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984) (BRASIL, 1991). Mesmo que não houvesse previsão legal convencional, o princípio do *non-refoulement* já faria parte do direito internacional consuetudinário, e como tal seria aplicável aos Estados.

No entanto, mesmo que desfrute esse caráter normativo especial, a própria Convenção de 1951, no § 2º do citado artigo 33, prevê uma exceção à regra insculpida no seu *caput*: quando se trata de casos de segurança nacional ou de ameaça para a comunidade, pode o Estado recusar amparo ao refugiado (e a qualquer outra pessoa que se encontre em situação semelhante), rejeitando sua entrada ou permanência em seu território. Embora não esteja em termos idênticos, essa conclusão também já poderia ser extraída das exceções contidas no artigo 1 (F) da Convenção. Esse limite ao prin-

cípio do *non-refoulement*, conforme lembram Lauterpacht e Bethlehem (2003), deve ser estabelecido quando o refugiado constitui um perigo para a segurança ou para a comunidade do país de refúgio, baseando-se na possibilidade de uma ameaça futura oriunda da pessoa em questão, e não apenas pelo praticado por ela no passado. De toda sorte, ainda que seja aplicada essa exceção, o Estado deve considerar a possibilidade de enviar o postulante a um Estado-terceiro seguro, e não a um local onde ele estaria em risco (GOODWIN-GILL, 2014).

Outrossim, convém esclarecer que, “por segurança nacional, entende-se aqui uma condição relativa de proteção coletiva e individual dos membros de uma sociedade contra ameaças plausíveis à sua sobrevivência e autonomia” (CEPIK, 2001, p. 3), sejam essas internas ou externas. O mesmo entendimento, vale dizer, é compartilhado pelo Alto Comissariado: “a noção de ‘segurança nacional’ ou ‘segurança do país’ é invocada contra atos de natureza bastante séria que ponham em risco, direta ou indiretamente, a constituição (Governo), a integridade territorial, a independência ou a paz externa do país” (UNITED NATIONS, 1997, p. [140], tradução nossa).

Por outro lado, para que se configure a exceção do “perigo para a comunidade”, deve haver uma base sólida para a avaliação de que o refugiado em questão representa um perigo para a comunidade do país de refúgio, ou seja, “à segurança e ao bem-estar da população em geral, em contraste com a exceção de segurança nacional, que se concentra nos interesses maiores do Estado” (LAUTERPACHT; BETHLEHEM, 2003, p. 140, tradução nossa). Ademais, é necessário que haja uma ligação entre o crime praticado e o fato de que o refugiado em questão leve real perigo à comunidade (UNITED NATIONS, 1997). Em suma,

ameaças contra a “segurança nacional” são aquelas perpetradas contra o Estado, sua constituição, órgãos e paz externa, ao passo que o “perigo contra a comunidade” denota uma ameaça à população em geral, isto é, um perigo para a vida pacífica da população em suas diversas facetas (UNITED NATIONS, 1997). Tais conceitos, ainda segundo Cepik (2001), têm grande relevância, pois estão intimamente ligados à noção de política externa, de política de defesa e de provimento de ordem pública em cada país.

No caso em estudo, questões de segurança nacional e ordem pública vêm sendo levantadas como fundamentos para que não haja o acolhimento de refugiados, levando alguns Estados, inclusive, a adotar medidas restritivas para a concessão de refúgio e até a evitar que os solicitantes adentrem seu território. Enquanto as exceções do artigo 33 são invocadas para justificar as políticas restritivas de ingresso e permanência de refugiados e migrantes econômicos em seu território, as regras de procedimento para a determinação da condição de refugiado e o controle de fronteira têm sido instrumentalizados pelos Estados para implementá-las.

### **3. Procedimento de reconhecimento da condição de refugiado**

A Convenção de 1951, de acordo com emenda que lhe foi dada pelo Protocolo de 1967, oferece uma definição geral de refugiado que abranja qualquer pessoa que está fora da sua nação de origem e se encontra impossibilitada ou não deseja retornar em razão de fundado receio de perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo ou por opinião política (Artigo 1 (A) (1) da Convenção de 1951) (UNITED NATIONS, 2010a). Não é ocioso destacar que essa ampliação do conceito de refugiado foi cunhada sob forte influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNITED NATIONS, 1948), e da Declaração sobre o Asilo Territorial (UNITED NATIONS, 1967), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Desde então, o conceito de refugiado se consolidou para albergar “qualquer pessoa que está fora do país de sua nacionalidade, ou se ele não tem nacionalidade, do país de sua última residência habitual, que tenha fundado receio de ser perseguido” por diversas razões (WEIS, 1972, p. 35, tradução nossa). O refugiado, em outras palavras, pode ser apátrida ou não, de tal sorte que a principal característica não é a nacionalidade do indivíduo que determina sua condição, mas a ausência de proteção do Estado.

No regime jurídico atual, o “fundado temor de perseguição” é o elemento-chave da definição de refugiado, deixando de vez no passado o método de determinação por categorias (pessoas de certa origem ou etnia que não estão gozando da proteção do seu país de origem). Em outras palavras, é usado um parâmetro individual<sup>2</sup> para a identificação do refugiado nos dias de hoje, baseando-se tal processo na avaliação das declarações de “temor” (ou receio) e, especialmente, de “perseguição” por ele prestadas. Destaque-se que, embora o elemento “temor” seja um estado de espírito, portanto, uma condição subjetiva e de difícil constatação, a Convenção de 1951 acrescentou um requisito para torná-lo menos vago: “fundado”. Isso significa que não basta averiguar apenas o ânimo do solicitante para que seja reconhecida a condição de refugiado, mas se seus estados emocional e psicológico encontram respaldo em uma situação objetiva. Reserva-se aos Estados, para esse fim, a competência exclusiva para a determinação da condição de refugiado, para a qual levam-se em conta, além de provas, questões relativas à “atribuição e causa”, *e.g.*, se uma ação penal promovida com esteio numa legislação ordinária e aparentemente aplicada sem discriminação atenderia ao requisito da perseguição (GOODWIN-GILL; MCADAM, 2007, p. 7).

A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 não indicam quais procedimentos devem ser adotados para a determinação da condição de refugiado, deixando a critério de cada Estado estabelecer os trâmites que consideram mais adequados, mormente em razão

---

<sup>2</sup>Todavia, há situações de urgência na prestação de assistência que não podem esperar por uma determinação individual da condição de refugiado para cada membro do grupo. Assim, por questões de ordem prática, grupos inteiros podem ser identificados como refugiados por meio de procedimento denominado “determinação coletiva da condição de refugiado”.

das peculiaridades de seus ordenamentos jurídicos. É certo que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) editou um “Manual de procedimentos e critérios para a determinação do *status* de refugiado” (UNITED NATIONS, 2011), como também “Diretrizes de proteção internacional” (UNITED NATIONS, 2002-), cuja utilidade como instrumento orientador do procedimento adequado para a determinação da condição de refugiado não pode ser questionada. Entretanto, falta aos dois documentos a vinculatividade jurídica.

No âmbito da UE, a situação é distinta. A Convenção de Dublin sobre a determinação do Estado responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado em um Estado-membro das Comunidades Europeias (EUROPEAN UNION, 1997) representou a primeira tentativa de uma abordagem europeia conjunta do asilo em conformidade com o regime de refugiados. Seu objetivo era harmonizar os quadros jurídicos dos Estados-membros com base em normas mínimas comuns para aferir a competência da análise dos pedidos de asilo. A Convenção de Dublin trouxe, de forma hierárquica (conforme art. 3º (2), *in fine*), os critérios para determinar qual Estado é responsável por processar o pedido de asilo, quais sejam: 1) o Estado onde o requerente tenha um familiar com residência legal (art. 4º); 2) o Estado onde o requerente possua residência ou visto válido (art. 5º); 3) o local onde o refugiado atravessou, ilegalmente, as fronteiras para um Estado membro a partir de um Estado não membro (art. 6º); 4) o Estado responsável pelo controle da entrada do estrangeiro no território da Comunidade (art. 7º); e 5) na ausência dos demais critérios, o Estado para qual foi endereçado o pedido de asilo (art. 8º). Todavia, poucos foram os Estados que conseguiram seguir a ordem acima arrolada, tornando-se, na

prática, muito difícil o envio de requerentes de asilo para o primeiro país de entrada na União (MENDES, 2017). E mesmo que tivesse funcionado, isso traria um fardo enorme para os países que fazem as fronteiras externas da UE. Assim, essa primeira etapa do Sistema Dublin ajudou a sobrecarregar os países menos preparados para lidar com grandes afluxos de migrantes, contribuindo para os movimentos secundários de migrantes entre os países da União (VELLUTI, 2015).

Fruto das conclusões do Conselho Europeu de Tampere, o Regulamento nº 343/2003 (EUROPEAN UNION, 2003) aprofundou e completou os critérios previstos na Convenção, para introduzir o Sistema Dublin no âmbito normativo da UE. Essa norma inaugurou a segunda fase do Sistema Dublin (ou Sistema Dublin II), tendo como objetivos principais, *inter alia*, o acesso efetivo dos requerentes aos procedimentos de reconhecimento da condição de refugiado, a prevenção do *asylum shopping* e do *refugees in orbit* (MENDES, 2017). No entanto, como destaca Sidorenko (2008), o Sistema Dublin II não cumpriu sua promessa de diminuir os problemas referentes aos pedidos múltiplos de asilo e à longa espera pelo processamento dos respectivos requerimentos. Cumpre, agora, esclarecer os dois conceitos acima empregados.

Há dois problemas inerentes ao regime de refugiados: o do *asylum shopping* e do *refugees in orbit*. Embora essas duas circunstâncias possam ocorrer em períodos de normalidade, elas ficam ainda mais evidentes quando há um aumento extremamente rápido e vultoso do número de refugiados. O primeiro termo é usado para descrever a prática de pedir asilo em vários Estados ao mesmo tempo, ou de pedir em um Estado em particular de sua preferência após transitar por outros (KAUNERT;

LÉONARD, 2012), ao passo que o segundo se refere “àqueles que acabam no limbo, desviados de um país para outro sem acesso à determinação do *status* adequado” (KUMIN, 1995, tradução nossa) ou quando o refugiado é “transportado consecutivamente de um país para outro” (LEGOMSKY, 2003, p. 572, tradução nossa). A ambiguidade de interpretação das normas de um regime jurídico pode levar ao seu descumprimento e, no caso do regime de refugiados, esse descumprimento pode acarretar uma diminuição na concessão dos pedidos de asilo. Com isso, há uma tendência de que os solicitantes arrisquem mais e façam pedidos múltiplos (*asylum shopping*), enquanto aguardam as análises dos respectivos pedidos, precariamente, numa fronteira qualquer. Nesse sentido, a própria UE reconhece esse primeiro problema como “aqueles movimentos secundários dos requerentes de asilo que se devem principalmente à diversidade de regras aplicáveis” (EUROPEAN UNION, 2018b, tradução nossa).

O Sistema Dublin III foi instaurado por meio do Regulamento nº 604/2013 (EUROPEAN UNION, 2013), o qual manteve a base do seu predecessor, mas reformou as medidas relativas aos prazos e à clarificação dos procedimentos, além de aumentar a abrangência para outros requerentes de proteção internacional. O atual sistema também prevê a aplicação do princípio da “única chance” (artigo 3, parágrafo 1), segundo o qual cada pedido de asilo só pode ser analisado por um Estado-membro, tentando, assim, evitar o problema do *asylum shopping* (WENDEL, 2016). No entanto, Mendes (2017) destaca que as críticas aos sistemas anteriores ainda se mantêm, e o atual regime, em dissonância com o artigo 80 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), coloca indevida pressão nos Estados que, apesar de não serem

a primeira escolha dos requerentes, são a sua principal porta de entrada no território da União. Nesse sentido, Wendel (2016, p. 1.007-1.008, tradução nossa) também entende que “levada pela lógica de que a via de fuga de um candidato a asilo determinará normalmente a jurisdição sobre as reivindicações de asilo, o sistema é inerentemente falho, uma vez que imputa fardos indevidos aos países da periferia do sul e do leste” e, por conseguinte, não distribui equitativamente as responsabilidades entre os Estados-membros. Por outro lado, a disfuncionalidade do Dublin III também fica evidente pelos baixos níveis de transferências, bem como pela incapacidade que alguns países têm de assegurar garantias mínimas de alojamento aos requerentes de asilo (WENDEL, 2016).

A fim de criar condições equitativas para desincentivar o requerente de asilo a preferir um Estado, a Comissão e o Conselho europeus, com arrimo no artigo 78 (3) do TFUE, apresentaram soluções para enfrentar a recente crise de refugiados. A primeira, por meio de duas propostas (a COM/2015/450 e a COM/2016/270), e a segunda, pela Resolução nº 2015/1.601 (EUROPEAN UNION, 2015b, 2016c, 2015e). Entre as duas propostas gerais da Comissão, houve ainda a COM/2015/451 (EUROPEAN UNION, 2015a), a qual estabelece medidas específicas e provisórias no domínio da proteção internacional em benefício da Itália, da Grécia e da Hungria, além de duas medidas para realocação de pessoas, tomadas pelo Conselho por meio das Decisões 2015/1.523 e 2015/1.601 (EUROPEAN UNION, 2015c, 2015e).

A COM/2015/450 previa indicadores objetivos e verificáveis a serem utilizados pela Comissão para determinar o número de pessoas a recolocar fora desse Estado-membro, tais como o número de requerentes de asilo *per*

*capita* no Estado-membro nos últimos dezoito meses. O excedente de requerentes de asilo apurado de acordo com os critérios estabelecidos seria, por sua vez, redistribuído para os outros Estados-membros de acordo com uma “chave de referência” criada pela Proposta 450, a qual leva em consideração nesse cálculo, entre outras coisas, o tamanho da população.

A COM/2016/270, por sua vez, apresentou um primeiro conjunto de propostas para a reforma do SECA, em especial do Sistema Dublin, abordando suas fraquezas e completando-o com um novo “mecanismo de alocação corretiva” que se baseia em elementos tais como um novo sistema automatizado para monitorar o número dos pedidos de asilo recebidos por cada Estado-membro e o número de requerentes efetivamente reassentados, e uma nova chave de referência para ajudar a determinar quando um determinado Estado-membro é considerado sob pressão desproporcional (WENDEL, 2016).

Mesmo diante dessas tentativas, a Comissão Europeia reconheceu, recentemente, que “o atual Sistema Dublin não foi concebido para situações de chegadas descontroladas em larga escala e não garante uma partilha sustentável e justa da responsabilidade dos requerentes de asilo em toda a União” (EUROPEAN UNION, 2016a, tradução nossa). Wendel (2016, p. 1.006, tradução nossa) também conclui que “o Sistema Dublin provou ser a fraqueza fundamental do SECA”. Essa conjuntura, agravada pelo significativo aumento de refugiados, levou alguns países que fazem a fronteira externa da UE a limitarem sua exposição a potenciais requerentes, adotando políticas próprias que vão de encontro àquelas fixadas regionalmente (NAGY, 2017). Resta saber, por conseguinte, em que medida essa contramão representa uma afronta ao regime internacional de refugiados.

## 4. A postura dos países do grupo de Visegrado

O V4, conforme visto anteriormente, está inserido no contexto normativo do SECA que, por sua vez, está pautado na Convenção de 1951, com as emendas que lhe trouxe o Protocolo de 1967. No entanto, os números levantados demonstram que seus membros pouco contribuíram para a realocação de refugiados e processamento dos pedidos de asilo. De um total de trinta e dois países, quais sejam, os vinte e oito membros da UE somados à Noruega, Suíça, Liechtenstein e Islândia, os Estados do V4 estão entre os doze Estados que menos concederam asilo no período 2014-2016 (EUROPEAN UNION, 2018a).

O Grupo de Visegrado tem rejeitado, desde o início, a política de quotas obrigatórias da UE para a distribuição dos refugiados. Já na reunião realizada em Praga, em setembro de 2015, os líderes dos quatro países demonstraram, em uma declaração conjunta, que almejavam preservar o caráter voluntário das medidas da UE em relação aos migrantes e que qualquer proposta que levasse à introdução de quotas obrigatórias e permanentes seria inaceitável (IVANOVA, 2018).

No ano seguinte, essa dissidência com a política da UE só aumentou. Não só votaram contra a Decisão nº 2015/1.601 do Conselho, sublevando-se especialmente em face da previsão de que o Estado-membro poderia cumprir parte das suas quotas com o acolhimento de refugiados sírios presentes na Turquia, como também a Eslováquia e a Hungria, com o apoio da Polônia, também buscaram sua anulação no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) (NAGY, 2017). Além de outras matérias processuais, alegaram, no mérito (EUROPEAN UNION, 2017c), que: a) a decisão iria de encontro aos princípios da segurança jurídica e da clareza legislativa; b) a decisão violaria o direito dos requerentes de asilo, garantido pela Convenção de Genebra de 1951, de permanecer no país em que o pedido foi apresentado se não houver vínculos relevantes com o Estado para o qual está prevista a transferência; e c) a medida seria contrária ao princípio da proporcionalidade, isto é, acarretaria efeitos desproporcionais entre as imposições dos contingentes obrigatórios e o peso econômico que cada um desses países pode suportar. Ainda sobre a alegação de afronta ao princípio da proporcionalidade, por exemplo, Eslováquia, Hungria e Polônia argumentaram que a decisão impugnada acarretava limitações à capacidade de recepção e ao direito soberano dos Estados de decidirem livremente a respeito da admissão de nacionais de terceiros Estados em seus territórios. A carga administrativa e financeira que o procedimento de relocação impunha sobre os Estados, em outras palavras, gerava uma carga desproporcional se comparada aos demais países (em especial à Hungria, país que mais

recebeu pedidos de asilo entre os membros do V4). A Polônia, por outro lado, destacou que, em países “eticamente homogêneos”, a “diferença cultural e linguística” era outro fator que dificultaria a realocação obrigatória de refugiados. Insistir nisso, ainda segundo seus argumentos, afetaria sua responsabilidade em manter a ordem pública e a segurança interna. Ao final, todos os argumentos apontados nas impugnações foram rejeitados pelo TJUE em 6 de setembro de 2017.

Esses embates jurídicos refletem o que também é abertamente declarado, individual e coletivamente, pelos Estados do V4. O Secretário de Comunicação húngaro colocou-se publicamente contra a penalidade prevista na COM/2015/450 e afirmou que o país “não assinará nenhum acordo em que renuncie ao direito fundamental de decidir com quem posamos viver juntos na Hungria” (HUNGARY, 2016, tradução nossa). O parlamento polonês opinou pela rejeição da COM/2016/270 por achá-la “incompatível com o princípio da subsidiariedade” (POLAND, 2016, p. 1, tradução nossa). O parlamento Tcheco, por sua vez, por meio da Resolução nº 308, recomendou a “supressão das disposições que estabelecem o Mecanismo de Alocação Corretivo” e o bloqueio da proposta como um todo, enfatizando que “a principal responsabilidade para a tomada de decisões em assuntos de asilo deve ser dada exclusivamente aos Estados-membros”(CZECH REPUBLIC, 2016, p. 3, tradução nossa). A Eslováquia também rejeitou a alocação compulsória prevista no Dublin III e pugnou pelo que chamou de solidariedade “efetiva” ou “flexível”, envolvendo uma abordagem por etapas e apenas uma realocação voluntária (NAGY, 2017). O termo “solidariedade flexível”, entretanto, foi cunhado numa declaração conjunta do Grupo de Visegrado feita durante o Conselho

Europeu de Bratislava, segundo a qual cabe aos Estados-membros decidirem sobre formas específicas de contribuição tendo em conta a sua experiência e potencial. A declaração também enfatizou que qualquer mecanismo de distribuição deve ser voluntário.

No encontro realizado em 21 de novembro de 2016 em Varsóvia, o V4 novamente não deixou dúvidas quanto à sua posição contrária ao mecanismo de realocação obrigatória (VISEGRAD GROUP, 2016a), apontando a falta de eficácia das soluções propostas pela UE para enfrentar o influxo de migrantes ilegais, causando “divisões desnecessárias entre os Estados-membros”. Nesse documento, o V4 faz duras críticas à atual configuração do SECA, notadamente quanto à partilha de responsabilidade, alegando sua inobservância ao princípio da solidariedade e a morosidade na análise dos pedidos de asilo. A resposta do grupo seria, portanto, a implementação de um mecanismo voluntário, no qual cada Estado-membro poderia cooperar de acordo com suas capacidades e recursos disponíveis. Nesse sentido, também reitera que os requerimentos de asilo são de competência dos Estados-membros e que a cooperação deve se limitar a ajudá-los a tornar o processo mais célere, respeitando, assim, sua soberania. Outro ponto que chama a atenção no posicionamento do Grupo de Visegrado é a proposta que enfatiza a necessidade de proteção às fronteiras externas da UE. Ressaltam que a presente crise e a falta de controle adequado dos refugiados constituem uma ameaça à segurança da UE, dos seus Estados-membros e de todos os cidadãos europeus. Destarte, sugerem um conjunto de medidas que visem a melhorar a segurança das fronteiras externas, a agilizar os procedimentos de asilo nos pontos de entrada inicial dos migrantes, a fortalecer a cooperação com países terceiros que fazem parte das principais

rotas de migração e a prestar assistência adequada a países terceiros que acolhem grande número de refugiados (VISEGRAD GROUP, 2016b). Na proposição de medidas destinadas a fortalecer as fronteiras externas, o V4 também procura associar as obrigações internacionais decorrentes do regime de refugiados às questões de ordem pública e segurança interna (VISEGRAD GROUP, 2017b), referenciando os problemas do terrorismo, da criminalidade e da migração ilegal (VISEGRAD GROUP, 2017a).

Nesse aspecto de segurança, de todos os membros do V4, a Hungria se destaca por uma postura mais enérgica. A conjuntura deste país também se diferencia da de seus parceiros regionais, pois está situado bem na rota dos Balcãs Ocidentais e, por conseguinte, encara uma massa de refugiados em suas fronteiras (NAGY, 2017). Como resultado dessa política, a Hungria aumentou a restrição à chegada de novos refugiados, construindo, com recursos próprios (ABOUT HUNGARY, 2016a), uma barreira física nas suas fronteiras e desviando esse fluxo para outros países como Croácia e Sérvia (NAGY, 2017). Foram levantados, aproximadamente, 175 km (cento e setenta e cinco quilômetros) de cercas com arame farpado apenas no ano de 2015 e, em 2016, esse perímetro foi reforçado na fronteira sul com a Sérvia (ABOUT HUNGARY, 2016b). Tal medida, vale dizer, reflete a intenção do V4 em analisar os pedidos de asilo fora de seus domínios em centros administrativos especialmente criados para isso e subsidiados por todos os membros da UE, conforme expressamente sinalizado na Declaração Conjunta dos Ministros das Relações Exteriores de 19 de julho de 2017.

Como resultado da implementação das políticas comuns adotadas, a Hungria, ao lado da Polônia, registra taxa de rejeição de concessão

de asilo, em primeira instância, superior a 75% (EUROPEAN UNION, 2018a). A Hungria é também o país que registra a maior demora no processamento dos pedidos de refúgio: 94% dos pedidos feitos em 2015 ainda aguardavam um desfecho até dezembro de 2016 (PEW RESEARCH CENTER, 2017). As políticas do V4 estão sendo monitoradas, avaliadas e, em certa medida, sujeitadas a procedimentos de *enforcement* por parte dos mecanismos de supervisão desenvolvidos pelos regimes global e regional de proteção aos refugiados. A seguir, examinam-se os desenvolvimentos mais recentes nessa área.

## 5. A avaliação dos mecanismos internacionais de supervisão

Ao monitorar as políticas do V4, o ACNUR expressou sua preocupação com a forma com a qual os países do grupo, em especial a Hungria, vêm limitando o acesso de potenciais refugiados ao seu território e impedindo os requerentes de asilo de se candidatarem à proteção conferida pelas normas internacionais. Conforme visto, dos quatro membros do Grupo de Visegrado, a Hungria se destaca pela postura mais rígida com a limitação de candidatos a asilo por meio da introdução de zonas de trânsito em que os pedidos são tratados por meio de um procedimento de fronteira. Com efeito, o ACNUR tem repreendido as restrições à liberdade de circulação de indivíduos que entram nas zonas de trânsito e são detidos. Embora os que entram nas zonas de trânsito possam sair livremente pelas rotas através das quais eles ingressaram, os limites impostos aos seus movimentos efetivamente reduziram o acesso dos requerentes de asilo ao respectivo procedimento, haja vista que, à luz do artigo 21 da Convenção de Genebra, tais países deve-



riam assegurar alojamento temporário de pessoas nas zonas de trânsito. Por outro lado, entende-se que a legislação europeia permite a acomodação de nacionais de países terceiros que apresentem pedidos de proteção internacional nas proximidades da fronteira ou da zona de trânsito, mas isso não é o mesmo que limitar o número de requerentes de asilo que podem entrar na zona de trânsito (UNITED NATIONS, 2016). Assim, “enquanto os migrantes resgatados podem ter sido registrados pelas autoridades, a maioria não é acomodada em instalações adequadas e é deixada a viver em edifícios abandonados, perto de estações de trem ou nos mercados” (CAMPBELL, 2016, p. 27, tradução nossa).

Assim, novamente dando destaque (negativo) à Hungria, o ACNUR vem insistindo, repetidamente, para que os Estados do V4 não devolvam os requerentes de asilo a terceiros países (tais como Grécia, Croácia, Sérvia, Macedônia, entre outros), uma vez que considera que eles não cumprem suas obrigações de proteção em relação aos refugiados e, portanto, não podem ser considerados seguros. Por fim, também critica a criminalização, por parte da Hungria, do cruzamento não autorizado da cerca da fronteira, com aplicações de penas que vão da prisão domiciliar até a expulsão do país, pois tal medida infringiria o artigo 31 da Convenção de 1951, o qual isenta os requerentes de asilo de penalidades por entrada irregular quando as condições relevantes estão preenchidas (UNITED NATIONS, 2016).

Além do ACNUR, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem apontado para uma falta de *compliance* desses países com os direitos humanos, notadamente uma afronta ao princípio do *non-refoulement*, numa interpretação que estabelece uma conexão direta com o regime dos refugiados. Nos casos *O.M. v. Hungary* (EUROPEAN UNION, 2016b) e *Nabil and Others v. Hungary* (EUROPEAN UNION, 2015d), por exemplo, as autoridades húngaras detiveram os requerentes de asilo sob a alegação de que eles entraram no seu território de maneira ilegal e não possuíam nenhum documento de identificação válido. O TEDH acolheu o pedido do solicitante sob o argumento de que tal detenção atentou contra a Convenção Para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, bem como afastou a aplicação da lei doméstica na qual se fundamentou o governo húngaro. Fundamentou sua decisão no direito fundamental de liberdade e no cuidado que as autoridades locais devem ter em não reproduzir as mesmas condições que levaram o refugiado a sair do seu país em primeiro lugar. No caso *Ilas and Ahmed v. Hungary* (EUROPEAN UNION, 2017a), além da detenção dos solicitantes em uma zona de trânsito, o governo húngaro também determinou o retorno dos requerentes para a Sérvia (país pelo qual entraram na Hungria). O TEDH reconheceu que as condições de

sua suposta detenção ilegal na zona de trânsito eram inadequadas devido ao seu *status* vulnerável e que a expulsão os expunha a um risco real de tratamento desumano e degradante, além acarretar uma possível “expulsão em cadeia” (*chain-refoulement*). Com essa decisão, o TEDH também entendeu que, ao enviar os requerentes de asilo de volta à Servia, a Hungria tinha conhecimento da real possibilidade de que eles seriam enviados para a Macedônia e de lá para a Grécia, primeiro país de entrada dos solicitantes, em uma verdadeira “expulsão em cadeia”. Além de dúvidas quanto à adequação dos procedimentos de asilo nesses países, as condições de recepção na Grécia, aliadas à inadequação do procedimento de asilo nesse país, constituiriam uma violação do artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN UNION, [1950]), que proíbe a tortura, tratos ou penas desumanos ou degradantes, pela qual deveria responder a Hungria. Esse entendimento, à luz dos Direitos Humanos, fornece uma interpretação mais ampla do princípio do *non-refoulement*, pois entende que colocar o refugiado em risco real de receber tratamento considerado desumano ou degradante no seu país de origem ou até em países terceiros (supostamente seguros) é uma forma arbitrária de expulsão.

Percebe-se, assim, que malgrado esses casos digam respeito à situação de análise de reconhecimento do *status* de refugiado, todas as decisões foram tomadas com fulcro em norma típica de proteção aos Direitos Humanos. Isso evidencia o complexo de regimes de refugiados e de direitos humanos e como os dois integram para fortalecer o nível de proteção dos indivíduos.

Recentemente (2017), a Comissão Europeia lançou processos de infração contra a República Tcheca, a Hungria e a Polônia pelos reiterados descumprimentos das decisões tomadas em

2015 acerca da realocação de refugiados que se encontram na Grécia e na Itália (EUROPEAN UNION, 2017b). Passado o prazo de defesa desses três países, o caso será levado ao TJUE para julgamento, o qual poderá, por fim, aplicar sanções financeiras a esses países. Registre-se que, embora a Comissão impute infrações às normas comunitárias, o SECA está pautado na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, logo se pode deduzir que também seriam afrontas ao próprio regime de refugiados. Além disso, quando o TJUE foi acionado pela República da Eslováquia e da Hungria para contestarem as quotas obrigatórias do Sistema Dublin III e a edificação de cerca nas fronteiras do Espaço Schengen, o Tribunal rejeitou os seus argumentos.

A *Human Rights Watch* – HRW, por sua vez, critica o princípio da solidariedade flexível sugerido pelo V4, pois “é difícil prever como esta disposição, ou mesmo todo o esquema, poderia ajudar a atingir o objetivo de maior e mais equitativa partilha de responsabilidades pelos requerentes de asilo em toda a UE” (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016, tradução nossa). Ademais, a HRW também confirmou que os países de Visegrado (além de Eslovênia, Romênia, Bulgária, Chipre e Malta) não reassentaram nenhuma pessoa em decorrência das quotas compulsórias estabelecidas pela UE nos anos de 2015 e 2016.

Assim, aos olhos dos mecanismos internacionais de supervisão e controle, a postura adotada pelo Grupo de Visegrado estaria em desarmonia com as obrigações decorrentes do regime de refugiados. Em face de conflito entre a soberania estatal, incluindo o controle de suas fronteiras e a manutenção da ordem pública, de um lado, e a preservação de direitos humanos básicos, o entendimento é uníssono ao resolver essa antinomia em favor dos refugiados.

Entretanto, é necessário ponderar os argumentos usados pelos membros do V4. É certo que suas declarações conjuntas contêm excessos e se utilizam dos crescentes atos terroristas e criminais no território da UE para justificar suas medidas sob o pálio da segurança nacional, mas nem por isso se pode deixar de enxergar os grandes encargos que lhe são imputados pelo SECA.

Com efeito, da perspectiva do V4, a conclusão seria de que não haveria falta de *compliance*. Seus membros entendem que, malgrado o Sistem Dublin seja parte integrante do SECA e tenha sido criado para prevenir o *asylum shopping* e para proteger os Estados-membros da UE, o mesmo se mostrou incompleto e superficial ao abordar o presente problema dos refugiados. Sua regra de determinação de qual país é responsável para analisar o pedido de asilo, bem como as decisões *ad hoc* de remanejamento obrigatório de refugiados estão criando uma desigualdade abismal entre os Estados-membros, pois jogam toda a pressão nos Estados da fronteira do Espaço Schengen (ROOTS, 2017). Essa combinação de estruturas de incentivo negativas resulta em uma falta significativa de comprometimento e de execução do regime, pois os países que geralmente são os primeiros portos de entrada na UE não têm estímulo para seguir os ditames do Regulamento Dublin III: “A falta de solidariedade é, portanto, complementada por uma falta de eficiência” (WENDEL, 2016, p. 1.008, tradução nossa).

O V4 poderia argumentar que o recurso às medidas que fazem a triagem dos postulantes ao asilo antes de entrarem no território encontra respaldo na prática dos Estados. Trata-se, no caso, da aplicação do princípio da extraterritorialidade como forma de elisão ao comando do art. 33, § 1º, da Convenção de 1951. Os Estados Unidos, por exemplo, assim fizeram no início dos anos 1990 com os refugiados hai-

tianos: a Suprema Corte (UNITED STATES, 1993) ratificou uma ordem executiva dada à Guarda Costeira para que todos os estrangeiros interceptados no alto mar fossem devolvidos aos seus países de origem, entendendo que isso não feriu seu ordenamento jurídico, nem o artigo 33 da Convenção de Genebra. A conclusão dada pela Suprema Corte americana é que o termo *refouler* tem o mesmo significado que “deportar”; logo, se a deportação só pode ocorrer quando o estrangeiro está em solo nacional, quando ele se encontra em águas internacionais, ele não está sendo expulso ou deportado de lugar nenhum. Assim, não haveria ofensa ao art. 33, § 1º, da Convenção de 1951. Prática semelhante foi adotada pelo Reino Unido no início da década passada, quando agentes britânicos do Ministério do Interior “pré-selecionaram”, no aeroporto de Praga, passageiros que tinham o Reino Unido como destino, impedindo o embarque daqueles que não se adequavam às regras de imigração locais. O caso foi levado a julgamento na Câmara dos Lordes (UNITED KINGDOM, 2004) e teve um desfecho semelhante ao caso estadunidense: embora reconhecessem que tinha havido um tratamento discriminatório menos favorável aos passageiros (e futuros solicitantes de asilo), os Lordes que participaram do julgamento entenderam que os direitos da convenção se aplicam apenas aos que estão dentro dos limites de um país. Mesmo em face da apontada prática internacional, Lauterpacht e Bethlehem (2003) lembram que uma interpretação literal do termo *refouler* contido na redação original do artigo 33 da Convenção de 1951 englobaria a rejeição na fronteira e que qualquer ambiguidade na norma deveria ser interpretada de forma mais favorável ao refugiado, em razão do caráter humanitário da Convenção. Os autores reforçam esse entendimento citando algumas conclusões do próprio Conselho Executivo do

Alto Comissariado (nº 6 (XXVII), de 1997; nº 15 (XXX), de 1979; e nº 53 (XXXIX), de 1988), além da Resolução nº 54/1974 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Tal interpretação é subscrita também pelo ACNUR, que entende que a prática de rejeição de refugiados na fronteira é incompatível com as obrigações assumidas na legislação comunitária e internacional (UNITED NATIONS, 2010b).

## Conclusão

Como visto, na avaliação dos órgãos de supervisão, as condutas do Grupo de Visegrado desrespeitam não só o que preceitua o regime de refugiados, mas também o regime de direitos humanos. A proximidade destes regimes, inclusive, é um dos motivos que levou à ampliação do conceito de refugiados nos dias de hoje e contribuiu, sensivelmente, para aumentar a abrangência da Convenção de 1951, com as emendas que lhe trouxe o Protocolo de Nova Iorque.

No entanto, é fora de dúvidas que o aumento extraordinário de refugiados testa os limites da capacidade dos Estados em acolhê-los, especialmente quando se trata de uma área de livre circulação de pessoas, como ocorre no caso em tela. Nesse diapasão, a postura adotada pelo V4, segundo suas próprias alegações, decorre justamente do fato de que o Sistema Dublin está tornando impossível que seus membros possam lidar individualmente com a situação de influxo em massa, causando problemas em sua ordem pública e segurança interna.

Ademais, toda essa conjuntura acarreta um encargo financeiro demasiadamente oneroso para alguns Estados atenderem aos padrões mínimos estabelecidos nas normas do regime de refugiados para os requerentes de asilo. Nesse sentido, a HRW reconhece que a regra do primeiro país é uma “falha notável” do Sistema Dublin, pois coloca todo o ônus nos países de fronteira, além de desconsiderar totalmente a preferência dos requerentes de asilo e sabotar tentativas de reagrupamento familiar de outros refugiados que se encontram instalados em outros países (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016). É notória a grande diferença entre as capacidades financeiras dos Estados-membros, o que significa que também existem desigualdades na forma como podem prestar auxílio aos solicitantes de asilo (não obstante todos os requerentes de asilo terem os mesmos direitos).

Ademais, há uma tendência de ampliação do conceito de refugiado, o que torna, na prática, ainda maior o grupo de pessoas que podem buscar auxílio sob essa alegação. Isso pode, ainda, levar a outro problema, pois o Estado-membro também pode ser responsabilizado não só

pelo descumprimento das normas pertinentes ao regime dos refugiados, como também por violações aos direitos humanos.

O Sistema Dublin III, em síntese, não logrou êxito em atribuir responsabilidades e encargos equitativamente aos Estados-membros, levando ao depauperamento do regime e, por conseguinte, à falta de compromisso com suas respectivas normas e princípios. Toda essa conjuntura afetaria, sobremaneira, a ordem pública dos países do V4, daí a invocação das exceções ao *non-refoulement* contidas no parágrafo 2º do artigo 33 da Convenção de 1951. É certo que essa medida só pode ser tomada em casos excepcionais, mas o grande afluxo de refugiados nos últimos anos justificaria – na perspectiva do V4 – tal postura extrema para cessar o acolhimento de pessoas em busca de asilo pelos países mais prejudicados. Os fundamentos da ordem pública e do impacto econômico têm sido, inclusive, utilizados recentemente pelo Estado de Roraima na Ação Cível Originária 3.121 (BRASIL, 2018), que busca, perante o Supremo Tribunal Federal, o fechamento de suas fronteiras com a Venezuela em face da explosão do fluxo migratório vindo daquele país.

O impacto do influxo extraordinário de refugiados e migrantes econômicos na UE já está produzindo mudanças políticas domésticas significativas nos Estados-membros. É possível que em futuro próximo a posição do V4 não seja mais minoritária dentro da UE e suas propostas ganhem outros adeptos no continente, acarretando uma nova mudança no SECA. Recentemente, a Europa vem passando por uma onda de populismo e nacionalismo, o que se percebe nas eleições recentes e nas mudanças políticas em razão da pressão popular. Na Alemanha, por exemplo, o Alternativa pela Alemanha (AfD, sigla original), um partido de direita e com um discurso radicalmente contra o acolhimento de refugiados, entrou

no Parlamento com uma representação muito acima de 5% (cinco por cento), suficiente para dificultar a formação de coalizões do governo (LÖW, 2017). Por sua vez, a Suécia vem sendo governada por um governo minoritário desde setembro de 2014, mas as respostas políticas à crise migratória sofreram uma guinada nos últimos anos com forte aumento do apoio aos democratas suecos anti-imigração que atualmente são a terceira maior força política do parlamento. Com isso, foram aprovadas várias leis repressivas para conter o fluxo de migrantes e refugiados. Além disso, a Suécia introduziu os controles de fronteira e, portanto, dificultou a entrada dos migrantes, além de expulsar aqueles que não lograram êxito nos seus pedidos de permanência e de aumentar a detenção de imigrantes ilegais (LÖW, 2017).

A atual crise mediterrânea de refugiados e migração também está no topo da agenda atual do governo italiano. Enquanto a maioria das rotas para a Europa está sendo mais controlada nos últimos anos, incluindo a rota dos Balcãs e a fronteira grega com a Turquia, as costas da Itália, que se estendem por mais de 7.600 km (sete mil e seiscentos quilômetros) e são de difícil controle para a Agência de Fronteira Europeia (FRONTEX), continuam sendo uma entrada para migrantes. Com esse grande número de refugiados, a Itália vem fazendo pressão dentro da UE e alertando para o fato de que isso poderá levá-la a violar as regras fiscais da própria UE (LÖW, 2017). Em resposta a esses desenvolvimentos, a UE está reforçando políticas e ações adotadas desde 2005, destinadas a tratar dos refugiados nas suas fronteiras externas, implementando, *e.g.*, os “Programas de Proteção Regional”, que objetivam aumentar a capacidade dos Estados não membros da UE de abrigarem os refugiados que de lá se originam ou por onde transitam (EUROPEAN UNION, 2005).

É imperioso destacar que isso não significa que não se deva prestar ajuda aos refugiados em questão, porém há de se pensar em uma forma equitativa de distribuição de encargos entre os signatários da Convenção de Genebra e do Protocolo de Nova Iorque, observando-se, no caso em tela, o contexto normativo da UE. Com efeito, é necessário repensar o ordenamento jurídico internacional e comunitário em vigor e buscar alternativas para fortalecer o regime de proteção dos refugiados.

### **Sobre os autores**

I. M. Lobo de Souza é PhD em Direito Internacional pela University of London, Londres, Reino Unido; docente no programa de pós-graduação em Ciência Política e Relações Internacionais na Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PA, Brasil; professor adjunto do Departamento de Relações Internacionais da UFPB, João Pessoa, PA, Brasil; Senior Research Fellow do Centre for Defence and Security Studies, University of Manitoba, Winnipeg, Manitoba, Canadá.  
E-mail: ielbolobo@ccsa.ufpb.br

Péricles Filgueiras de Athayde Filho é mestre em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PA, Brasil, e especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; advogado no Escritório Péricles Athayde Filho e Advogados Associados.  
E-mail: pathaydefilho@yahoo.com.br

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>3</sup>**

TESTING THE LIMITS OF THE INTERNATIONAL LEGAL REGIME FOR REFUGEES: THE EUROPEAN CASE

ABSTRACT: Europe is dealing with the largest wave of refugee seekers that the continent has seen since World War II. The European Union has adopted measures to adjust its common policy to the new reality, measures that would be in line with the international legal regime for the protection of refugees. Their implementation has faced resistance on the part of some Member States, especially the countries of the Visegrad Group. The object of this study is to examine to what extent these countries can, in situations of extraordinary flows of refugees and economic migrants to States that participate in an area of free movement of persons, adopt restrictive policies of ingress and permanence in their territory, without affecting its compliance with the refugee protection regime and the human rights regime.

KEYWORDS: REFUGEES. EUROPEAN UNION. VISEGRAD GROUP. HUMAN RIGHTS.

---

<sup>3</sup>Sem revisão do editor.

## Como citar este artigo

(ABNT)

SOUZA, I. M. Lobo de; ATHAYDE FILHO, Péricles Filgueiras de. Testando os limites do regime jurídico internacional dos refugiados: o caso europeu. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 173-196, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p173](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p173)>.

(APA)

Souza, I. M. L. de, & Athayde, P. F. de, F<sup>o</sup>. (2018). Testando os limites do regime jurídico internacional dos refugiados: o caso europeu. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 173-196. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p173](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p173)

## Referências

ABOUT HUNGARY. Hungary builds new border fence. *About Hungary*, [S.l.], Oct. 26, 2016a. Disponível em: <<http://abouthungary.hu/news-in-brief/hungary-builds-new-border-fence/>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Hungary funds its own border fences, NOT the EU. *About Hungary*, [S.l.], Nov. 16, 2016b. Disponível em: <<http://abouthungary.hu/news-in-brief/hungary-funds-its-own-border-fences-not-the-eu/>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 fev. 1991.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária n. 3.121/RR. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 25 set. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437155>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

CAMPBELL, John R. Asylum v. sovereignty in the 21<sup>st</sup> century: how nation-states breach international law to block access to asylum. *International Journal of Migration and Border Studies*, Toronto, v. 2, n. 1, p. 24-39, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Jurídica de Chile, 2001.

CEPIK, Marco. Segurança nacional e segurança humana: problemas conceituais e consequências políticas. *Security and Defense Studies Review*, Washington, DC, v. 1, p. 1-19, 2001. Disponível em: <[http://professor.ufrgs.br/marcocepi/FILES/cepi\\_k\\_-\\_2001\\_-\\_seg\\_nac\\_e\\_seg\\_hum\\_-\\_sec\\_and\\_def\\_review.pdf](http://professor.ufrgs.br/marcocepi/FILES/cepi_k_-_2001_-_seg_nac_e_seg_hum_-_sec_and_def_review.pdf)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

CZECH REPUBLIC. Parliament. Resolution No. 308, of 22 September 2016. *Parliament of the Czech Republic*, Prague, 22 Sept. 2016. Disponível em: <[www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/parlements\\_nationaux/com/2016/0271/CZ\\_CHAMBER\\_CONT1-COM\(2016\)0271\(SUM\)\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/parlements_nationaux/com/2016/0271/CZ_CHAMBER_CONT1-COM(2016)0271(SUM)_EN.pdf)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

EUROPEAN UNION. *European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, [1950]. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities. *Official Journal of the European Union*, Brussels, n. C254, p. 1-12, 19 Aug. 1997. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819(01)&from=EN)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Council Regulation No. 343, of 18 February 2003. Establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national. *Official Journal of the European Union*, Brussels, n. L50, p. 1-10, 25 Feb. 2003. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:050:0001:0010:EN:PDF>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on regional protection programmes. *European Commission*, Brussels, 1<sup>st</sup> Sept. 2005. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0388&from=EN>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union: protocols: declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007. *Official Journal of the European Union*, Brussels, n. C326, 26 Oct. 2012. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=EN>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council, of the 26 June 2013. Establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast). *Official Journal of the European Union*, Brussels, n. L180, p. 31-59, 29 June 2013. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=en>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. European Commission. Proposal for a Council decision No. 451. Establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy, Greece and Hungary. *European Commission*, Brussels, p. 1-27, 9 Sept. 2015a. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/proposal\\_for\\_council\\_decision\\_establishing\\_provisional\\_measures\\_in\\_the\\_area\\_of\\_international\\_protection\\_for\\_it\\_gr\\_and\\_hu\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/proposal_for_council_decision_establishing_provisional_measures_in_the_area_of_international_protection_for_it_gr_and_hu_en.pdf)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. European Commission. Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council No. 450. Establishing a crisis relocation mechanism and amending Regulation (EU) n° 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State... *European Commission*, Brussels, p. 1-23, 9 Sept. 2015b. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-450-EN-F1-1.PDF>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Council decision No. 1.523, of 14 September 2015. Establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece. *Official Journal of the European Union*, Brussels, n. L239, p. 146-156, 15 Sept. 2015c. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1523&from=EN>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. Case of Nabil et al. v. Hungary: application No. 62.116/12. *European Court of Human Rights*, Strasbourg, 22 Sept. 2015d. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157392>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Council decision No. 1.601, of 22 September 2015. Establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece. *Official Journal of the European Union*, Brussels, n. L248, p. 80-94, 24 Sept. 2015e. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1601&from=EN>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. European Commission. Questions & answers: reforming the common European asylum system. *European Commission*, Brussels, 4 May 2016a. Disponível em: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-1621\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1621_it.htm)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. Case of O. M. v. Hungary: application No. 9.912/15. *European Court of Human Rights*, Strasbourg, 5 July 2016b. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164466>>. Acesso em: 5 nov. 2018.



\_\_\_\_\_. European Commission. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council No. 270. Establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast). *European Commission*, Brussels, p. 1-113, 21 Aug. 2016c. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/COM-2016-270-F2-EN-MAIN-PART-1.PDF>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. Case of Ilias and Ahmed v. Hungary: application No. 47.287/15. *European Court of Human Rights*, Strasbourg, 14 Mar. 2017a. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172091>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. European Commission. Relocation: commission launches infringement procedures against the Czech Republic, Hungary and Poland. *European Commission*, Brussels, 14 June 2017b. Disponível em: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1607\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1607_en.htm)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Court of Justice. Cases No. C-643/15 and C-647/15. Applicant: Slovak Republic; Hungary. Defendant: Council of the European Union. *Court of Justice of the European Union*, Luxembourg City, 6 Sept. 2017c. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd0dcd60cea51f4e16a5a7fc861407ffe6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyOaxb0?text=&docid=194081&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=472501>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Asylum statistics. *Statistics Explained*, Luxembourg, 16 Mar. 2018a. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum\\_statistics#Asylum\\_applicants](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics#Asylum_applicants)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. European Commission. Common European asylum system. *European Commission*, Brussels, Nov. 2018b. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/index_en.htm)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. *The refugee in international law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2007.

GOODWIN-GILL, Guy S. The international law of refugee protection. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena et al. (Org.). *The Oxford handbook of refugee and forced migration studies*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014. cap. 3.

HUMAN RIGHTS WATCH. EU policies put refugees at risk: an agenda to restore protection. *Human Rights Watch*, New York, Nov. 23, 2016. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2016/11/23/eu-policies-put-refugees-risk>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

HUNGARY. Brussels must be stopped. *Cabinet Office of the Prime Minister*, Budapest, Aug. 1<sup>st</sup>, 2016. Disponível em: <<http://www.kormany.hu/en/cabinet-office-of-the-prime-minister/news/brussels-must-be-stopped>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

IVANOVA, Diana. Migrant crisis: a main priority for the fifth polish presidency of the Visegrád Group. In: INTERNATIONAL CONFERENCE KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION, 24., 2018, Blagoevgrad. *Anais...* Berlin: De Gruyter, 2018. p. 35-39. Disponível em: <<https://www.degruyter.com/downloadpdf/j/kbo.2018.24.issue-2/kbo-2018-0089/kbo-2018-0089.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplicacao-C3%A7-C3%A3o-no-Ordenamento-Jur-C3%ADdico-Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

KAUNERT, Christian; LÉONARD, Sarah. The European Union asylum policy after the Treaty of Lisbon and the Stockholm Programme: towards supranational governance in a common area of protection?. *Refugee Survey Quarterly*, Oxford, UK, v. 31, n. 4, p. 1-20, 2012. Disponível em: <<https://academic.oup.com/rsq/article/31/4/1/1572616>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

KUMIN, Judith. Protection of, or protection from, refugees?. *Refugees Magazine*, [S.l.], n. 101, 1<sup>st</sup> Sept. 1995. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publications/refugeemag/3b543d444/refugees-magazine-issue-101-asylum-europe-protection-protection-refugees.html>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel. The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion. In: FELLER, Erika; TÜRK, Volker; NICHOLSON, Frances (Ed.). *Refugee protection in international law: UNHCR's global consultations on international protection*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003. p. 87-177. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/470a33af0.html>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

LEGOMSKY, Stephen H. Secondary refugee movements and the return of asylum seekers to third countries: the meaning of effective protection. *International Journal of Refugee Law*, Oxford, UK, v. 15, n. 4, p. 567-677, Oct. 2003. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ijrl/article/15/4/567/1523761>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

LÖW, Neva Natalie. *Migration and unemployment in the cases of Germany, France, Italy and Sweden: a trade union perspective*. 2017. 87 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017. Disponível em: <[http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/325398/1/Loew\\_Neva%20Natalie\\_M.pdf](http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/325398/1/Loew_Neva%20Natalie_M.pdf)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

MENDES, Sara Ribeiro. *A cláusula de soberania do regulamento Dublin III à luz do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros da União Europeia*. 2017. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: <[https://run.unl.pt/bitstream/10362/20441/1/Mendes\\_2017.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/20441/1/Mendes_2017.pdf)>. Acesso em: 5 nov. 2018.

NAGY, Boldizsár. Sharing the responsibility or shifting the focus?: the responses of the EU and the Visegrad countries to the post-2015 arrival of migrants and refugees. *Central European University*, Budapest, n. 17, p. 1-20, May 2017. Disponível em: <[http://www.iai.it/sites/default/files/gte\\_wp\\_17.pdf](http://www.iai.it/sites/default/files/gte_wp_17.pdf)>. Acesso em: 7 nov. 2018.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do *non-refoulement*, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], v. 7, n. 7, p. 51-68, jul. 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94/95>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

PEW RESEARCH CENTER. Still in limbo: about a million asylum seekers await word on whether they can call Europe home. *Pew Research Center*, Washington, DC, Sept. 20, 2017. Disponível em: <<http://www.pewglobal.org/2017/09/20/a-million-asylum-seekers-await-word-on-whether-they-can-call-europe-home/#fn-38866-1>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 27-64.

POLAND. Polish Parliament. Opinion No. 13 of the European Union Affairs Committee of the Sejm of the Republic of Poland. *Interparliamentary EU Information Exchange: IPEX*, [S.l.], Sept. 2016. Disponível em: <<http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COD20160133/plsej.do>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

ROOTS, Lehte. Burden sharing and Dublin rules: challenges of relocation of asylum seekers. *Athens Journal of Law*, Athens, v. 3, n. 1, p. 5-19, Jan. 2017. Disponível em: <<https://www.athensjournals.gr/law/2017-3-1-1-Roots.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

SIDORENKO, Olga Ferguson. The common european asylum system: background, current state of affairs, future direction. *Human Rights Law Review*, Oxford, UK, v. 8, n. 4, p. 731-733, Jan. 2008.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999: conclusões da presidência. *European Parliament*, Londres, 1999. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_pt.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm)>. Acesso em: 6 nov. 2018.

UNITED KINGDOM. House of Lords. Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Another, ex parte European Roma Rights Centre et al. *Judicial Committee*, London, n. UKHL 55, p. 1-70, 9 Dec. 2004. Disponível em: <[http://www.refworld.org/cases,GBR\\_HL,41c17ebf4.html](http://www.refworld.org/cases,GBR_HL,41c17ebf4.html)>. Acesso em: 5 nov. 2018.

UNITED NATIONS. General Assembly. Universal Declaration of Human Rights (1948). *United Nations*, [S.l.], 10 Dec. 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. General Assembly. Declaration on Territorial Asylum (1967). *United Nations*, [S.l.], 14 Dec. 1967. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2312\(XXII\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2312(XXII))>. Acesso em: 5 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. High Commissioner for Refugees. *Commentary on the Refugee Convention 1951: articles 2-11, 13-37*. Geneva: UNHCR, 1997. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3d4ab5fb9.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. High Commissioner for Refugees. *Guidelines on international protection*. Geneva: UNHCR, 2002-. [No. 1-12]. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/search?page=search&skip=0&docid=&cid=49aea93ae2&comid=4a29211b3&querysi=international%20protection%20Guidelines&searchin=title&sort=relevance>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. High Commissioner for Refugees. *Convention and protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva: UNHCR, 2010a. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. High Commissioner for Refugees. *No entry!:* a review of UNHCR's response to border closures in situations of mass refugee influx. Geneva: UNHCR, 2010b. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/evalreports/4c207bd59/entry-review-unhcrs-response-border-closures-situations-mass-refugee-influx.html>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. High Commissioner for Refugees. *Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status: under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva: UNHCR, 2011. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. High Commissioner for Refugees. *Hungary as a country of asylum: observations on restrictive legal measures and subsequent practice implemented between July 2015 and March 2016*. Geneva: UNHCR, 2016. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/57319d514.html>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

UNITED STATES. Supreme Court. Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service et al. v. Haitian Centers Council et al. No. 92-344. *Supreme Court*, Washington, DC, June 21, 1993. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/155/case.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

VELLUTI, Samantha. Who has the right to have rights?: the judgments of the CJEU and the ECtHR as building blocks for a European “ius commune” in asylum law. In: MORANO-FOADI, Sonia; VICKERS, Lucy (Ed.). *Fundamental rights in the EU: a matter for two courts*. Oxford, UK: Hart, 2015. p. 131-149. (Modern Studies in Europe Law).

VISEGRAD GROUP. Joint statement of V4 interior ministers on the establishment of the migration crisis response mechanism. *Visegrad Group*, Warsaw, Nov. 21, 2016a. Disponível em: <<http://www.visegradgroup.eu/calendar/2016/joint-statement-of-v4>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Joint statement of the heads of governments of the V4 countries. *Visegrad Group*, Brussels, Dec. 15, 2016b. Disponível em: <<http://www.visegradgroup.eu/documents/official-statements/joint-statement-of-the-161215-1>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Joint statement by the prime ministers of V4 countries on migration. *V4 Connects*, Budapest, 19 July 2017a. Disponível em: <<http://v4.gov.hu/download/8/9b/d1000/20170719-visegrad-prime-ministers-declaration-on-migration.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministerial Meeting. Joint declaration of ministers. *V4 Connects*, Budapest, 5 Oct. 2017b. Disponível em: <[http://v4.gov.hu/download/0/41/f1000/171005\\_1300\\_V4%20Joint%20Declaration%20EN\\_REV\\_CZ\\_SK\\_PL\\_FINAL.pdf](http://v4.gov.hu/download/0/41/f1000/171005_1300_V4%20Joint%20Declaration%20EN_REV_CZ_SK_PL_FINAL.pdf)>. Acesso em: 6 nov. 2018.

WEIS, Paul. Human rights and refugees. *International Migration*, Ottawa, v. 10, n. 1-2, p. 20-37, Jan./Apr. 1972.

WENDEL, Mattias. The refugee crisis and the executive: on the limits of administrative discretion in the Common European Asylum System. *German Law Journal*, Frankfurt am Main, v. 17, n. 6, p. 1.005-1.032, 2016. Disponível em: <[https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/58345a0af5e2313c9c853665/1479825931733/06+PDF\\_Vol\\_17\\_No\\_06\\_Wendel\\_Final.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/58345a0af5e2313c9c853665/1479825931733/06+PDF_Vol_17_No_06_Wendel_Final.pdf)>. Acesso em: 6 nov. 2018.

# Dogmática no século XXI

## A lei *versus* a prática nas sociedades estatais

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES

**Resumo:** O artigo parte de ensinamentos a respeito do capitalismo de compadrio, da importância das instituições e dos interesses públicos e privados para analisar os potenciais acertos e equívocos da disciplina das Sociedades Estatais, apresentada como antídoto a corrupção e desvios. O método utilizado é o de pesquisa bibliográfica, associado à técnica de análise de caso, consubstanciada na exposição de partes da Lei nº 13.303/2016. Conclui-se que a nova lei é imperfeita em vários de seus aspectos ao tentar contribuir de maneira efetiva para a melhoria do ambiente institucional brasileiro, considerando especialmente as instituições informais instaladas. Serve, nessa hipótese, mais como um instrumento retórico do que um efetivo contributo à sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Capitalismo de compadrio. Ambiente institucional. Efetividade. Dogmática contemporânea. Sociedades estatais.

### 1. Introdução

O objetivo do artigo não é discutir se o Estado deve ou não intervir na economia brasileira. Parece bastante claro que o ambiente institucional (e social) de nosso país não permite que se parta da premissa de que o mercado deva ser relegado à própria sorte, sem que severas consequências sejam imputadas à sociedade humana.

Se o ponto de partida é o de que o Estado brasileiro precisa intervir, o problema pode ser transposto para o patamar seguinte do dilema: a delimitação da intervenção do Estado – portanto, política – no mercado. Tal intervenção deve preferencialmente ocorrer por meio da regulação e apenas excepcionalmente por meio da atuação direta do Estado.

Recebido em 15/2/18

Aprovado em 9/4/18

Essa não é uma opção ideológica; é o que se extrai da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988).

A empresa é tida no sistema legal brasileiro como o principal agente econômico. A atuação direta na economia por meio das sociedades estatais é tratada como uma excepcionalidade à primazia privada, para as hipóteses de relevante interesse coletivo e motivo de segurança nacional.

As sociedades estatais foram essenciais para os momentos de pouca competitividade, especialmente em relação às empresas de base para o sistema econômico nacional. Já estiveram atreladas a situações de monopólio estatal, já foram associadas à grandeza do país. Hoje, as maiores delas passam pelo crivo do Poder Judiciário nas operações policiais e judiciais que desmantelaram e desmantelam negócios espúrios, em muito resultado de um ambiente instaurado de confusão entre interesse público e interesse empresarial. Além, é claro, das circunstâncias de desvio de dinheiro público para enriquecimento pessoal e partidário.

O artigo, inspirado na realidade brasileira e na dogmática contemporânea, busca, por meio da análise econômica e jurídica, apresentar diretrizes para a opção interventiva, passando pelas noções de mercado e de Estado para, nas últimas seções, esboçar considerações preliminares sobre a Lei nº 13.303/2016 (BRASIL, 2016a), que apresenta um estatuto jurídico para as sociedades estatais brasileiras e sua potencialidade de servir aos propósitos que orientaram a sua propositura e aprovação.

Como o Estatuto Geral das sociedades estatais foi promulgado no ano de 2016, diante da inexistência de discussão aprofundada sobre a temática seja na esfera do Poder Judiciário, seja pela doutrina, o propósito do artigo é instigar pensadores do Direito a saírem de sua situação de conforto, de forma a permitir que

uma visão mais depurada da realidade sirva ao estabelecimento de políticas públicas com os alcances práticos desejáveis em termos do desenvolvimento econômico e social do Brasil.

## 2. A medida da intervenção

Os parâmetros para se estabelecer o grau de atuação estatal na economia são objeto de discussão há cerca de um século (BRUE, 2011). Se a necessidade de intervenção parece incontestemente depois do fracasso das experiências excessivamente liberais, a intervenção exacerbada também se mostrou inapropriada, como demonstram o fracasso da União Soviética e o contemporâneo e radical exemplo da Venezuela, em que se noticia a falta dos materiais mais essenciais para os seres humanos (SILVA, 2014).

Conseqüentemente, o grande desafio é dosar a intervenção. No Brasil, os programas de desestatização tomaram força nos anos 90 (BOCCANERA, 1998; SOUTO, 1991).

A CRFB prevê a atuação econômica estatal como uma via excepcional. Ocorre que a realidade demonstra que o Estado Brasileiro foi paulatinamente ampliando a sua esfera de atuação, a ponto de não somente atividades essenciais permanecerem sob o controle estatal, como também a própria iniciativa privada encontrar-se atrelada de modo bastante próximo ao Estado (RIBEIRO; ALVES, 2013).

A relação demasiadamente estreita entre o Estado, titular maior do interesse público, e as empresas, normalmente voltadas ao propósito de majoração patrimonial de seus sócios por meio da obtenção do lucro, associada a um ambiente institucional em que ainda não estão perfeitamente consolidados determinados princípios éticos, faz com que muitas vezes o interesse público seja um acobertamento de

interesses que não podem ser chamados nem mesmo de interesses do mercado, pois se resumem a interesses de determinadas empresas.

O Estado brasileiro apresenta as mais diversas formas de intervenção na Economia: empresas com capital totalmente estatal, sociedades de economia mista, participações societárias em pessoas jurídicas em que prevalece o capital privado, ingerência por meio de leis, regulamentos e decretos, agências reguladoras e outros órgãos estatais.

Também o Poder Judiciário assume uma posição cada vez mais ativa na esfera privada, impondo obrigações e restrições aos agentes econômicos por meio de interpretações legislativas que não raramente acarretam aumento de custos para a atividade empresarial (SARMENTO, 2010), como se verifica com clareza nas questões envolvendo saúde, assim como em questões procedimentais (RIBEIRO; RUDINIKI NETO, 2016).

Com efeito, várias reflexões são decorrentes da intervenção estatal na economia, de modo que algumas delas se sobressaem no atual contexto da análise política brasileira, em que se observa o absoluto descrédito da população em relação aos agentes públicos. Os grandes debates contemporâneos podem ser consolidados na busca da definição do que configura um legítimo interesse do Estado, no levantamento da escolha e da eficiência das ações interventivas estatais, assim como no estabelecimento de parâmetros que possam justificar que o Estado mantenha investimentos em determinadas sociedades empresárias, como se agente privado fosse.

A respeito da intrincada relação entre o Estado e a Economia no Brasil, exemplo significativo é o do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento). Como se não bastasse o fato de o volume de capital injetado pelo BNDES superar os valores captados no mercado brasileiro por meio da emissão de ações e debêntures (SCHAPIRO, 2010), o Banco Público é ainda titular de ações em mais de 26 (vinte e seis) empresas (públicas e privadas), dentro dos mais diversificados ramos de atuação, tais como petrolífero, aviação, papelero e de telefonia (GALLO, 2011).

Tal situação ganha ainda maior relevo com o recente pedido de recuperação judicial formulado pela Oi SA, noticiado como o maior do Brasil, em razão do volume de débitos.

A referida empresa de telefonia é uma das pessoas jurídicas em que o BNDES é sócio e em que, portanto, há relação direta entre o Estado e os agentes privados. A indagação acerca das razões e do acerto em o Estado fazer parte do quadro societário da companhia que, agora, apresenta substanciais sinais de insolvência, traz perturbadoras conclusões.

Todas as modalidades de intervenção moldam o comportamento dos agentes econômicos privados, por meio de incentivos e desincenti-

vos que provocam reações por parte dos *players* do mercado (GICO JUNIOR, 2016).

Parece despiçando narrar que toda ação estatal interventiva gera uma reação dos agentes econômicos, alterando o estado natural do mercado. Não há aumento de obrigações ou atuação estatal na economia que seja desassociada de efeitos, seja na majoração do preço ao consumidor (mais comum), seja na minoração do lucro do empresário ou, numa situação extrema, no desestímulo à atividade empresarial. Dessa forma, intervir significa interferir no ambiente negocial, o que pode ser considerado uma estratégia redistributiva ou asseguradora dos direitos sociais, mas que inevitavelmente produzirá impactos desejados ou indesejados.

Um dos grandes problemas na intervenção por meio da norma jurídica reside justamente nos efeitos indesejáveis que podem dela decorrer. Na economia, o Efeito Peltzman pode ser resumido como a dissonância entre os objetivos que nortearam a norma editada e outros efeitos que dela decorrem involuntariamente (SHIKIDA, 2016). Trata-se, por exemplo, de uma norma que, no propósito declarado de minimizar danos ambientais, estabelece muitas aplicáveis nas situações indesejadas, mas que, em razão do proveito econômico real do empresário na dada situação concreta, acaba por consolidar a prática infratora que se repete, já que o proveito é maior do que a sanção.

Com base na análise da realidade norteamericana, Zingales identificou que por vezes a intervenção estatal na economia não ocorre por critérios técnicos que visem ao melhor resultado para o ente público, mas sim é decorrência de investimentos de grupos privados na formação de interesses políticos. A associação entre interesse público e interesse das empresas estaria na raiz de graves problemas na economia daquele país. O capitalismo, para o autor, perdeu sua condição de capitalismo pró-mer-

cado para consolidar-se como capitalismo pró-empresa, promovendo um desvirtuamento num sistema que, na opinião do autor, fez dos Estados Unidos da América um exemplo de país desenvolvido e gerador de oportunidades (ZINGALES, 2015).

Como consequência, o *lobby* (no sentido negativo) e contatos pessoais de determinados agentes econômicos resultam em escolhas racionalmente pouco justificáveis pelos gestores do poder público. Na mesma linha, Galbraith (2004) assevera que se tem apenas a aparência de separação entre público e privado, uma vez que, no plano real (não meramente teórico), política e economia são entrelaçadas. A tarefa necessária não estaria na separação do indissociável, mas na compreensão de relações acobertadas que, na aparência de estarem pautadas num interesse maior, na verdade voltam-se a interesses privados não declarados, expressando fraudes disseminadas na vida da sociedade contemporânea.

Observa-se que contatos pessoais e questões subjetivas não raramente prevalecem nas escolhas públicas que resultam em intervenções na Economia, fazendo com que a intervenção estatal não busque necessariamente o melhor resultado no plano econômico e social do país (GALBRAITH, 2004). Tal afirmação, infelizmente, aparenta ser o atual retrato do Brasil.

Trata-se do chamado capitalismo de compadrio, em que o processo decisório é marcado por fatores que remetem à troca de favores entre governantes e gestores da iniciativa privada, situação que desvirtua o caráter competitivo do mercado e favorece a negociação que traz benefícios pessoais ou partidários ilícitos.

Como o capitalismo se funda na meritocracia, a partir do momento em que começam a ser observadas falhas que propiciem resultados distorcidos, há um abalo e um desincentivo à atuação de acordo com o Direito. Dessa forma,



além dos evidentes abalos diretos em termos econômicos, o grande prejuízo causado pelo capitalismo de compadrio é a descrença na sistemática capitalista e na concepção de que o melhor obtém os melhores resultados.

Quanto maior for a parcela de agentes privados que acumula sua riqueza por força das conexões políticas, maior a percepção de que o capitalismo é injusto e corrupto por parte de toda a população (ZINGALES, 2015). Tal sentimento parece cada vez mais enraizado na realidade brasileira com o cotidiano desvelar de operações de financiamento de campanha com o intuito de receber benesses futuras de governantes.

Por outro lado, as instituições são as restrições humanas que estruturam as interações entre os sujeitos. São as regras do jogo, as normas que pautam as atuações dos agentes econômicos em todo tipo de interação (NORTH, 1990). Quanto mais claras as regras, maior a confiança; e quanto maior a confiança, maior é o desenvolvimento econômico de um país. Mas, para que cumpram seu papel institucional, as normas precisam ser eficientes. Se não se produz a eficiência, não se justifica o caráter de instituição formal de que se revestem as leis. Porém, aponta o mesmo autor, as normas não são frequentemente elaboradas para serem eficientes, mas sim como fruto de interesses organizados ou de propósitos redistributivos (NORTH, 1990, p. 360).

Ao analisar os desvios de conduta como elementos que abalam a confiança na sistemática capitalista, é possível fazer uma aproximação teórica direta entre os posicionamentos de Zingales e de North, a fim de fixar os alicerces para os últimos movimentos do Estado brasileiro na tentativa de recuperar a confiabilidade na sistemática econômica do país.

Zingales assevera que as ilicitudes quebram a confiança no sistema capitalista. North, por

sua vez, explica que a estabilidade, decorrente da confiança, é elemento central para o bom desenvolvimento econômico. Assim, pode-se concluir que o capitalismo de compadrio é responsável por prejudicar o ambiente institucional, afetando de maneira direta a possibilidade de sucesso da economia.

Frise-se que as ilicitudes quebram a confiança no sistema e que a estabilidade, decorrente da confiança, é elemento central para o bom desenvolvimento econômico e social (NORTH, 1990). Assim, pode-se concluir que o capitalismo de compadrio é responsável por prejudicar o ambiente institucional, afetando de maneira direta a possibilidade de sucesso da economia. Se as regras do jogo não são claras e seguidas, cria-se um contexto de desconfiança que pode afastar, de forma importante, o interesse em investimentos de médio e longo prazo no país.

Os hábitos, por exemplo, fazem com que determinados comportamentos se tornem preponderantes mesmo que desconformes à lei. Neste sentido, North (1990) explica que a importância das restrições informais pode ser identificada com a constatação de que as mesmas regras ou constituições produzem diferentes efeitos se aplicados a países diferentes. No mundo ocidental moderno, pensa-se na economia como ordenada por leis formais. Entretanto, as regras formais são apenas uma parte das restrições que moldam as escolhas, uma vez que as normas informais possuem enorme relevância.

Nessa linha de raciocínio, observa-se que de nada adianta a existência de regras que preconizem a busca pelo interesse público, o bem-estar social e a eficiência nas escolhas públicas, caso as instituições informais, especialmente o comportamento dos agentes envolvidos, façam prevalecer padrões de conduta desconformes ao direito.

Com esse embasamento teórico, o artigo se propõe a analisar a recente ferramenta de moralização das sociedades estatais, as quais exercem um papel bastante relevante na economia brasileira: a Lei nº 13.303/2016 (BRASIL, 2016a), chamada de Nova Lei das Sociedades Estatais, regulamentada pelo Decreto nº 8.945/2016 (BRASIL, 2016c). Os objetivos das seções seguintes são compreender alguns dos dispositivos da lei e verificar, pautado em uma análise jurídica e econômica, se o ambiente institucional brasileiro tende a ser melhorado por intermédio do novo diploma normativo.

### **3. A lei das sociedades estatais**

A dogmática contemporânea não pode ser indiferente à constatação de que fatos da vida real interferem na atividade legislativa. É natural também considerar que o que é encampado pelo Estado seja associado a algo justificado pelo interesse público ou coletivo. Mas, conforme exposto nos itens anteriores, algumas vezes o que se mostra externamente como uma opção de Estado é, na verdade, o resultado do investimento de grupos de interesse na formação política (TESSEROLLI; KLEIN, 2016), expondo o que pode ser considerado um desvirtuamento do capitalismo, o capitalismo de compadrio.

Num momento em que o país tenta ultrapassar uma grave crise econômica e social e um quadro de instabilidade política que permitiu inclusive que fosse enfrentada a experiência de um governo interino, com ministros interinos e programas e projetos interinos, foi concluída a aprovação da Lei nº 13.303/2016 (LE), que se volta à disciplina das sociedades estatais.

O quadro do entorno dessa lei envolve a prisão de uma centena de agentes públicos e de empresários interligados, delações e perdas de mandato. A inclusão de mais uma lei aos milhares já existentes pode ser considerada uma tentativa de, por meio de uma instituição formal, modificar-se um ambiente institucional informal defeituoso, no qual comportamentos oportunistas e à margem da lei representam mais um problema a ser enfrentado juntamente com a crise econômica generalizada.

Poucas oportunidades seriam tão propícias a sugerir a conveniência de regulamentar as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas (NORONHA; FRAZÃO; MESQUITA, 2017).

Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas são espécies do gênero sociedades estatais, nas quais há necessariamente recursos públicos envolvidos, e, ao se considerar a escassez de recursos públicos, nascem de uma escolha política.

O art. 173 da CRFB (BRASIL, 1988) prevê, em seu § 1º, a edição de uma lei para o estabelecimento do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

O mesmo dispositivo estabelece quais as matérias a serem contempladas no referido estatuto jurídico:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

A Lei das Estatais resolveu enfrentar, entre outros aspectos, a função social das sociedades estatais, definindo-a como a própria consecução do relevante interesse coletivo que justificou a sua criação. Ao trazer essa definição, a Lei delimita a possibilidade de interpretação do que possa ser caracterizado como função social, o que acarreta uma redução na flexibilidade do conteúdo para o agente político, de forma a possibilitar algum tipo de controle de seus resultados (FRAZÃO; VIVIANI, 2017).

O artigo 173, § 2º, da CRFB determina que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. O § 3º dispõe que a lei regulamentará as relações

da empresa pública com o Estado e a sociedade. O § 5º prevê que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (BRASIL, 1988).

A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, foi organizada de forma a disciplinar as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias sob vários aspectos: sua criação, aplicação do direito societário, normas de governança, diretrizes para a elaboração do estatuto da companhia, acionista controlador, administração, instituição do Comitê de Auditoria Estatutário, função social, licitações, fiscalização pelo Estado e pela Sociedade e prazo para as necessárias adaptações, não sendo aplicável às sociedades semiestatais (SANTOS, 2015).

### 3.1. Observações iniciais

A CRFB define, no art. 173, os temas reservados para uma disciplina contida num Estatuto Jurídico específico para as Sociedades Estatais.

Quando se pensa a intervenção do Estado sob a ótica do mercado e são considerados os riscos da escolha pública, é imprescindível repassar a recente Lei sob as lentes dos limites autoimpostos à intervenção do Estado nas empresas estatais pelo mencionado art. 173 da CRFB.

Até porque, ainda que sejam sociedades estatais, são empresas, em sua maioria, que operam no regime de concorrência com a iniciativa privada, e toda imposição com impactos societários tem o potencial de influir no mercado concorrencial. Desse modo, quanto mais pesada a mão do Estado, maior o risco de

serem produzidas condições artificiais potencialmente impactantes para o mercado, além da possibilidade não negligenciável de produção de efeitos indesejáveis, configurando uma situação de Efeito Peltzman, nas palavras de Shikida (2016).

Comparando-se o teor do art. 173 da CRFB e o conteúdo expresso na Lei nº 13.303/2016, observa-se que a Lei foi além da determinação constitucional em vários aspectos, especialmente quando disciplina, no inciso IV, “a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários” (BRASIL, 1988).

Além dos aspectos administrativos, a Lei apresenta algumas impropriedades técnicas e deixa de fazer, nas suas determinações, uma importante distinção entre empresas estatais federais e aquelas controladas pelo ente público estadual e municipal, assim como não faz a distinção entre sociedades que operam e que não operam em mercados competitivos, além de desconhecer algumas especificidades das sociedades de economia mista comparativamente às empresas públicas.

### 3.2. Competência legislativa

A CRFB define a competência legislativa da União, dos Estados e dos Municípios. Define como competência exclusiva da União legislar sobre “Direito Comercial” (art. 22, I) e como competência concorrente da União, Estados e Municípios legislar sobre “Direito Econômico” (art. 24, I). Prevê como de competência da União a fixação de normas gerais (art. 24, § 1º), quando então prevalecerão sobre normas eventualmente fixadas pelos Estados (art. 24, § 4º) (BRASIL, 1988).

A CRFB também define a estrutura federativa e a autonomia administrativa dos entes da federação (art. 18).

No âmbito da Lei nº 13.303/2016, há o conteúdo de matéria comercial (societário) – estrutura da empresa; e o conteúdo da ordem do direito econômico/administrativo, relacionado ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador público. Aqui, em nosso entender, deve prevalecer o poder discricionário do administrador dentro do âmbito da competência federal, estadual e municipal.

Algumas das considerações acima expostas serão melhor analisadas nos próximos tópicos.

#### 3.2.1. Diretrizes para a lei que autoriza a criação

As diretrizes para a elaboração do estatuto da companhia (art. 13 da LE) (BRASIL, 2016a) indicam que deve constar da lei que autorizar a sua criação disciplina sobre:

- I – constituição e funcionamento do Conselho de Administração;
- II – requisitos para exercício do cargo de diretor;
- III – avaliação de desempenho;
- IV – constituição e funcionamento do Conselho Fiscal;
- V – constituição e funcionamento do Comitê de Auditoria Estatutário;
- VI – prazo de gestão dos integrantes do Conselho de Administração e Diretoria;
- VIII – prazo de gestão dos membros do Conselho Fiscal.

O art. 173, *caput*, da CRFB prevê a necessidade de lei para a criação da sociedade estatal, e não para a definição do conteúdo de seu estatuto. Entende-se que a Lei nº 13.303/2016 poderia ter determinado a integração de tais disciplinas no estatuto (ato constitutivo) da sociedade estatal, mas não na lei que autoriza a sua criação.

Está-se diante de um dispositivo legal que, por ultrapassar o conteúdo autorizado pelo art. 173 da CRFB, não pode ser considerado adequadamente incluído em um Estatuto Geral para as sociedades estatais, mas tão somente como uma opção administrativa no âmbito das sociedades estatais federais<sup>1</sup>.

### 3.2.2. Política de indicação dos administradores

O art. 14, III, da LE define o dever de o acionista controlador observar a política de indicação dos administradores e dos membros do Conselho Fiscal.

Aqui, a política de indicação de administradores e dos membros do Conselho Fiscal extrapola a previsão do art. 173, § 1º, inciso IV, da CRFB: “a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários” (BRASIL, 1988). O termo *constituição* se refere à existência ou criação do órgão no estatuto da sociedade estatal, e não à sua composição.

O mesmo pode ser observado na disciplina dos requisitos para indicação dos administradores relacionados à experiência profissional (art. 17, I), formação acadêmica (art. 17, II), enquadramento em hipótese de ineligibilidade (art. 17, III), vedações à indicação (art. 17, § 2º e § 3º), dispensa parcial dos requisitos para indicação de empregados (art. 17, § 4º) – todos da LE (BRASIL, 2016a). Também quando a LE, no art. 20, veda a participação remunerada de membros da administração pública em mais de dois conselhos.

Em relação ao Comitê de Auditoria Estatutário, sua competência e composição (art. 24 e art. 25 da LE), aplica-se o mesmo raciocínio dos exemplos anteriores. Os dispositivos são aplicáveis às sociedades estatais tituladas pelo Poder Público Federal. No que diz respeito às sociedades estatais das unidades da federação e municipais, os temas estariam, como no caso anterior, condicionados à edição de normas próprias, pois cabe aos estados e municípios disciplinarem em relação às sociedades por eles tituladas, por tratar-se de matéria de competência concorrente – Direito Econômico/Administrativo.

Quanto à disciplina do membro independente do Conselho de Administração, art. 22 da LE, mais uma vez é preciso lembrar que a política de indicação prevista na Lei nº 13.303/2016 só é aplicável às socie-

---

<sup>1</sup> A Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal e a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro ingressaram com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, no mês de novembro de 2016. A referida ação encontra-se em tramitação sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Ver Brasil (2016b).

dades estatais tituladas pela União, cabendo aos Estados e aos Municípios disciplinarem em relação às sociedades por eles tituladas, por tratar-se de matéria de competência concorrente, salvo no que se refere à indicação de participação de acionistas minoritários (art. 173, IV, da CRFB) (BRASIL, 1988) e representante dos trabalhadores (Leis específicas e Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404/1976 (LSA)) (BRASIL, 1976).

### **3.2.3. Primeiras conclusões**

Além de ter extrapolado a definição normativa do âmbito disciplinador de um Estatuto Geral para as sociedades estatais em aspectos relacionados à gestão da sociedade – portanto, de ordem administrativa –, a LE limita gastos com publicidade, o que mais uma vez é aplicável apenas às sociedades estatais controladas pela União; não há qualquer impedimento para que os estados federados e os municípios criem suas próprias normativas.

Também a definição de prazo para aprovação da estratégia de longo prazo (art. 95 da LE) invade a competência dos estados e municípios no que se refere às suas empresas estatais.

A amplitude da LE pode ser questionada, mais uma vez com base na linha de pensamento de North, quanto ao propósito de alteração de um quadro institucional informal (nem sempre conduzido na trilha do interesse público) por meio de alterações legislativas com pretensões alargadas, que deixam de lado os limites impostos pela CRFB.

### **3.3. O conceito de controle**

O art. 4º da LE entende por sociedade de economia mista aquela cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria às pessoas jurídicas de direito público ou entidade da administração indireta.

Trata-se de um conceito de Direito Societário aqui apresentado de forma específica para as sociedades estatais, já que se limita à figura do controle acionário majoritário.

Controle se configura pela titularidade de ações que assegure ao seu titular a maioria dos votos nas deliberações em Assembleia Geral e o direito de eleger a maior parte dos administradores da sociedade, atrelado ao efetivo exercício desta prerrogativa (art. 116 da LSA).

O art. 4º da LE condiciona a caracterização do controle à titularidade da maioria das ações pelo controlador.

Em tempos de limitações orçamentárias – e a nosso ver irreversíveis –, o conceito de controle poderia ter sido atualizado pela LE. O Estado pode ostentar uma situação de controle com menor investimen-

to, ou seja, sem a obrigatoriedade de manter sob sua titularidade a maior parte das ações com direito a voto – lembrando que, a cada aumento de capital da empresa, o Estado será obrigado a fazer novo aporte de forma a manter o seu percentual de participação no capital social. Há a possibilidade de que se adote um sistema acionário que opere com ações com voto restrito (o que restringiria, por exemplo, o poder de voto dos demais acionistas, possibilidade do art. 110, § 1º, da LSA); há ainda, na LSA, a possibilidade de emissão de ações ordinárias com direitos especiais de eleição (art. 16, III), além das ações chamadas de *golden share*, art. 17 da LSA (“§ 7º Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembleia-geral nas matérias que especificar.”) (BRASIL, 1976), como é o caso da Embraer.

São, ao que parece, alternativas que assegurariam ao Estado o poder de conduzir a atividade da empresa sem a necessidade de manter a maioria das ações com direito a voto. Especialmente nas sociedades de economia mista, cujas ações são negociáveis em bolsa, a difusão na titularidade das ações pode garantir ao controlador o poder em percentuais bastante inferiores à maioria do total das ações, cuja estabilidade poderia ser assegurada por alguma das estratégias mencionadas exemplificativamente, além da utilização de acordos de acionistas.

O atrelamento do controle do Estado à propriedade da maioria das ações com direito a voto pode produzir mais uma situação de Efeito Peltzman, na expressão de Shikida (2016), efeito indesejado, já que o Estado ficará com o ônus de investimento nas sociedades estatais, sempre que houver aumento de capital.

### 3.4. Corrupção

Como lembrado no início da seção, o momento é oportuno para normativas que se contraponham à experiência dos exemplos de corrupção e desvios de importantes empresas estatais brasileiras.

Compreensível, portanto, a redação do art. 9º, § 1º, I, da LE (BRASIL, 2016a), que prevê a vedação de atos de corrupção e fraude. Compreensível, mas pouco justificável, já que a vedação aos mencionados atos decorre há muito das normas aplicáveis aos agentes públicos, tanto na esfera criminal como civil, não tendo sido, no entanto, suficientes para evitar a situação atual. Vale dizer, não basta a expressão em palavras para que determinado comportamento seja alterado. Há necessidade de uma verdadeira mudança institucional (NORTH, 1990), muito mais complicada e lenta.

Veja-se ainda o fato de a LE trazer uma série de restrições para a indicação dos administradores das empresas, algumas excepcionadas para os empregados da empresa estatal (art. 17, § 5º, III). A mensagem que decorre dessa opção é a de que os empregados da empresa estariam, quem sabe, menos sujeitos a desvios e à corrupção. Todavia, e mais uma vez provado pela realidade, nos escândalos investigados há uma evidente participação de funcionários de carreira para os nefastos resultados.

Quer-se dizer que a opção de interferência em questões empresariais pode ser pouco eficiente, mas será potencialmente onerosa para as empresas estatais.

### 3.5. Dúvidas técnicas

O art. 22 da LE determina que o Conselho de Administração deve ser composto, no mínimo, por 25% de membros independentes ou por pelo menos 1 (um), caso haja decisão pelo

exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, nos termos do art. 141 da LSA.

O voto múltiplo é uma faculdade que cabe aos acionistas requererem ao presidente da assembleia geral, que irá deliberar sobre a eleição de membros do Conselho de Administração, que lhes seja atribuído, naquela eleição, tantos votos quantos forem os cargos vagos. O art. 22 da LE prevê que deve ser garantido, na composição do Conselho de Administração da estatal, pelo menos um membro independente “caso haja decisão pelo exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, nos termos do art. 141 da [LSA]” (BRASIL, 2016a). O art. 141 da LSA prevê que cabe aos acionistas que representem ao menos um décimo do capital votante o direito de requererem a adoção do voto múltiplo, com a consequência já descrita de atribuição para as ações com direito a voto de tantos votos quantos forem os cargos vagos na eleição para a qual houve a solicitação (BRASIL, 1976). O art. 141 estabelece em seu § 1º que o presidente da Assembleia Geral irá comunicar o pedido de voto múltiplo. O voto múltiplo será aplicado a todas as ações com direito a voto, e não apenas ao acionista minoritário. Dessa forma, tanto as ações que integram o grupo de ações de controle, como as demais com direito a voto terão o número de votos multiplicado pelo número de cargos vagos.

Diante da aplicação geral da mesma regra para todas as ações com direito a voto e da possibilidade de seus titulares concentrarem os votos em um ou alguns dos candidatos, dificilmente a adoção do voto múltiplo produzirá um resultado diferente daquele que seria obtido sem o exercício da faculdade. Logo, a garantia de eleição de ao menos um conselheiro independente não está condicionada à adoção ou não do voto múltiplo. Aliás, se a ideia era

garantir a existência de conselheiros independentes, criou-se uma forma de redução do número de conselheiros dessa modalidade. Já que o art. 22 da LE prevê 25% de membros ou ao menos um em caso de exercício de voto múltiplo, basta ao controlador requerer a faculdade (que não é exclusiva do minoritário) para reduzir o número de cargos destinados aos conselheiros independentes de dois ou mais para apenas um conselheiro independente, caso haja mais de quatro integrantes definidos para o Conselho de Administração.

Outro problema técnico pode ser extraído da previsão do art. 15, § 1º, da LE, que estabelece que a sociedade estatal pode propor ação de reparação “nos termos do art. 246 [da LSA]” (BRASIL, 2016a). O art. 246 refere-se à obrigação de reparação de danos de parte da Sociedade Controladora em relação às demais sociedades que compõem o mesmo grupo - controladas. A menos que a Lei quisesse contemplar apenas as situações nas quais a sociedade estatal seja controladora de outras sociedades estatais, provavelmente a pretensão era de responsabilização da pessoa jurídica de direito público por atos abusivos nos termos do art. 159 da LSA, e não do art. 246 daquela Lei.

#### 4. Riscos da opção interventiva

Disciplinar as sociedades estatais (de forma indistinta) significa intervir na sociedade que é efetivamente apenas uma *longa manus* do Estado, cujo capital é titulado exclusivamente pelo Poder Público, mas significa também interferir na organização de empresas de grande porte que competem no mercado. A opção de tratamento indistinto não parece ser a melhor alternativa. As especificidades mereceriam uma análise voltada às diferenças



estruturais e de escopo das diferentes conformações que tomam as sociedades estatais no Brasil (RIBEIRO; ALVES, 2013).

A exigência de constituição de um Comitê de Auditoria Interno, por exemplo, para as pequenas empresas significa um custo adicional que precisaria ser pensado em relação aos potenciais benefícios nas situações concretas e específicas. Para as empresas que operam no mercado, por sua vez, significa criar uma instância a mais, além do Conselho Fiscal e das auditorias externas, da adoção dos modelos de balanços internacionalmente admitidos e de práticas de governança corporativa.

A questão que se apresenta diz respeito à pertinência da criação de mais uma estrutura de controle. Assim como foi dito antes neste artigo quanto à necessidade de lembrar às sociedades estatais de que são vedados atos de corrupção, é imprescindível que seja pensado se repetições legais e a obrigatoriedade de criação de novas estruturas formais servirão ao propósito de que as sociedades estatais deixem de servir de instrumento a favoritismos pessoais ou a partidos políticos às custas do orçamento público. Cabe mais uma reflexão sobre as fraudes inocentes trabalhadas por Galbraith (2004), já que uma aparente solução pode servir à criação de novos cargos de preenchimento prioritariamente de ordem política.

Experiências de delação de integrantes da organização empresarial costumam ser bem mais eficientes e baratas do que a suplementação ou sobreposição de órgãos de controle (ZINGALES, 2015). Talvez fosse o caso de investir mais nas ações de ouvidoria do que optar pela criação de mais uma estrutura de controle.

É certo que a LE possibilitava aos estados e municípios disciplinarem por meio de Estatuto próprio empresas de receita operacional bruta inferior a noventa bilhões de reais, no prazo de

cento e oitenta dias a partir da sua publicação. Todavia, no momento em que foi apresentada a LE, nenhum agente político quis encabeçar um movimento que pudesse questionar algum dos aspectos disciplinados numa Lei que surge com a alcunha de moralizadora. Assim, grande parte das sociedades estatais está sujeita aos termos da Lei (salvo aquelas expressamente excetuadas pela LE), sem uma análise mais depurada da eficácia de suas pretensões.

É o mesmo contexto que justifica a provável dificuldade dos Estados e Municípios em questionarem por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade a abrangência da LE. Porém, a hipótese de questionamento por si só gera um potencial de instabilidade que pode ser bastante negativo para as sociedades de economia mista que operam no mercado. Por outro lado, a eventual opção de não questionamento quanto aos limites da competência federal para disciplinar as empresas estatais dos Estados federados e Municípios redundará num enfraquecimento do sistema, com mais uma comprovação dos vícios de nosso sistema federativo. Mais uma vez a União é conduzida a uma posição de superioridade e de comando dos estados e municípios em questões que vão muito além das normas gerais sobre os temas relacionados ao Direito Administrativo e Econômico, nos termos em que a CRFB estabelece sua preponderância sobre a competência concorrente dos demais entes de Direito Público Interno.

Quanto a serem criadas restrições à remuneração dos integrantes dos cargos de administração, o parâmetro para fixação da remuneração dos administradores de uma empresa deve ser condizente com as responsabilidades e o porte do empreendimento. Esse é um critério expressamente contemplado no sistema brasileiro de disciplina das sociedades ao menos desde 1976, já que estabelecido na LSA,

art. 152. Falsear por meio da lei critérios de remuneração pode provocar vários efeitos negativos: estimular o recebimento de valores adicionais por meio de favorecimentos externos (um dos fatores que a LE quer combater); estimular o exercício de atividades (lícitas) em concomitância à gestão da sociedade estatal com redução do tempo dedicado à empresa, ou ainda, em hipóteses mais radicalizadas, criar uma situação de seleção adversa (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 136) em razão dos limites informacionais (RIBEIRO, 2016) – os potenciais melhores candidatos ao cargo podem não ser atraídos pela oferta, relegando a oferta e aceitação aos candidatos menos atraentes ou que correm menor risco (reputacional ou patrimonial).

Parece-nos que o legislador constitucional foi sensível aos riscos da excessiva regulação e também ao desequilíbrio de poder entre União, Estados e Municípios – o equilíbrio, em tese, facilita as ações descentralizadas essenciais a um país da dimensão do Brasil. Daí a razão de o art. 173, § 1º, ter delimitado as matérias que deveriam estar contidas num estatuto geral para as sociedades estatais. Igualmente justificada a distribuição de competência legislativa estabelecida na CRFB.

Por outro lado, o poder discricionário reconhecido ao Poder Público, reduzido pela LE no âmbito das sociedades do Poder Público estadual e municipal, justifica-se seja pelo efeito do voto – que legitima o agente político a tomar decisões em nome daquela coletividade –, seja pela eventual diferença no campo das necessidades particulares de municípios e estados, comparativamente às opções da União.

## 5. Considerações finais

A partir dos referenciais teóricos de Zingales (2015), North (1990) e Galbraith (2004), o presente artigo visou a apresentar contribuição para o cotejo entre a realidade da sociedade brasileira e uma opção legislativa.

Buscou-se, inicialmente, estabelecer as premissas teóricas. Para isso, na primeira seção, foram fixados os pressupostos de que: (i) a intervenção estatal é necessária na economia brasileira; (ii) por vezes, a intervenção não ocorre com base em critérios técnicos, mas em aspectos que rompem a esfera ética e trazem benefícios pessoais ilícitos a gestores; (iii) a sociedade precisa de estabilidade e confiança para se desenvolver.

Concluiu-se, com o embasamento da primeira seção, que o Estado brasileiro necessita aperfeiçoar os mecanismos de suas intervenções econômicas, pautando-se no aspecto técnico, já que intervenções desarrazoadas trazem um desincentivo geral ao investimento privado no país, maculando o ambiente institucional.

Em seguida, passou-se ao estudo de algumas das disposições da Lei das Sociedades Estatais. Identificou-se que, no atual cenário político-social brasileiro de total descrença nos agentes públicos, parece bastante propícia a entrada em vigor de uma lei para moralizar a atuação nas sociedades estatais. Ocorre que, com base nos argumentos expostos, a Lei das Sociedades Estatais, além de apresentar severas incorreções técnicas, não representa uma garantia de efetiva melhora no ambiente institucional brasileiro.

Muito mais do que um diploma normativo isolado, a economia brasileira precisa de uma radical mudança nas condutas dos agentes (públicos e privados). O grande desafio da dogmática no século XXI parece residir na difícil tarefa de transformação das instituições informais, o padrão de atuação de uma sociedade.

Talvez tenha chegado o momento de se ter a ousadia de aceitar que a interferência do Estado no domínio econômico sempre estará carregada de riscos, já que a possibilidade de prevalência de interesses de determinados grupos – acobertados pela crença na autenticidade da titularidade do interesse público, sem maiores considerações sobre o agente que irá corporificar a ilusão coletivista – pode ter efeitos indesejados.

Os riscos sugerem a moderação na opção interventiva. De todo modo, o erigir de uma lei com sérios problemas técnicos e distante da realidade não parece ser o mecanismo adequado para transformar o padrão de atuação da sociedade.

## Sobre os autores

Marcia Carla Pereira Ribeiro é doutora e mestre pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professora titular de mestrado e doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professora associada da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; advogada, árbitra e mediadora da CAMFIEP – Federação das Indústrias do Estado do Paraná, e da ARBITAC – Associação Comercial do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. Pesquisa realizada no âmbito do projeto Chamada Pública nº 24/2012: Programa Universal / Pesquisa Básica e Aplicada da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná.  
E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves é mestre pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; doutorando pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professor de graduação das Faculdades do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil; advogado; coordenador da pós-graduação em Direito Empresarial Aplicado da FIEP – Federação das Indústrias do Estado do Paraná.  
E-mail: giovani@alveseribeiroadvogados.com.br

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>2</sup>

DOGMATICS IN 20TH CENTURY: THE LAW X THE PRACTICE ON STATE CORPORATIONS

ABSTRACT: The paper is guided by the teachings about crony capitalism, the importance of institutions and free market fraud, looking for a link between the theoretical thoughts and potential successes and mistakes of the Law of State Owned Companies, introduced as corrective tool against corruption and deviations. The employed method involves bibliographic analysis and a case study towards the Law. It is concluded that the new law 13.303/2016 is an imperfect law in some issues that intends to contribute effectively to the improvement of the Brazilian institutional environment because of our settle informal institutions, serving in those cases more as a rhetorical tool than an effective contribution to the society.

KEYWORDS: CRONY CAPITALISM. INSTITUTIONAL ENVIRONMENT. EFFECTIVENESS. CONTEMPORARY DOGMATICS. STATE CORPORATIONS.

## Como citar este artigo

(ABNT)

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Dogmática no século XXI: a lei *versus* a prática nas sociedades estatais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 197-214, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p197](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p197)>.

(APA)

Ribeiro, M. C. P., & Alves, G. R. R. (2018). Dogmática no século XXI: a lei *versus* a prática nas sociedades estatais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 197-214. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p197](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p197)

## Referências

BOCCANERA, Ney Fontoura. A privatização das empresas estatais como pré-requisito para implementação de um regime econômico neoliberalista. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 25-29, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/361>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 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. *Diário Oficial da União*, 1º jul. 2016a.

---

<sup>2</sup>Sem revisão do editor.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.624/DF. Requerente: Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal – FENAAE; Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF/CUT. Intimado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 nov. 2016b. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20161121\\_248.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20161121_248.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 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... *Diário Oficial da União*, 28 dez. 2016c.

BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

FRAZÃO, Ana; VIVIANI, Luís. A função social das estatais: nova Lei das Estatais torna a persecução do interesse coletivo mais difícil para as estatais. *Jota*, [S.l.], 19 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-funcao-social-das-empresas-estatais-19042017>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GALLO, Amyntas. Comparação do retorno acionário entre empresas que apresentam participação do BNDES nas ofertas públicas de ações entre 2004 e 2008 na Bovespa. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 5-35, jun. 2011. Disponível em: <[https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3363/1/ComparacaoRetornoAcionarioEntreEmpresasqueApresentamParticipacaoDoBNDES\\_final\\_BD.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3363/1/ComparacaoRetornoAcionarioEntreEmpresasqueApresentamParticipacaoDoBNDES_final_BD.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2018.

GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. *Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovanni Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento e reforma institucional: os exemplos do BNDES e das sociedades estatais no Brasil. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI*. Brasília: Ipea; Conpedi, 2013. p. 151-176.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 59-66.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; RUDINIKI NETO, Rogério. Uma análise da eficiência do Poder Judiciário com base no pensamento de Douglas North. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.025-2.040, 2016.

SANTOS, Murilo Giordan. Controle das empresas semiestatais. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, ano 52, n. 208, p. 61-79, out./dez. 2015. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ri\\_l\\_v52\\_n208\\_p61](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ri_l_v52_n208_p61)>. Acesso em: 11 abr. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. *Revista*

*Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 213-252, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24216/22989>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

SHIKIDA, Claudio D. Efeito Peltzman. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 35-40.

SILVA, Alice Rocha da. A crise de governabilidade no Estado venezuelano. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 3-5, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O programa brasileiro de privatização de empresas estatais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, ano 28, n.110, p. 261-274, abr./jun. 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175839>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron; KLEIN, Vinicius. *Rent-seeking* e grupos de interesse. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 17-22.

ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: BEI, 2015.

# O direito à adequação registral do transexual

Reconhecimento da dignidade da pessoa humana na categoria da tolerância

DAIANA FAGUNDES DOS SANTOS CARBONI

**Resumo:** A proposta deste estudo é tratar da questão da transexualidade e dos direitos que a ela se relacionam. Nesse sentido, a transexualidade é apresentada como forma de dar correto entendimento do caso em discussão. O direito à redesignação registral é debatido e, por fim, a dignidade da pessoa humana e a categoria da tolerância são apresentadas para justificar a redesignação sexual e registral do transexual a fim de que possa viver em sociedade de acordo com a aparência por ele escolhida.

**Palavras-chave:** Transexualidade. Dignidade da pessoa humana. Tolerância.

*A lei deve existir para servir ao homem não para oprimi-lo. Os transexuais não querem favor, querem igualdade de oportunidades e viver com dignidade e respeito. Assim, não pode o juiz estar atrelado a tradições e costumes já superados pela dinâmica da vida [...], o ridículo do prenome do transexual está patente na desconformidade da aparência física e psíquica do indivíduo, com o transcrito em sua documentação. O nome deve existir para identificar as pessoas e não para expô-las ao ridículo (VIEIRA, 1977, p. 50).*

## 1. Introdução: alocação do problema

Com a evolução dos movimentos de gênero em busca do reconhecimento do ser para que qualquer espécie de discriminação seja abolida, já que todo indivíduo é detentor de direitos assegurados na Constituição (mormente a dignidade da pessoa humana), o debate sobre o tema da transexualidade surge para reafirmar a luta por direitos inerentes.

Recebido em 18/5/18  
Aprovado em 29/9/18

O direito à adequação registral do transexual traduz-se num importantíssimo direito, com o condão de demonstrar ao mundo jurídico e à sociedade a realidade fática da pessoa, pois as informações registrais fornecidas no momento do seu nascimento não correspondem à essência do registrado.

Assim, buscando-se o reconhecimento do ser a partir do que ele representa e como se apresenta no contexto social (independente da realização de terapia sexual), a redesignação registral é a concretização dos direitos da pessoa em que assenta um Estado Democrático de Direito.

## 2. Compreensão casuística da transexualidade

Alguns médicos dizem que o correto é usar o termo *transexualidade*, pois *transexualismo* é visto com preconceito em virtude do sufixo *ismo*, frequentemente associado com problema sexual, ou seja, como uma disfunção da resposta sexual ou como um modelo erótico. Assim, aqui será utilizado o termo *transexualidade*, que também já foi conhecida como Síndrome de Benjamin ou Síndrome de Disforia de Gênero, pois foi o médico Harry Benjamin o primeiro a avaliar e a tratar pacientes “portadores de transexualidade”, bem como a encaminhá-los para cirurgia de mudança de sexo.

O termo transexualismo foi introduzido no início dos anos cinquenta por Harry Benjamin, que propôs um tratamento à base de hormônios (do outro sexo) para aliviar o sofrimento de seus pacientes (MILLOT, 1992, p. 43). Observou-se que a transexualidade acarreta para o indivíduo a distorção da imagem do seu corpo e culmina na rejeição do seu gênero biológico de nascimento (COUTO, 1999, p. 102).

O transexual masculino acredita insofismavelmente pertencer ao sexo contrário à sua anatomia e, por isso, se traveste. Para ele, a operação de mudança de sexo é uma obstinação, pois em momento algum vive, comporta-se ou age como homem. Ele é mulher do ponto de vista psicológico; e homem do ponto de vista orgânico, motivo pelo qual se aplica a expressão latina *anima mulieris in corpore virile inclusa*, a qual significa uma alma de mulher enclausurada em um corpo de homem. Ele se sente “como um homem aprisionado num corpo de mulher ou uma mulher aprisionada num corpo de homem” (RAMSEY, 1998, p. 89), o que conduz a um intenso sofrimento psíquico de rejeição do seu sexo biológico para buscar a sua modificação em prol da dignidade do ser. Além disso, ele considera o seu estado um erro da natureza. O mesmo ocorre com o transexual feminino, que é organicamente uma mulher, mas psicologicamente vive como se fosse homem. Os transexu-



ais identificam-se por toda a vida com o sexo oposto ao seu sexo anatómico.

Em explicação sobre o que é ser transexual, Desprats-Péquignot (1994, p. 74) diz que “alguns sujeitos recusam de modo explícito o sexo e a identidade civil que lhes coube em virtude da inadequação destes à convicção que têm de serem homens ou mulheres”. E complementa Peres (2001, p. 125) que a transexualidade “consiste na incongruência entre o sexo atribuído na certidão de nascimento e a identidade psíquica de gênero do indivíduo”. Portanto, observa-se que os transexuais sofrem uma inversão de identidade psicossocial, com compulsão obsessiva por comportamento diverso do sexo assentado em sua certidão de nascimento (RIEZO, 2000, p. 21). Ou seja, repudiam o sexo pelo qual se apresentam instrumentalmente dotados, não apenas comportamentalmente, mas também biologicamente, procurando, quando o tratamento clínico não é suficiente, o recurso extremo da cirurgia a fim de viverem regularmente como integrantes do sexo psíquico, ao qual sentem pertencer, oportunidade em que conciliam físico e psíquico (CHAVES, 1979, p. 168).

A transexualidade é uma inversão da identidade psicossocial, com um incontornável anseio de total reversão sexual, porquanto o transexual não se conforma com a sua própria condição, sentindo-se fora do meio social em razão de possuir disposição psíquica e afetiva do sexo oposto. Segundo Lucarelli (1991, p. 215), encontramos um indivíduo com genitália externa masculina e uma personalidade eminentemente feminina, ou vice-versa. Em consequência disso, não se tem certeza de que a transexualidade é problema genético (de concepção), visto que há apenas indícios com base em pesquisas realizadas por cientistas.

Destaque-se que, parte da comunidade médica entendeu, durante décadas, que se tratava de uma patologia psiquiátrica, oportunidade em que se discutiu se a transexualidade também poderia ser decorrente de condição genética neurológica. Nesse contexto, surgiram explicações sobre a transexualidade.

Primeiro, os transtornos de desenvolvimento sexual, de ordem biológica, constituem um tipo na espécie da intersexualidade e são, pois, protegidos pelo princípio da necessidade terapêutica, a fim de lograr a definição da identidade sexual. Segundo, os transtornos de conduta ou enfermidade mental severa e incurável não podem servir de plataforma a direitos, salvo o direito à saúde como possibilidade de curar ou tratar a transexualidade. Outros, por sua vez, entenderam que existe o direito à saúde, em sentido integral, para adequar o corpo ao psicológico, respeitando o direito à identidade. E, por fim, há quem entenda que há discordância entre o sexo vivido, autopercepção de gênero e a identifi-

cação legal. Assim, optar (ou não) por uma intervenção sexual é uma conduta autorreferente, protegida pelo direito à intimidade; e a exigência de mudar o registro civil deriva do direito à identidade, sendo, então, o reconhecimento da personalidade jurídica e da autonomia.

Em que pese essa explicação, pode-se assegurar que a transexualidade não é opção de vida diferente, mas caso de adequação a permitir a integração do ser humano transexual na sociedade em que vive. Desse modo, os transexuais não podem ser confundidos com homossexuais, pois desde os primeiros anos de vida demonstram desconforto com o sexo que os marcou desde a gestação; querem, assim, assumir outro sexo que não o seu. Diferentemente, o homossexual aceita a sua condição e identifica-se com o seu sexo biológico masculino ou feminino, preferindo indivíduos do mesmo sexo.

Pelo que se extrai de investigações na literatura, o indivíduo transexual masculino, por exemplo, nasce transexual e é na infância que propende para o sexo oposto, uma vez que prefere brinquedos femininos, procura as atividades da casa e começa a querer vestir as roupas da mãe. O homossexual, por sua vez, não nasce homossexual; é durante o período da puberdade que começam os conflitos psicológicos, quando ele procura saciar os seus desejos com pessoas do mesmo sexo. O transexual não se reconhece como homossexual e “vivencia sua genitália de maneira irrelevante e geralmente com colorido desprazeroso ou mesmo adversativo, tanto do ponto de vista de sua conformação anatômica quanto de sua funcionabilidade” (CHAVES, 1994, p. 142). No travestismo, por sua vez, a pessoa não sente que sua identidade de gênero está trocada, pois sabe que tem corpo de determinado sexo e sente-se como tal, mas usa roupas do sexo oposto com o objetivo de buscar o prazer erótico para excitar-se, podendo apresentar-se como indivíduos do sexo feminino ou masculino.

Conclui-se que a principal distinção entre transexuais, travestis e homossexuais é que o transexual quer a mudança sexual e, para tanto, busca ajuda médica na forma de atendimento psicológico, psiquiátrico, hormonal e cirúrgico (COUTO, 1999, p. 27), de modo a transformar o seu sexo biológico, ao passo que os travestis e os homossexuais estão satisfeitos com o seu sexo biológico.

### **3. O direito à redesignação registral: algumas reflexões necessárias**

É essencial o conhecimento dos direitos da personalidade – a personalidade civil – para entender a permissão da redesignação registral.

A personalidade civil, na perspectiva clássica, é entendida como a possibilidade de um indivíduo poder atuar no cenário jurídico. Ou seja, para ser pessoa não é necessário ter direitos, mas sim poder vir a tê-los (RODRIGUES, 2002, p. 2). Bevilaqua (1976, p. 71) define a personalidade civil como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”.

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser tem direito à personalidade. A personalidade é aquilo em que se apoiam os direitos e os deveres que dela irradiam. Assim, sendo objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade para que ela possa ser o que é, bem como para sobreviver e adaptar-se às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (RUGGIERO; MAROI, 1995 apud DINIZ, 1999, p. 99). Com isso, tem-se que a personalidade é um atributo jurídico, pois todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações (GOMES, 2002, p. 14). Conclui-se que a personalidade representa um conjunto de atributos individuais e é a qualidade ou a condição de ser que uma pessoa adere ao conjunto das qualidades psicológicas próprias e essenciais do indivíduo, como ser inteligente, livre e consciente das responsabilidades dos atos que pratica. Assim, na busca da tutela aos valores da pessoa humana surge o direito da personalidade, uma das garantias máximas do ser humano, uma vez que protege o que o indivíduo tem de mais essencial.

Os direitos da personalidade são também conhecidos como direitos essenciais ou fundamentais da pessoa, ou seja, são direitos da própria pessoa, direitos do estado e direitos personalíssimos (MATTIA, 1979, p. 102); e

envolvem aqueles direitos relativos à tutela humana, indispensáveis à proteção da dignidade e da integridade das pessoas. Sob a denominação de direitos da personalidade, Gomes (2002, p. 148) entende que “compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”. É dessa forma porque a ideia dos direitos da personalidade está vinculada ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, imprescindíveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais. Bittar (1989, p. 1) complementa que “os direitos da personalidade são as garantias máximas de que dispõe o ser humano; são as muralhas que resguardam aquilo que ele tem de mais valioso, de sagrado mesmo”. Diante das prerrogativas que conferem aos seus portadores, são extensíveis a todos os indivíduos – sem qualquer distinção – os direitos decorrentes da personalidade civil. Isso faz com que o transexual não seja excluído desses direitos e tenha a prerrogativa de ser reconhecido pelo nome que ostenta no meio social.

O direito ao nome compreende o direito à liberdade e este é um direito que todo indivíduo deve ter, pois nasce com a pessoa natural e adquire-se no momento do registro civil. A partir do registro, o nome passa a ser certo e determinado à pessoa, constituindo-se personalidade. Quando se menciona que o direito ao nome nasce com a inscrição no registro civil, não significa que se restrinja somente ao nome de batismo, mas, sim, aquele que o identifica e o individualiza. Se fosse de outra forma, estaria a Lei dos Registros Públicos (BRASIL, 1973), que possibilita a retificação e a substituição do nome, a excluir direitos de personalidade.

Em análise do direito ao nome, Pinto (1996, p. 211) encontra a melhor definição para ex-

primir o caso: “O direito ao nome abrange a faculdade de usá-lo para exprimir a identidade própria e de exigir que os outros, nas relações sociais, o atribuam ao seu titular”. O nome deve ser entendido como a designação da personalidade; mas a personalidade, forma pela qual o indivíduo aparece na ordem jurídica, é um complexo de direitos, e não um só direito. Dessa maneira, destaque-se que o nome não pode ser um direito, pois designa o núcleo do qual irradiam os direitos (FRANÇA, 1975, p. 125). Segundo Lopes (1989, p. 285) “o nome representa um dos elementos de identificação da pessoa. Constitui, por isso, um dos direitos mais essenciais pertinentes à personalidade”. Desses ensinamentos deduz-se que, sendo o nome uma necessidade de todo ser, o transexual tem o direito de postular a alteração de seu prenome e não pode ser privado do direito ao nome, independentemente de ter realizado a cirurgia de troca de sexo. Todo e qualquer indivíduo pode fazer uso da legislação pertinente para a substituição de seu nome, quando se achar constrangido e exposto ao ridículo.

Os transexuais deixam de usar o seu verdadeiro prenome como forma de autoproteção, porque são expostos a situações vexatórias em razão de não estarem de acordo com a sua aparência; passam, então, a ostentar o prenome com que se identificam e pretendem obter a alteração no registro civil. As dificuldades que se concentram na tradução da aparência (na documentação ordinária) dificultam a inserção laboral e social, causando aos transexuais sérias desordens psicológicas, sociológicas e econômicas que culminam em sua exclusão e podem levá-los ao terreno da prostituição (ESPÍN ALBA, 2008, p. 36). Assim, invocando o constrangimento e a dor de ter um nome que causa prejuízos em razão de se encontrar em dissonância com a aparência ostentada, o transexual, independentemente de quaisquer

outras provas, já tem por si prova suficiente para reivindicar a retificação do registro civil.

Atualmente, não se questiona o direito de o transexual redesignado sexualmente alterar o próprio prenome e, em decisão de 1º/3/2018 (BRASIL, 2018), a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como o Supremo Tribunal Federal (STF) entenderam que também é possível estender a retificação ao transexual que não se tenha submetido à terapia sexual. De outra forma não poderia ser, pois o nome é um sinal identificador da pessoa e o seu reconhecimento representa a concretização da dignidade do ser, a qual é fundamento para justificar todo e qualquer direito. Com esse entendimento, o transexual pode, diretamente no ofício do Registro Civil, postular a retificação de seu registro a fim de ter a sua aparência refletida no documento público.

Entretanto, convém mencionar que nem sempre foi assim; é bem recente o entendimento pacífico da jurisprudência sobre a retificação registral. A possibilidade de retificação do registro público sem intervenção judicial consolidou-se em razão da necessidade de entender que a diversidade é real e deve ser respeitada, para que nenhum indivíduo sofra limitação de sua dignidade, identidade e felicidade.

Os desdobramentos fáticos da sociedade possibilitaram a reflexão nos tribunais superiores e representam um marco e um passo muito importante na conquista dos direitos dos transexuais. De outra forma não poderia ser, pois os direitos da personalidade, junto com a dignidade da pessoa humana expressos no ordenamento constitucional-civil, vão ao encontro da garantia da essência do ser humano, assim como garantem que a personalidade assumida pelo transexual não seja violada, e por qualquer um que queira usar a prerroga-

tiva de viver de acordo com o que julga ser a sua identidade. Com isso, prima-se pelo reconhecimento da pessoa humana como centro das preocupações da sociedade e dos juristas, e o apelo que se lhes dirige é no sentido de que a sua tutela jurídica emana do mais profundo substrato axiológico que constitui o direito como tal (PINTO, 2000, p. 62).

Além disso, superada a questão da retificação do prenome, não se pode esquecer outra questão importante na redesignação registral: a alteração do sexo, não somente quando realizada a terapia sexual que cria um novo sexo no indivíduo redesignado. Por muito tempo, o sexo foi considerado elemento apenas fisiológico, geneticamente determinado e por natureza imutável (COUTO, 1999, p. 15). Ocorre que, com o passar do tempo e com o surgimento da transexualidade – que, até então, era algo contrário a tudo o que imaginávamos –, temos um indivíduo que apresenta todos elementos orgânicos pertencentes a determinado sexo, enquanto que o seu psíquico pende para o outro. Desse modo, deixa o sexo de ser algo imutável e torna-se suscetível de mudança na busca da real sexualidade, que se sobrepõe ao sexo biológico, passando o sexo psíquico a viver harmonicamente com o indivíduo.

Sobre o conceito de sexo, podemos dizer que, em princípio, é o que difere o masculino do feminino. O conjunto de diferenças físicas entre um homem e uma mulher pode ser definido como sexo (SZANIAWSKI, 1999, p. 34). Entretanto, Houaiss (2002, p. 2.563) conceitua sexo como “a conformação física, orgânica, celular, particular que permite distinguir o homem e a mulher atribuindo-lhes um papel específico na reprodução”. Dessa forma, pode-se traduzir o sexo como o elemento resultante da harmonia de diferentes fatores, sendo dotado de características genéticas, biológicas, endócrinas e anatômicas. E a falta de integração

desses elementos torna discutível e mais difícil a determinação do sexo (SUTTER, 1993, p. 27).

Vivenciando a diversidade, o sexo é o elemento indicativo do papel social de cada indivíduo na sociedade e, na transexualidade, há sobreposição do sexo biológico ao sexo psicológico, mostrando-se o sexo civil sem adequação. Tem-se, pois, o gênero conhecido como sexo social. Igualmente, não é demais trazer à tona algumas considerações sobre o sexo jurídico, o qual é o que realmente importa, já que por meio dele a sociedade identifica os seres humanos. O sexo jurídico é também denominado sexo legal ou sexo civil, uma vez que “o sexo jurídico resulta basicamente do registro civil” (VIEIRA, 1996, p. 17); assim é entendido, pois, quando o indivíduo nasce, é constituído em seu registro civil um sexo que será a sua identidade sexual e regerá todos os atos de sua vida.

O sexo legal é o que consta na certidão e é estabelecido segundo os aspectos biológicos, apresentados pelo indivíduo (RIEZO, 2000, p. 21), sendo que, na maioria das vezes, essa análise circunscreve-se à aparência anatômica externa do órgão genital (PERES, 2001, p. 75). Com efeito, sendo o sexo jurídico um estado da pessoa, deve ser inscrito no registro civil e, salvo erro mutável, corresponderá ao sexo biológico, uma vez que sobre um recém-nascido é impossível a elaboração de um perfil psicológico a fim designar o seu verdadeiro sexo. Portanto, constatada a transexualidade, a designação do sexo deve ser modificada de acordo com a nova aparência anatômica, guardando conformidade com o seu portador.

É de extrema importância a exatidão do sexo, pois ele advém da importância do registro civil, o qual é um documento dotado de fé pública que expressa a realidade dos fatos, bem como faz prova a favor ou contra o seu interes-

sado. Aplica-se tal fato ao caso do transexual, pois o registro civil pode fazer prova contra o seu estado sexual, uma vez que, ostentado externamente um sexo diverso ao seu biológico, deixa de refletir a verdade dos fatos. O sexo no registro civil deve constar de forma inequívoca, pois qualquer erro pode submeter o seu portador a constrangimentos e, ocorrendo situação em que possa expor o seu portador, será ferida a dignidade do ser no exercício de seus direitos fundamentais.

Invoca-se, assim, a dignidade da pessoa em prol da realização, da identidade, do bem-estar e da felicidade do indivíduo, objetivos que estão fundamentados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988).

Para a consolidação ao Estado Democrático de Direito e dos objetivos acima ressaltados, foi decisivo o entendimento do STJ e o STF de que o sexo do transexual pode ser alterado, independente da realização da cirurgia. Quer-se, então, dizer que o transexual que não ostenta mais a aparência do seu sexo de origem e que não se considera homem ou mulher possa estar livre de qualquer discriminação para viver sua vida com dignidade.

Na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a identidade sexual figura como manifestação do direito à intimidade, uma vez que a ausência da troca legal de sexo propicia uma série de situações que provocam sentimentos de vulnerabilidade, humilhação e ansiedade (ESPÍN ALBA, 2008, p. 37).

Assim, a constituição jurídica do gênero e a aplicabilidade transversal de seu conceito têm sido utilizadas para alcançar a efetividade do princípio de igualdade entre homens e mulheres (ESPÍN ALBA, 2008, p. 37).

#### **4. A dignidade do ser e o reconhecimento na categoria da tolerância**

Com a finalidade de obter a redesignação sexual e a registral do transexual, direitos devem ser invocados e concretizados. Assim, a dignidade do ser e o reconhecimento de todo indivíduo na categoria da tolerância devem ser considerados para a aceitação do ser no seu meio social. Como pedra angular em diversas constituições estrangeiras, o conceito de dignidade da pessoa humana assume importância na escala de valores filosóficos e jurídicos das sociedades, revelando o patamar democrático por elas alcançado.

A CRFB, ao trazer os valores do bem-estar e da dignidade da pessoa humana, assim o faz como imperativo de justiça social (PIOVESAN,

2015, p. 93). Nesse âmbito, há discussões quanto ao conteúdo e ao sentido da dignidade da pessoa humana. Intentando-se a reaproximação da ética e do direito, surge a força normativa dos princípios, especialmente da dignidade da pessoa humana; e há um reencontro com o pensamento kantiano com as ideias de moralidade, de dignidade, de direito cosmopolita e de paz perpétua (PIOVESAN, 2015, p. 95). Portanto, é com Kant (1785 apud COSTA NETO, 2014, p. 25) que nasce a ideia conceitual de dignidade como *status* moral que confere ao sujeito a aptidão de possuir direitos e deveres, a qual também gera a obrigação oponível *erga omnes* de ele ser respeitado pelos outros membros da coletividade. Com Kant, a dignidade surge como prerrogativa apriorística – presente em todos que a detêm em igual medida, sendo a pedra angular do princípio da igualdade ou da isonomia e do repúdio ao privilégio (COSTA NETO, 2014, p. 25).

Com isso, tem-se que a dignidade da pessoa humana se funda num *status* que diferencia o ser racional dos demais seres. Para Kant, não é o ser humano como tal que goza da dignidade, mas o ser dotado de razão, o que significa dizer que é o sujeito transcendental; e que a moral não surge de Deus ou de algum princípio, mas está em cada um de nós, individualmente (COSTA NETO, 2014, p. 27-28). A dignidade da pessoa humana impõe certos parâmetros e regras de tratamento dos seres humanos, pois ninguém pode ser tratado aquém de certos limites mínimos, uma vez que institui uma proteção do *status* do sujeito, materializada por meio de uma preservação da autonomia (SOARES, 2003, p. 36). Validamente, é no princípio da dignidade do ser que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada para a hermenêutica constitucional contem-

porânea, oportunidade em que é consagrada como superprincípio que orienta tanto o Direito Internacional quanto o Direito interno (PIOVESAN, 2015, p. 96-97). Diz-se que ela é o princípio mais valioso das Constituições e é um valor supremo da democracia.

Questiona-se, por conseguinte, se a dignidade da pessoa humana é um princípio ou um direito fundamental. Na CRFB, ela aparece como fundamento da República Federativa do Brasil que subsidia e embasa os direitos e garantias constitucionais expressos no artigo 5º. Desse modo, a dignidade da pessoa humana é direito fundamental e está gravada como cláusula pétrea; serve de alicerce para o dever de respeito e proteção ao ser humano, ao qual corresponde um direito; e também um princípio por escolha axiológica feita pelo legislador constituinte – o que a torna, simultaneamente, direito fundamental e princípio (COSTA NETO, 2014, p. 48). Com essas palavras, pode-se afirmar que a CRFB elege o valor da dignidade da pessoa humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido (PIOVESAN, 2015, p. 94).

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro da valoração a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional (PIOVESAN, 2015, p. 95). Nesse sentido são as palavras de Moreira (2014, p. 54):

A aspiração de proteger a dignidade humana de todas as pessoas está no centro do conceito de direitos humanos. Este conceito coloca a pessoa humana no centro da sua preocupação, é baseado num sistema de valores universal e comum dedicado a proteger a vida e fornece o molde para a construção de um sistema de direitos humanos protegido por normas e padrões internacionalmente aceites.

Inferese que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de Justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2015, p. 99).

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos funda-se na pessoa humana e foi redigida em decorrência das graves violações da dignidade ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Logo, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente à pessoa em sua qualidade humana e desdobra-se em várias vertentes no sentido de garantir a existência do ser. Face a isso, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana o Estado Democrático de Direito legitima-se, pois trata-se princípio ordenador e orientador que não admite relativização, sendo absoluto – o que, numa escala de valores, é colocado em primazia de posição e de sentido.

Considerando a apreciação do pedido de substituição de prenome e de sexo, no caso dos transexuais, tem-se como aliada imbatível a CRFB, a qual deve ser interpretada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana de forma a permitir a concretização de todos os princípios constitucionais, sem que os direitos da personalidade sejam feridos.

Fundando o Estado Democrático de Direito, a CRFB consigna a dignidade da pessoa humana no sentido de tutelar todos os indivíduos. No caso do transexual, a readequação do assento registral<sup>1</sup> tem como finalidade assegurar a plena eficácia do preceito constitucional a sua realidade fática para que não seja exposto a nenhuma situação degradante ou humilhante e tenha o direito de ser feliz com a imagem

com a qual se apresenta no meio social. Com isso, não se tem dúvida de que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constituem, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo (SARLET, 2002, p. 26) e que serve de amparo ao transexual para obter a almejada redesignação registral e, a partir daí ser aceito na sociedade em que vive. Interessante, nesse sentido, mencionar o argumento de Pezzella (2002, p. 110):

Compreender a dignidade da pessoa humana envolve uma séria discussão no campo das ideias na esfera jurídica constitucional e no campo de todas as relações na esfera do direito infraconstitucional inclusive, além de outras repercussões do pleno desenvolvimento da pessoa na perspectiva física, emocional, intelectual, psíquica e afetiva.

Assim, a dignidade do ser é um dos princípios constitucionais fundamentais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro (ARAUJO, 2000, p. 102). É com ela, expressa no artigo 1º, incisos I e III, da CRFB (BRASIL, 1988), que o julgador é direcionado à criação de uma solução que a legislação deixou de amparar – apenas abriu lacunas. Em face disso, a teor do dispositivo mencionado, a interpretação das normas jurídicas, ainda que importe sempre na criação do juiz, que não fica submetida ao seu livre arbítrio ou dependente de sua exclusiva bagagem ético-cultural, encontrando-se definitivamente vinculada aos valores primordiais do ordenamento jurídico (TEPEDINO, 2001, p. 47).

A escolha da dignidade da pessoa humana como princípio primordial na CRFB configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (TEPEDINO, 2001, p. 148). Assim, a dignidade identifica-

<sup>1</sup> Que não é amparada pela legislação infraconstitucional, mas por orientação jurisprudencial.



se como valor absoluto, da maior apreciação social, indispensável para a consolidação do respeito à pessoa, base de um sistema institucional justo, “fundamento da ordem política e da paz social” (JABUR, 2000, p. 202).

Para a retificação do sexo no registro civil, deve-se invocar o direito à identidade sexual, em que se busca a individualização da pessoa de acordo com o sexo ostentado. Igualmente, para substituir o sexo constante do registro, inquire-se também a valorização da dignidade da pessoa humana, como elemento fundamental. Nota-se que ela representa a felicidade e o bem-estar individual, fundamentos da CRFB que expressamente repelem qualquer violação de direitos ali consagrados, uma vez que a dignidade da pessoa humana é o coração do direito constitucional. Segundo Dias (2001, p. 127), “o direito à identidade tem assento constitucional, pois está inserida na sua norma de maior relevância, que proclama o princípio de respeito à dignidade humana”.

Por outra vertente, a fim de que seja concretizado o reconhecimento do ser, deve-se aceitar o indivíduo no seu meio social, independentemente do que ele representa, como forma de concretização do Estado Democrático de Direito. Para isso, é invocada a tolerância nas relações sociais e na Justiça, como argumento favorável à concretização de direitos. Assim, a tolerância pode ser considerada virtude necessária para o convívio social pacífico em razão de dois argumentos: o do pluralismo, que é condição inexorável da sociedade contemporânea; e o da violência, que não pode ser considerada como meio legítimo de lidar com a diferença. O caso do transexual aplica-se a esse contexto, uma vez que a diferença ainda é algo que incomoda e não é perfeitamente aceita em todo meio social em que a pessoa circula, independentemente de ter (ou não) sido submetida à adequação sexual e/ou registral.

O termo *tolerância* apareceu primeiramente nos debates religiosos – entre católicos e protestantes – com a finalidade de tornar pacífica a convivência entre duas ou mais religiões em um mesmo Estado, reconhecendo, assim, a aceitação das convicções do outro. Na *Carta sobre a tolerância*, Locke (2014) interpreta a tolerância com base em princípios religiosos e sustenta que a Igreja Católica não deveria perseguir o diferente, mas, sim, tolerá-lo. Nessa linha, harmoniza-se o pensamento de Voltaire (2015) exposto em seu *Tratado sobre a tolerância*, no sentido de que a tolerância é a medida necessária de repressão contra a intolerância. Com o pensamento liberal, a tolerância aplicada nas práticas religiosas passa a abarcar outras situações sociais envolvendo os indivíduos, deixando de ser tão somente invocada na religião.

O conceito de tolerância é ampliado para abranger não somente as questões ligadas à liberdade, mas também agregar a ideia de igualda-

de de valores e de práticas políticas e sociais com o intuito de adequar as necessidades dos indivíduos que fazem parte da sociedade. Desenvolve-se a ideia de que a tolerância é a base do direito à diferença, o que faz com que os diferentes tenham o direito de viver de forma livre e igualitária na sociedade. Assim, tem-se que a tolerância implica o reconhecimento do outro na diferença sem que isso corresponda à ruptura de convicções. Respeita-se, portanto, a dignidade moral e a autonomia da pessoa.

Com isso, reconhecer o transexual é entender que para o convívio social e o bem-estar de todos é necessário que as pessoas sejam tolerantes na diferença. Ou seja, aceitar o outro no que ele tem de diferente, uma vez que todo ser humano é único. A ideia de reconhecimento do outro decorre do pensamento de Honneth (1996), com base em Hegel, ao justificar a construção da autonomia baseada na aceitação das diferenças. Reconhece-se um tipo de tolerância que não esteja apenas na admissão do outro, mas na construção de laços normativos de caráter intersubjetivo e que se sobreponham à humilhação e à ofensa, ou seja, a qualquer tipo de desrespeito. O autor afirma que as sociedades culturais justificam normas de reconhecimento no plano da socialização, mas é no caráter psicológico das motivações morais que há peso considerável na construção dos sistemas de tolerância e respeito às diferenças; e que não adianta a construção da ideia de pessoa e de dignidade se não houver o plano de um reconhecimento intersubjetivo que perpassa uma psicologia moral dos indivíduos (HONNETH, 1996).

Considerando a definição de tolerância em Habermas (2007), ser tolerante é mais que não ser preconceituoso ou discriminatório: ela pressupõe o respeito a cada ser. Um exemplo se relaciona à religião: tolerar começa quando

se elimina o preconceito em relação a uma minoria ou da maioria. Além disso, suscitando a concepção de Forst (c2008), a tolerância é baseada no respeito e na autoestima. Segundo o autor, a tolerância no conflito pode ser entendida de quatro formas. Por tolerância, pode-se dizer que é uma atitude e uma prática que são exigidas somente no conflito, pois ela emerge de uma práxis que não visa resolver o conflito de uma vez por todas, mas, sim, manter a oposição de convicções, interesses, valores e práticas, retirando o potencial destrutivo das relações de convivência para que seja possível o dissenso entre indivíduos. A tolerância no conflito aparece vinculada ao contexto de lutas sociais, apresentando uma posição a ser defendida nos conflitos. Ou seja, os seus defensores devem tomar partido nas controvérsias sociais no sentido de favorecer a tolerância recíproca. Como terceiro conceito, Forst (c2008) sustenta que a tolerância não é exigida apenas no conflito, como é objeto dos conflitos. Sobre isso diz que uma situação de tolerância pode ser vista por alguém como intolerância, existindo uma discussão sobre a questão de a tolerância ser boa ou louvável. Por fim, considerando as diferenças e as aplicações do conceito de tolerância, decorre um quarto sentido para a expressão da tolerância. Forst (2007) entende que o conceito de tolerância apresenta três componentes: objeção, aceitação e rejeição. A objeção reside na existência de crença ou prática justificada que deve ser julgada como falsa ou ruim a fim de ser candidata à tolerância; considerando as razões da objeção, entra-se no campo da aceitação para tolerar (ou não) as crenças ou as práticas ruins; e devem existir razões para a rejeição de modo a marcar os limites da tolerância (FORST, c2008, p. 217).

Sobre os limites da tolerância, Forst (2010, p. 16-17) sustenta que ela poderia ser encontrada onde a intolerância começa, ou seja, a

tolerância seria exercida apenas em face dos tolerantes, tratando-se de uma questão de reciprocidade. A par disso, questiona o conceito de tolerância – onde se inicia a tolerância? Existe tolerância? A tolerância é um conceito normativamente dependente, porque não é contrariar uma visão comum (de um mesmo valor), mas ter uma atitude requerida por outros valores ou princípios (FORST, 2010, p. 18).

A fim de definir tolerância, o contexto dela deve ser especificado. Deve-se demonstrar a relação entre o tolerante e o tolerado, uma vez que os sujeitos dessa relação e os objetos são colocados em causa, pois é a partir daí que surgem as razões favoráveis e contrárias à tolerância. Também é necessária a objeção para se falar em tolerância. Assim, é essencial que as crenças ou as práticas sejam consideradas objetáveis e erradas ou más num sentido relevante. O componente da objeção deve ser balanceado por um componente de aceitação, o qual não implica remoção de um juízo negativo, mas o fornecimento de razões positivas que, num contexto relevante, superam as negativas. Igualmente, os limites da tolerância devem ser especificados, pois eles ficam num ponto em que as razões para a rejeição se tornam mais fortes que as razões para a aceitação. Somente se pode falar em tolerância quando ela é praticada de forma voluntária e não coagida. E, por fim, pode-se distinguir entre tolerância como uma prática (de um Estado, por exemplo) e como uma atitude ou mesmo uma virtude, a qual chamamos de aceitação. A primeira pode estar presente em uma sociedade sem a última (FORST, 2010, p. 19-20).

Aplicando-se isso ao transexual, a tolerância reside no reconhecimento da diversidade, a qual segue os caminhos da democracia, construindo uma sociedade pluralista. Nesse sentido, diz-se que a diversidade se constituiu no atualizador das políticas públicas (GERLERO,

2009, p. 36). O indivíduo, ao ser reconhecido na condição de transexual, tem a concretização do direito à identidade sexual, que é um princípio constitucional do livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, no momento em que reconheço no outro a diferença, é possível atingir o patamar da tolerância para que todos indivíduos possam conviver de forma harmônica no meio social, sem que haja qualquer redução de direitos, mantendo-se a todos a dignidade do ser.

## 5. Considerações finais

Considerando que, nos últimos anos, muito se tem ouvido falar sobre o fenômeno da transexualidade com reflexos na sociedade, oportunidade em que se busca uma maior concretização dos direitos e do reconhecimento jurídico dos transexuais, qualquer menção à discriminação constitui afronta à CRFB, pois o princípio da dignidade do ser humano impede qualquer violação de direitos em virtude de gênero.

A tutela civil da transexualidade representa o reconhecimento do direito fundamental a uma identidade sexual de acordo com a vontade do indivíduo, como consequência do exercício do direito à liberdade no desenvolvimento da personalidade (ESPÍN ALBA, 2008, p. 137).

Seguindo isso, verifica-se que estamos no passo de muitos países da Europa – Portugal, Espanha e Itália, entre outros – a entender que a ausência de terapia sexual não pode servir como óbice para a retificação do registro civil do transexual. Negar tal direito corresponde à negativa de direitos fundamentais inerentes a todo o ser humano, uma vez que num Estado Democrático de Direito a felicidade e o bem-estar dos cidadãos representam o fundamento maior da CRFB.

Em recentes julgamentos nos tribunais superiores do País, foi definida a questão da retificação do registro civil do transexual que não se submete à terapia sexual. O STF entendeu que, em razão do direito à felicidade e da autodeterminação para o bem-estar, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa, o transexual tem o direito de ostentar nome e sexo de acordo com a sua aparência. E, para isso, basta solicitar a retificação do registro civil sem a necessidade de intervenção judicial. A decisão representa um marco na evolução dos direitos dos transexuais, que têm o direito de ter a sua identidade sexual como os identifica em sintonia com o direito à liberdade<sup>2</sup> e à intimidade.

Em que pesem discussões a respeito da alteração do sexo do transexual que ainda não foi submetido ao procedimento cirúrgico, a questão da retificação civil deve sempre ser vista com cautela, primando pela boa-fé do transexual, porquanto é de ser admitida quando o indivíduo não se reconhece mais com o sexo biológico e ostenta aparência totalmente contrária à de homem, se nascido como se fosse mulher (ou vice-versa). Assim, a redesignação registral surge como elemento de constituição de direitos e não de burla a qualquer dispositivo legal para que obtenha vantagens legais sobre outros indivíduos<sup>3</sup>.

A verdade real deve estar sempre em harmonia com as informações registrais, uma vez que reconhecer a identidade de gênero, a qual é condição protegida de todo ser, é essencial para a concretização de direitos inerentes à vida saudável em sociedade.

### Sobre a autora

Daiana Fagundes dos Santos Carboni é mestre em Direito, com menção na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; pós-graduada em Direito do Consumo e dos Contratos pelo Instituto de Direito do Consumidor da Universidade de Coimbra, Portugal; pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Porto Alegre, RS, Brasil; doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; advogada.  
E-mail: daicarboni@yahoo.com.br

---

<sup>2</sup>É um tipo de inserção do homem no mundo e o diferencia das coisas e animais; é uma qualidade de ser que define os sujeitos.

<sup>3</sup>Caso em que um transexual que não foi submetido ao procedimento cirúrgico e obtete a retificação registral comete um crime previsto na Lei Maria Penha (BRASIL, 2006). Anatomicamente apresenta ainda o órgão masculino, mas a sua aparência e o registro civil correspondem aos de uma mulher. Como resolver a questão? O registro civil está a fazer prova contrária ao sexo. Com isso, partindo do princípio da boa-fé e de como o transexual se reconhece socialmente, não pode ser considerado homem para ser processado por aquela lei, pois, como já dito, é uma mulher psicologicamente. Desse modo, o delito praticado deve ser visto sob a óptica do Código Penal (BRASIL, 1940).

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>4</sup>

THE RIGHT TO THE TRANSEXUAL REGISTRAL SUITABILITY: RECOGNITION OF THE DIGNITY OF BEING IN THE TOLERANCE CATEGORY

ABSTRACT: The main purpose of this paper is to deal with the issue of transsexuality and the rights that flow from it. In this sense, transsexuality is presented as a way of giving a correct understanding of the case under discussion. From this perspective, the right to re-registration is debated and, finally, the dignity of the human being and the category of tolerance are presented to justify the sexual and registry redesignation of the transgender, so that it can live according to its appearance in the middle social.

KEYWORDS: TRANSEXUALITY. DIGNITY OF THE HUMAN BEING. TOLERANCE.

## Como citar este artigo

(ABNT)

CARBONI, Daiana Fagundes dos Santos. O direito à adequação registral do transexual: reconhecimento da dignidade da pessoa humana na categoria da tolerância. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 215-231, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p215](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p215)>.

(APA)

Carboni, D. F. dos S. (2018). O direito à adequação registral do transexual: reconhecimento da dignidade da pessoa humana na categoria da tolerância. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 215-231. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p215](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p215)

## Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. pelo professor Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. (Biblioteca jurídica).

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1973.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição

<sup>4</sup>Sem revisão do editor.

Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação... *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.275/DF. Requerente: Procuradora-geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 mar. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

CHAVES, Antonio. Direito à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”: direito ao cadáver e as partes do mesmo. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

\_\_\_\_\_. *O direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série IDP).

COUTO, Edvaldo Souza. *Transexualidade: o corpo em mutação*. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999.

DESPRATS-PÉQUIGNOT, Catherine. *A psicopatologia da vida sexual*. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Papyrus, 1994.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

ESPÍN ALBA, Isabel. *Transexualidad y tutela civil de la persona*. Madrid: Reus, 2008.

FORST, Rainer. To tolerate means to insult: toleration recognition and emancipation. In: BRINK, Bert van den; OWEN, David (Ed.). *Recognition and power: Axel Honneth and the tradition of critical social theory*. New York: Cambridge University Press, c2008. p. 215-237.

\_\_\_\_\_. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRANÇA, Rúbens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

GERLERO, Mario Silvio. El pluralismo jurídico y la diversidad sexual. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Tolerância. In: \_\_\_\_\_. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. (Biblioteca Colégio do Brasil, v. 14).

HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Translated by Joel Anderson. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1996.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Tradução de João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 2014. (Textos Filosóficos).

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 5. ed. rev. e atual. pelo professor José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. (Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, v. 1).

LUCARELLI, Luiz Roberto. Aspectos jurídicos da mudança de sexo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 35, p. 213-228, jun. 1991.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In: CHAVES, Antonio (Coord.). *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 99-124.

MILLOT, Catherine. *Extrasexo*: ensaio sobre o transexualismo. Tradução de Maria Celeste Marcondes e Nelson Luis Barbosa. São Paulo: Escuta, 1992. (Sexto lobo).

MOREIRA, Vital (Coord.). *Compreender os direitos humanos*: manual de educação para os direitos humanos. Coimbra: Coimbra, 2014.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. (Biblioteca de Teses Renovar).

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *O poder do jogo na publicidade e a eficácia jurídica na defesa do consumidor*: um estudo de caso. 2002. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra, 1996.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *A Constituição concretizada*: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMSEY, Gerald. *Transexuais*: perguntas e respostas. Tradução de Rafael Azize. São Paulo: Summus, 1998.

RIEZO, Barbosa. *Retificação do nome, troca por apelido*: teoria, jurisprudência e legislação. São Paulo: Lawbook, 2000.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-35.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOARES, Maria de Fátima Gonçalves. Direitos humanos: minorias, desigualdades sociais e exercício dos direitos fundamentais. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 15., 2003, Gramado. *Anais...* Gramado: [s.n.], 2003.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo*: aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas atuais de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo*: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Santos, 1996.

\_\_\_\_\_. Mudança de sexo. *Revista Sui Generis*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 50, 1997.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet de. *Tratado sobre a tolerância*: por ocasião da morte de Jean Calas. Tradução de Augusto Joaquim. Lisboa: Relógio D'Água, 2015.





# Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience

JACQUELINE DE SOUZA ABREU

**Abstract:** This paper adds to a growing scholarship that argues that the foundational conceptual cause for disputes between law enforcement and Internet Service Providers (ISPs) related to access to digital evidence lies in unique attributes of data and the challenge the internet poses to long-standing notions and frameworks of jurisdiction under international law. Its main purpose consists in showing how the Brazilian experience with cross border access to user data issues fits in and sheds light on this global puzzle, offering a perspective that has been missing in this international discussion. Based on review of scholarship and case law, it analyzes two important supreme court cases from the U.S. (United States v. Microsoft) and from Brazil (Declaratory Action of Constitutionality n. 51) to discuss arguments governments have relied upon to assert direct authority to compel the production of digital evidence (outside the MLAT system), the contentions made by ISPs, and reform proposals.

**Keywords:** Jurisdiction. Digital evidence. Data protection. MLAT.

## 1. Introduction

Facebook Brazil has been judicially challenging Brazilian court orders compelling communications content data from users; a national association of Brazilian technology companies recently filed a constitutional claim bringing up the issue to the Brazilian Supreme Court. Microsoft Inc. is in the midst of a judicial dispute with the Department of Justice of the United States because it is refusing to hand over data stored on servers in Ireland; the case has now reached the

Recebido em 3/4/18  
Aprovado em 20/4/18

U.S. Supreme Court. On the surface, these cases are “battles” between law enforcement and Internet Service Providers (ISPs) over customers’ communications data.<sup>1</sup> They might have policy implications for the protection of user privacy and cloud-computing businesses on a global scale.<sup>2</sup> At their core, however, these disputes constitute legal battles over jurisdiction. On the one hand, national governments claim to have authority to compel production of Internet communications data; and on the other hand, the ISPs challenge it.

There is a variety of causes for such jurisdictional battles. From a pragmatic perspective, there are most notably two. First, law enforcement’s interest in as well as reliance and dependence on electronic data as evidence in criminal investigations has grown proportionately to the vast amounts of electronic data collected by ISPs (CLARKE et al., 2013, p. 53-77). Be it for legitimate purposes or for pure and abusive data greed,<sup>3</sup> governments undertake judicial actions to secure their access to the treasure chest. In this context, Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs), which have traditionally established international procedures of cooperation among nations for evidence, but are notoriously slow and laborious, are at odds with the new routine needs of the “digitally efficient state”<sup>4</sup> to gather digital evidence stored in different parts of the world and held by multinational companies.

Second, data subjects have independent relationships with ISPs that are usually based on a minimum level of trust.<sup>5</sup> ISPs offer and sell services to customers claiming to do with their data only what they have committed to do in the Terms of Service. Since the Snowden revelations, protecting personal data from government surveillance has become more than a democratic value; it is a business asset and an element of commercial reputation.<sup>6</sup> Many companies are not willing to share their customers’ “digital dossiers”<sup>7</sup> with the government in ways that would hurt the trust relationship they have with those customers. Thus, the companies take up the judicial fight against the expansion

---

<sup>1</sup> That is the general tone of the news coverage. See Auzzo, Sanger and Schmidt (2015).

<sup>2</sup> See Daskal (2015a) and Schultheis (2015).

<sup>3</sup> See Schneier (2015, p. 78-87) for a general overview on how data collected by private companies ends up in the hands of the government.

<sup>4</sup> See Rushin (2013 apud WARREN, 2015, p. 302).

<sup>5</sup> See Westmoreland (2013) (arguing that third parties holders of information who have their own relationships of trust with data subjects bring another dimension to the international system of evidence sharing); and Donahoe (2016) (arguing that private companies now play an oversized role in setting parameters of privacy and access to information for their users).

<sup>6</sup> See Swire and Hemmings (2015, p. 11).

<sup>7</sup> Term borrowed from Solove (2002, p. 1.084).

of surveillance that might compromise this business model.<sup>8</sup>

This paper takes a theoretical perspective and looks at what enables the battlefield occupied by ISPs and law enforcement. It adds to a growing scholarship that argues that the foundational conceptual cause for disputes like those in the cited cases lies in unique attributes of data and the challenge the *digital* poses to long-standing notions and frameworks of jurisdiction. Its main purpose consists in showing how the Brazilian experience with cross border access to user data issues fits in and sheds light on this global puzzle, offering a perspective that has so far been missing from the international debate, which is dominated by U.S.-E.U. approaches. This paper is dedicated to contributing to the ongoing global discussion on the development of a new or the improvement of the current legal framework applicable to jurisdictional disputes in the context of cross border data requests.

## 2. A look at paradigmatic cases

Based on unilateral national legislation, governments have claimed authority to directly compel data production from companies offering services in their territory. By contrast, ISPs have refused to comply with such requests, by alleging that they are subject to jurisdiction of a second country and that there is international means to obtaining data – MLAT procedures; their challenges have taken up the issue to high national courts. This section will use two important cases from the U.S. and from Brazil to present the arguments

governments have relied upon to assert their authority as well as the contentions made in courts by ISPs.

### 2.1. United States: the Microsoft Ireland case

Microsoft Inc. has been in a dispute with the U.S. Department of Justice (DoJ) over the disclosure of emails stored on a server in Ireland that are allegedly relevant to a drug trafficking investigation since December 2013. Microsoft contends that a U.S. warrant based on § 2.703(a) of the Stored Communications Act (SCA), compelling the disclosure of the communications, is invalid. The reasoning is that the information to be seized is not stored in U.S. territory, but rather in a Microsoft facility in Ireland; and therefore, Microsoft argues, seizing the information would constitute an extraterritorial search and seizure. A U.S. judge has no authority to authorize such a procedure in these circumstances. Instead, the company contends the DoJ must resort to the MLAT between the U.S. and Ireland. In contrast, the DoJ argues that the warrant, served on a U.S. based company that can access the data from the U.S., is not extraterritorial and therefore is perfectly valid.

The District Court sided with the DoJ. It found that “while [Microsoft’s contention is] not inconsistent with the statutory language, [it] is undermined by the structure of the SCA, by its legislative history, and by the practical consequences that would flow from adopting it” (UNITED STATES, 2014a, p. 470). The court conceded that the statute is ambiguous as to whether the limitations on the territorial reach of a warrant issued under Rule 41 of the Federal Rules of Criminal Procedure (UNITED STATES, 2014b), which sets territorial

---

<sup>8</sup>See Rozenshtein (2018) (calling litigiousness a technique of resistance of “surveillance intermediaries”).

limitations,<sup>9</sup> also apply to warrants issued under § 2.703(a) of the SCA.<sup>10</sup> That provision could be read to mean either that only procedural aspects of the warrant application processes are to be drawn from Rule 41, or that procedural as well as substantive rules (including the territorial limitations) must be derived from that rule (UNITED STATES, 2014a, p. 470).

In light of this textual ambiguity, the court turned first to a structural interpretation of the SCA. It discerned that the “warrant” specified in § 2.703(a) is actually a hybrid: part search warrant and part subpoena. The explanation goes as follows: the order is

obtained like a search warrant when an application is made to a neutral magistrate who issues the order only upon a showing of probable cause. On the other hand, it is executed like a subpoena in that it is served on the ISP in possession of the information and does not involve government agents physically entering the premises of the ISP to search its servers and seize the e-mail account in question (UNITED STATES, 2014a, p. 471).

---

<sup>9</sup>“Rule 41 (b) Authority to Issue a Warrant. At the request of a federal law enforcement officer or an attorney for the government: (5) a magistrate judge having authority in any district where activities related to the crime may have occurred, or in the District of Columbia, may issue a warrant for property that is located outside the jurisdiction of any state or district, but within any of the following: (A) a United States territory, possession, or commonwealth; (B) the premises – no matter who owns them – of a United States diplomatic or consular mission in a foreign state, including any appurtenant building, part of a building, or land used for the mission’s purposes; or (C) a residence and any appurtenant land owned or leased by the United States and used by United States personnel assigned to a United States diplomatic or consular mission in a foreign state” (UNITED STATES, 2014b).

<sup>10</sup>“A governmental entity may require the disclosure by a provider of electronic communication service of the contents of a wire or electronic communication, that is in electronic storage in an electronic communications system for one hundred and eighty days or less, only pursuant to a warrant issued using the procedures described in the Federal Rules of Criminal Procedure [...] by a court of competent jurisdiction”. 18 U.S.C. § 2.703(a) (UNITED STATES, 1948, p. 599).

The subpoena-like character of § 2.703(a) warrants imports subpoena-like power to require the recipient to produce information in its possession, custody, or control, regardless of the location of the information (UNITED STATES, 2014a, p. 472).

Next, the court reasoned that practical implications make it unlikely that Congress intended to treat a § 2.703(a) warrant as a conventional warrant (UNITED STATES, 2014a, p. 475). According to the court, it is difficult to believe that Congress would want to limit the reach of a SCA warrant to data stored in the U.S. because (i) one could evade an SCA Warrant by simply giving false residence information and thereby causing the ISP to assign his account to a server abroad; and (ii) its execution would depend on MLATs, which are slow and laborious, subject to the requested country’s discretion and laws; and sometimes even completely unavailable. The burden on the government would be substantial and law enforcement efforts would be seriously impeded (UNITED STATES, 2014a, p. 474).

Finally, the court dealt with the presumption against extraterritoriality, which provides that when a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none. According to the decision, the concerns that animate the presumption are simply not present in instances at stake: “An SCA Warrant does not criminalize conduct taking place in a foreign country; it does not involve the deployment of American law enforcement personnel abroad; it does not require even the physical presence of service provider employees at the location where data are stored” (UNITED STATES, 2014a, p. 475). In conclusion, the court denied Microsoft’s motion to quash, holding that “even when applied to information that is stored in

servers abroad, an SCA warrant does not violate the presumption against extraterritorial application of American law” (UNITED STATES, 2014a, p. 477).

Microsoft appealed and the Second Circuit reversed. The court held that there is no indication that the U.S. Congress wanted the SCA to have extraterritorial application. Further, with regards to the “subpoena-like power of a SCA Warrant” argument, the court affirmed that Congress chose a term of art when it included “warrant” in the SCA, meaning that it did not intend to abandon the territorial limitations characteristically applied to this instrument (UNITED STATES, 2016a, p. 212-231). That said, the question turned on whether a warrant requiring Microsoft to produce data stored in Ireland that it can access from the U.S. was extraterritorial. The court reasoned that the focus of the SCA is the protection of user privacy. For that reason, the relevant act for the extraterritoriality analysis is where the act of invasion of privacy occurs. This conduct takes place when data is seized by Microsoft – *in casu*, from its servers in Ireland (UNITED STATES, 2016a, p. 220). Hence, the relevant act occurs outside the United States, making the warrant extraterritorial and therefore invalid. In the ruling, the court did not lose sight of the government’s concerns about a decision that prevents U.S. law enforcement from reaching data stored abroad, but concluded that “these practical considerations cannot overcome the powerful clues in the text of the statute, its other aspects, legislative history, and use of term of art ‘warrant,’ all of which lead us to conclude that an SCA warrant may reach only data stored within United States boundaries” (UNITED STATES, 2016a, p. 221).

Unsurprisingly, the government appealed; but surprisingly, the U.S. Supreme Court agreed to review the case. As the parties’

briefs<sup>11</sup> demonstrate, the focus of the discussion brought to the Court will again be the interpretation of the SCA as to the reach of the warrant: does it suffice that the ISP is U.S.-based to compel data it holds or does the requested data also have to be located in the U.S.? In the background of this discussion lies the potential conflict of laws situation in which Microsoft can be placed, if it has to comply with § 2703(a) warrants for data stored abroad. Disclosure of the emails could make Microsoft breach Irish Data Protection Law, which applies to the sought-after data, as several *amici curiae* highlight. The U.S. government tries to by-pass the MLAT, they further say.

The Supreme Court dismissed the case in April 2018 after the CLOUD Act was enacted. The new legislation will be discussed in section IV.

## 2.2. Brazil: the ADC 51

The difficulty in obtaining data held by ISPs for law enforcement purposes is not new in Brazil. In fact, the problem, which is faced routinely by Brazilian authorities, is very similar to that currently faced by the U.S. government, except for one complicating twist. ISPs’ challenges to Brazilian court orders demanding data disclosure are based not only on the rationale that data is stored abroad, but also on the fact that the Brazilian subsidiary of the ISP does not control access to the requested information. ISPs claim that a U.S. warrant is necessary for the disclosure, because they are bound by U.S. law. Then, they refer to the MLAT. In opposition, law enforcement agents (and many courts) have argued that if the company – subsidiary or not – offers services, that is, makes business in Brazil, then Brazilian

---

<sup>11</sup> See United States (2018b).

law applies. The implication claimed – but disputed – is that Brazilian courts have authority to compel production of data held by these ISPs, without deference to the MLAT.

The most recent development in this dispute is a constitutional case. In late November 2017, the Federation of Associations of Brazilian Companies in Information Technology (ASSESPRO) filed a Declaratory Action of Constitutionality no. 51 [ADC 51] (BRASIL, 2018) with the Brazilian Supreme Court (STF), seeking a statement that Federal Decree no. 3.810 of 2001 (BRASIL, 2001) (the MLAT between Brazil and the U.S.) and arts. 237, II, and 780 and 783 (provisions related to letters rogatory) of the Codes of Civil and Criminal Procedure (BRASIL, 2015, 1941), respectively, are constitutional pieces of legislation and therefore must be applied by Brazilian courts. ASSESPRO and Facebook Brazil (in an amicus brief) argue that data controlled by foreign companies (Facebook Inc., Google Inc., Microsoft Inc., etc.) can only be obtained from the mother-companies (not with their Brazilian subsidiaries – Facebook Brazil, Google Brazil, Microsoft Brazil, etc.). They also argue that the U.S. companies cannot directly disclose content of communications to Brazilian law enforcement because U.S. law (the SCA) prohibits that conduct.<sup>12</sup> In light of that, the argument goes, the appropriate course is the diplomatic path. The underlying issue is that this has not been the position of many courts in Brazil,<sup>13</sup> which have instead charged huge financial fines, threatened legal representatives with imprisonment, and threatened suspension of the service, in order to force direct compliance.<sup>14</sup> ASSESPRO hopes this scenario will change after a ruling of the STF.

Central to the case will be the *Marco Civil da Internet* (BRASIL, 2014), the Brazilian Legal Framework for the Internet. Aside from regulating the procedure and establishing standards for disclosure of Internet metadata and private communications content in its arts. 7 and 10, the law passed in April 2014 provides that ISPs, which are engaged in any kind of data processing that takes place in the territory of Brazil, must abide by Brazilian law. According to art. 11, that is the case for “data collected in national territory and to the content of communications, when at least one of the terminals [devices] is located in Brazil” (BRASIL, 2014, our translation) and “even if the activities

---

<sup>12</sup> See Brasil (2018). Paragraphs 31-33 of ASSESPRO’s initial brief filed on Nov. 28, 2017; p. 11-20 of Facebook Brasil’s amicus brief filed on Dec. 5, 2017.

<sup>13</sup> See Brasil (2018). Paragraphs 24-28 of ASSESPRO’s initial brief filed on Nov. 28, 2017, with extensive citation to relevant cases on paragraphs 61-89.

<sup>14</sup> See Brasil (2018). Paragraph 20 of ASSESPRO’s initial brief filed on Nov. 28, 2017; p. 7-8 of Facebook Brasil’s amicus brief filed on Dec. 5, 2017.

are carried out by a foreign-based legal entity, provided that it offers services to the Brazilian public or at least one member of the same economic group has an establishment in Brazil” (BRASIL, 2014, our translation).<sup>15</sup> Given the legislative choice of wording, there is no denial that the Brazilian law requires foreign companies to comply with Brazilian law when engaging in data processing in the country or treating data collected in the country. The persistent question is whether this means foreign companies are supposed to *directly* respond to data requests pursuant to Brazilian law, outside the MLAT and in spite of other countries’ law.<sup>16</sup>

Before the enactment of the Marco Civil, the Brazilian Superior Court of Justice dealt with this question. In a money laundering investigation from 2013, which involved government officials and hence was presented originally at higher judicial level, Google Brazil, the Brazilian subsidiary of Google Inc., alleged “physical and legal impossibility” to comply with court orders from Brazilian judges mandating the disclosure of e-mails: “Google Brazil does not have access to the computers that store the sought-after data, which are located in the U.S. and are operated by Google Inc. – its controller – which is subject to U.S. law” (BARROSO; MENDONÇA, 2013, our translation).<sup>17</sup> To support its position, Google Brazil first and foremost distinguished itself from Google Inc.: Gmail users contractually bind themselves with Google Inc., which operates the email service and holds the data. In addition, it argued that Google Inc. was subject to the restrictions on disclosure set by U.S. law, and therefore could not share data with Google Brazil “even if the U.S. company wanted to”. Indeed, the SCA prohibits disclosure of content to foreign governments without a U.S. warrant.<sup>18</sup> Finally, the subsidiary referred to the MLAT between Brazil and the United States, which

---

<sup>15</sup> An unofficial Portuguese/English comparative version of the text is available at: <<https://www.publicknowledge.org/assets/uploads/documents/APPROVED-MARCO-CIVIL-MAY-2014.pdf>>. Access: Aug. 24, 2018.

<sup>16</sup> In his testimony to the House Judiciary Committee on Cross Border Data Requests, Brad Smith, Microsoft’s President and Chief Legal Officer, noted: “The Brazilian courts have long asserted the authority to compel U.S. tech companies to disclose the contents of users’ communications to Brazilian law enforcement, even when the data is located in other countries. Recently, the Brazilian Government enacted new legislation that reaffirms this point” (UNITED STATES, 2016d, p. 3).

<sup>17</sup> Google Brasil’s memorandum can be found as an attachment to the news piece *STJ determina quebra de sigilo de correspondência virtual de Gmail* [STJ determines disclosure of Gmail accounts] (MIGALHAS, 2013).

<sup>18</sup> As a default rule, the SCA prohibits ISPs from disclosing communications content, but exceptions are listed in 18 U.S.C. § 2.702 (b). Since “governmental entities”, under the definition set by 18 U.S.C. § 2711(4) means U.S. governmental agencies, the carve-out for disclosure to government is interpreted not to cover *foreign* governments, which are then subject to the general prohibition. See Westmoreland (2014) (explaining the interpretation of the SCA that affects foreign governments).

provides the diplomatic way to obtain data through a U.S. warrant served on Google Inc.

The Superior Court of Justice rejected Google Brazil's allegations. It acknowledged the alleged "factual impossibility" for lack of direct access to the data. The court held that Google Brazil could not be found in contempt, because it indeed needed the collaboration of agents at Google Inc. to turn over the data. On the other hand, the Court concluded, "the alleged [legal] obstacle does not exist" (BRASIL, 2013, p. 2, our translation).<sup>19</sup> First, Google Brazil legally represents Google Inc. in Brazil. Second, "what is intended is the disclosure of messages sent and received by Brazilians in Brazilian territory related to crimes unquestionably subject to Brazilian jurisdiction" (BRASIL, 2013, p. 2, our translation).<sup>20</sup> Accordingly, "the fact that the data is stored anywhere else in the world does not make it foreign evidence, so as to give rise to the need to resort to diplomatic channels for transfer of the data" (BRASIL, 2013, p. 2, our translation).<sup>21</sup> Moreover, the Court stated, the "mere exchange of data [...] between Google Inc. and Google Brazil, because it occurs inside the company, does not violate any protection over the secrecy of the data" (BRASIL, 2013, p. 2, our translation).<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup>Original in Portuguese: "O obstáculo oposto não procede".

<sup>20</sup>Original in Portuguese: "[o] que se pretende é a entrega de mensagens remetidas e recebidas por brasileiros em território brasileiro, envolvendo supostos crimes submetidos indubitavelmente à jurisdição brasileira".

<sup>21</sup>Original in Portuguese: "o fato de esses dados estarem armazenados em qualquer outra parte do mundo não os transforma em material de prova estrangeiro, a ensejar a necessidade da utilização de canais diplomáticos para transferência desses dados".

<sup>22</sup>Original in Portuguese: "a mera transferência reservada – poder-se-ia dizer *interna corporis* – desses dados entre empresa controladora [sic] e controlada não constitui, em si, quebra do sigilo, o que só será feito quando efetivamente for entregue à autoridade judicial brasileira, aqui".

"[M]ere transmission of data between companies of the same economic group, with the exclusive end of turning it over to the competent judicial authority, in this case, the Brazilian one, does not do the smallest harm to a foreign country's sovereignty" (BRASIL, 2013, p. 3, our translation).<sup>23</sup> The Court also reasoned that "it cannot be the case that a company would establish itself in Brazil, explore its lucrative messaging service through the Internet – which is absolutely legal – but evade its obligation of complying with local laws" (BRASIL, 2013, p. 2, our translation).<sup>24</sup> For those reasons, the Court concluded, the Brazilian subsidiary would be fined daily until the data is turned over.<sup>25</sup>

It remains to be seen whether the Brazilian Supreme Court will follow this understanding.

### 3. A normative disruption: why jurisdictional battles over data arise

The ISPs' position is not absurd in either case mentioned above. The place where a company is incorporated is used to identify the jurisdiction it is subject to and the laws it has to observe under the international law principle of *nationality* (BURGENTHAL; MURPHY, 2013, p. 253). Moreover, under international law, location of evidence has functioned as a basis for identification of the

---

<sup>23</sup>Original in Portuguese: "simples transmissão de dados, resguardado seu conteúdo, entre as entidades pertencentes ao mesmo grupo empresarial, com a exclusiva finalidade de entrega à autoridade judiciária competente, no caso a brasileira, não tem o condão de sequer arranhar a soberania do Estado estrangeiro".

<sup>24</sup>Original in Portuguese: "Não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da *internet* – o que lhe é absolutamente lícito –, mas se esquite de cumprir as leis locais".

<sup>25</sup>In September 2017, the company gave up of an appeal at the Brazilian Supreme Court. See Brasil (2017).



country that has jurisdiction over it and has oriented MLAT procedures.<sup>26</sup> In fact, these legal doctrines have guided the enactment and interpretation of laws regarding data disclosure in other countries,<sup>27</sup> and are at the core of the Budapest Convention on Cybercrime.<sup>28</sup> Against this backdrop, the governments' position both in the U.S. and in Brazil, which disregards the location of the evidence and of the headquarters of a company, respectively, is interpreted by commentators as "unilateral assertions of extraterritorial jurisdiction,"<sup>29</sup> as if these assertions were "anomalies". But are they really?

Traditional jurisdictional frameworks function in the physical world quite well: (i) location where the company is headquartered, as a reference point of the laws that it must observe, and (ii) the location of the evidence, as the decisive parameter of the country which has jurisdiction over that piece of evidence. But when the Internet and electronic data are involved, and specifically in the context of cross border data requests, the normative underpinnings that sustain these hooks are disrupted. Accordingly, it is remarkable how the disputes explored challenge these doctrines and battle for the ultimate decisive point of jurisdiction to lawfully compel the sought-after data. This section tries to explain how these jurisdictional disputes are made possible.

The jurisdictional disputes examined here spring primarily from the intrinsic characteristics of the *digital*. The global nature of the Internet is difficult to reconcile with the local system of laws and local enforcement authorities. Accordingly, disputes around electronic data requests are yet another example of how modern technology challenges traditional jurisdictional frameworks. This section will show how the characteristics of electronic data disrupt the rules that have guided the determination of jurisdiction, and the application of MLATs, enabling the conflicts seen above.

### 3.1. The multi-territoriality of data: authority to regulate data disclosure

Based on the Westphalian<sup>30</sup> notions of sovereignty and national self-determination, which granted to the nation state absolute control over whatever occurred within its territory, the most traditional basis for the assertion of *prescriptive jurisdiction*. A country's power to exercise authority to regulate persons, things, relations or interests by enacting laws is the *principle of territoriality*.<sup>31</sup> Accordingly, a country may regulate all civil and criminal matters within its borders.<sup>32</sup> All a country needs to regulate something is a *territorial hook*. In this sense,

---

<sup>26</sup> See Swire and Hemmings (2016, p. 699).

<sup>27</sup> See Maxwell and Wolf (2012, p. 13) (showing how in Japan and Germany the government cannot require a Cloud provider to access and disclose data, if it stores data in another country).

<sup>28</sup> See European Union (2001, p. 17) (providing that "A Party may request another Party to search or similarly access, seize or similarly secure, and disclose data stored by means of a computer system located within the territory of the requested Party, including data that has been preserved pursuant to Article 29").

<sup>29</sup> See United States (2016b, 2016d).

---

<sup>30</sup> The term refers to the Peace of Westphalia and refers to the idea of an international order in which no state is permitted to impose rules on others. See Berman (2002, p. 320).

<sup>31</sup> See United States (1987), Shaw (2008, p. 646), Accioly, Silva and Cassella (2010, p. 321-322).

<sup>32</sup> Aside from that, other grounds for the assertion of prescriptive jurisdiction have been developed under international law and exceptionally permit regulation to reach matters *outside its borders*: the harmful-effects doctrine, the principle of nationality, the principle of universal jurisdiction, the protective principle are examples. See Buergenthal and Murphy (2013, p. 259). See also Shaw (2008, p. 652-673).

territorial borders set the area within which legal rules addressing certain matters apply.

Looking at electronic data as *things* that can be regulated, a country has power to exercise prescriptive jurisdiction over data, under the principle enunciated above, when the data is *within* its territory. The complicating factor is that bits can be stored anywhere; they are not ruled by the same physical constraints of atoms.<sup>33</sup> First, electronic data moves from place to place at a speed unparalleled by physical objects. Second, data is divisible: it can be broken into multiple parts and held in multiple locations.<sup>34</sup> Third, data packets can be replicated and transmitted at the same time to multiple places: one merely requires the physical infrastructure that enables access to the Internet to undertake such actions.<sup>35</sup> Consequently, electronic data can be called “multi-territorial” in a way that physical things cannot. The question posed is how this impacts the determination of prescriptive jurisdiction over electronic data.

For that investigation, it is helpful to briefly turn to the literature on Internet governance, since the emergence of *cyberspace* posed a similar challenge to jurisdiction’s fundamental reliance on the principle of territoriality. If cyberspace is global and has *virtual* presence in any state in which access to the Internet is available, does that mean

that each and every state can regulate matters within that cyberspace? The idea of a “virtual presence” was indeed the basis for assertion of jurisdiction when cases involving “unlawful” speech on internet platforms first emerged. In the now famous case *LICRA v. Yahoo*, for example, a French court found jurisdiction to hear a case against the U.S.-based Yahoo Inc., because auctions on the website were open to French bidders. French law forbidding sale of Nazi memorabilia applied, the court reasoned (FRANCE, 2000).

In a classic article from 1996, Johnson and Post categorically criticized the movement of nation-states to regulate online speech. They argued that “global computer-based communications”, which “cut across territorial borders”, created a new realm of human activity and undermined the feasibility and legitimacy of laws based on geographic boundaries (JOHNSON; POST, 1996). The key claim in their argument is that cyberspace is different: it has no territorial boundaries. It is independent of physical location: “messages can be transmitted from one physical location to any other location without degradation, decay, or substantial delay, and without physical cues or barriers that might otherwise keep certain geographically remote places and people separate from one another” (JOHNSON; POST, 1996, p. 1.370-1.371). For that reason, they argued, “[T]here is no geographically localized set of constituents with a stronger and more legitimate claim to regulate it than any other local group” (JOHNSON; POST, 1996, p. 1.375).

From this statement followed an argument that “real space jurisdictions” illegitimately assert control over cyberspace life. Nevertheless, coupling Johnson and Post’s diagnosis that no local group has any stronger legitimacy to assert jurisdiction on

---

<sup>33</sup>See Daskal (2015b, p. 365-378) (discussing how data is “different”); Warren (2015, p. 301) (pointing out that transnational investigations involving global communications practices are full of contradictions); Gasser and O’Brien (2014, p. 15) (claiming that the “internationalization” of cloud computing is one of the “risk vectors” of its regulation).

<sup>34</sup>See Daskal (2015b, p. 369). In the Microsoft case, for example, Microsoft alleges that non-content data related to the requested email accounts were stored in the U.S., whereas content was held in Ireland.

<sup>35</sup>See United States (2016c, p. 2) “the singular characteristic that defines our global cyber network is its universality”.

cyberspace with the observations about electronic data actually sheds light on the disruption that enables the current “unilateral assertions of extraterritorial jurisdiction” in the context of cross border data requests. As stated, traditionally, prescriptive jurisdiction over a *thing* is derived from where the *thing* is situated. However, data’s mobility, divisibility, location independence, and potential ubiquity make it, as anticipated, “multi-territorial”.<sup>36</sup> The multi-territoriality of data engenders multiple assertions of jurisdiction to regulate data.<sup>37</sup> They are not illegitimate *per se*.

This has a direct impact on the companies behind these data flows. The definition of the jurisdictional scope of these data regulations can find ground in different principles of international law, depending on the government’s interests at stake. While, traditionally, the “location of a company”, as the place where the business is incorporated, well served to identify those who were subject to the laws of the country, this hook can be too narrow in light of the global impact of ISPs. By providing data services made available through the Internet and thereby operating data flows navigating worldwide, ISPs have an impact in many countries other than where they are incorporated. Thus, many countries aim to reach the ISPs through effects-based territorial hooks,<sup>38</sup> like the facts that a service is offered in the country through the Internet or that a user of the service is located there, for example. That explains Brazil’s jurisdictional scope set in *Marco Civil* (BRASIL, 2014). In contrast, the principle of nationality can also be useful to set the scope of data regulation and go beyond territorial limits. In fact, that explains the US government’s position as to the scope of the SCA: regardless of where Microsoft stores data, the company is U.S.-based and must comply with U.S. law.

The variety of laws which ISPs are suddenly subject to is the root of the tension in the cases studied. At issue in the Microsoft Ireland case, for example, is whether the SCA’s applicability to U.S.-based companies is somehow affected by the fact that the data requested is stored abroad. For the U.S. government, the hook of the location of the company should remain unaffected by the location of the data. The District Court

---

<sup>36</sup> See Daskal (2015b, p. 326).

<sup>37</sup> See also Silva and Soares (2017, p. 241) (arguing that, because of internet’s architecture, multiple nations may have interest in applying their laws based on various criteria – objective territoriality, passive nationality, national or local security, effects), Basso and Polido (2008, p. 445) (calling internet disputes *hard cases* because of the multiterritorial character).

<sup>38</sup> As Goldsmith (2000, p. 139) responded to critics of the attempts to regulate online speech, the basis for prescriptive jurisdiction, in these cases, is one known to international law: effects-based territorial jurisdiction. See also Lessig (1996, p. 1.404).

agreed without hesitation; the Second Circuit disagreed. Microsoft intends, by contrast, to set a limit to the application of that law based on the location of data. The company stresses the fact that Irish law is implicated when data is located in Ireland, a fact that cannot be ignored. In Brazilian cases, in turn, based on different triggers, both U.S. and Brazilian law are *prima facie* applicable to ISPs: U.S. law because the companies are U.S.-based; and Brazilian law because their services are provided in Brazil. The overlap already exists; the pending tension is how to deal with it.

The takeaway here is that it is crucial to seriously engage with the multiple jurisdictional assertions legitimately available under international law to regulate data and, more specifically, data disclosure.

### 3.2. The un-territoriality of data: authority to compel data regardless of location

*Enforcement jurisdiction*, the power to exercise authority to enforce laws and to punish noncompliance, is traditionally even more closely connected to the principle of territoriality than prescriptive jurisdiction. A judgement may be enforced against persons and assets within the country's territory, but never abroad in the absence of consent.<sup>39</sup> Because of this international law principle, there (usually) exists a gap between a nation state's power to regulate and its power to enforce. While a nation's ability to regulate may theoretically extend beyond territorial boundaries, under

---

<sup>39</sup>See United States (1987) (providing that "A state's law enforcement officers may exercise their functions in the territory of another state only with the consent of the other state, given by duly authorized officials of that state"). See also Rezek (1998, p. 161) (affirming that "only [the local state] may undertake restrictive actions towards people [in a certain territory], given that it holds the monopoly of the legitimate use of public power").

international law enforcement jurisdiction remains fundamentally constricted to a nation's own borders.<sup>40</sup> A court order from a judge in country A authorizing the collection of evidence physically located in country B can only be enforced if country B consents. Hence, A has to defer to B's jurisdiction and ultimate authority over the evidence.

The relevance of the location of evidence to determine any authority in the digital age has been questioned. Many have argued that the place where bits are located is normatively insignificant to the determination of the authority to compel data.<sup>41</sup> In fact, Daskal (2015b, p. 366-367) states at least three characteristics of data that support this point of view. First, data's mobility is rather arbitrary: an email sent from a US user to a US addressee might as well traffic through France without any knowledge and input of the users and entirely due to technical routing decisions. Second, data is usually stored in more than one server and broken in different parts, all potentially in different locations (DASKAL, 2015b, p. 368-369). Third, the processing of data is independent from location: the location of the actor handling or accessing the data can be disconnected from the location where it is stored (DASKAL, 2015b, p. 369-371). Her conclusion is that the "normative relevance of data's location" (DASKAL, 2015b, p. 329) is undercut. Indeed, if the main feature of the digital world – and of all the data it is

---

<sup>40</sup>See Nations Unies (1927, p. 18) (stating that "[N]ow the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention").

<sup>41</sup>See Kris (2015), Kerr (2014), and Krishnamurthy (2016, p. 4-5).

made of – is that it is not bound by territorial borders, location of data is an “unstable and often arbitrary determinant of the rules that apply” (DASKAL, 2015b, p. 329). In addition to data’s inherent characteristics, the fact that the decision over where to store it is currently ultimately under the data holder’s authority – and this may even include building and using data servers at the bottom of the ocean<sup>42</sup> – further alienate the normative relevance of the location of data to account for privacy interests of the data subject (DASKAL, 2015b, p. 373-374). Against this backdrop, and ironically when considering how “multi-territorial” data is, for purposes of establishing the legal rules that apply in a specific case, data is rather “un-territorial”<sup>43</sup>.

Both the U.S. and Brazilian governments have capitalized precisely on this normative disconnect in the cases explored. In their assertions of authority to compel data, location of the bits is said to be irrelevant. The U.S. government considers that the location of data, in general, does not constrain the scope of applicability of the SCA and, in the specific case, does not constrain the authority to compel production of data stored abroad via a U.S. warrant. Meanwhile, Brazil rejects that the location of data ought to have any relevance in determining the rules that apply to a specific case setting. These assertions are not unreasonable, given the “un-territoriality” of data.

Relatedly, this tension shakes to its core the functionality of the MLAT process to deal with cross border data requests.<sup>44</sup> MLATs among nations originated in the 1960s to deal with the discontinuity between prescriptive jurisdiction and enforcement jurisdiction.<sup>45</sup> Since a nation’s law enforcement officials are not entitled to cross borders and gather evidence located abroad, agents would go through the procedure set by the bilateral or multilateral agreement with the country where the evidence is located in order to collect the material relevant to a particular investigation or prosecution.<sup>46</sup> In this sense, the MLAT was formulated and currently functions under the assumption that the location of the evidence is and should be the reference point to jurisdiction over the evidence.

Yet, as anticipated, the relevance of this factor is precisely part of the issue. “Location of evidence” as the hook for the MLAT process,

---

<sup>42</sup> See Markoff (2016) (reporting on Microsoft’s Project Natick, which tests the placement of server containers underwater).

<sup>43</sup> Term used by Daskal (2015b).

<sup>44</sup> See Bellia (2001, p. 49) and Krishnamurthy (2016, p. 4).

<sup>45</sup> The European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters was enacted in 1962 (EUROPEAN UNION, 1959). The first MLAT the US entered into came 11 years later and was celebrated with Switzerland. See Bellia (2001, p. 50-51).

<sup>46</sup> See Shaw (2008, p. 646) and Souza (2008).

historically, is meant to protect a country's territorial integrity from foreign law enforcement. However, companies that have control over data can have access to it by simply giving instructions to a computer. Indeed, it was highlighted by the magistrate judge in the Microsoft Ireland case that no deployment of U.S. officials abroad would occur. Hence, why should location of the evidence guide the authority to compel data for MLAT purposes? Most significantly, the insistence of the Brazilian courts in stressing how the requests made are inherently connected to Brazil – e.g. fact that the users involved are Brazilians or at least located in Brazil and that the evidence is necessary for the investigation of crimes occurred in Brazil – suggests that a different hook or set of hooks should be considered to replace location of data as determinant of authority to compel production of digital evidence.

MLATs come into play when the question of jurisdiction is solved. As Daskal (2015b, p. 394) points out,

The MLAT system provides a mechanism for one government to formally request data subject to another sovereign's jurisdiction. It thus kicks in where jurisdiction ends. One still needs to answer the key underlying question: when and in what circumstances a sovereign can claim lawful jurisdiction over data, even if that data is physically located outside its territory and subject to foreign law?

That is precisely the question at issue in the Microsoft Ireland case. Adding into consideration the complication of the Brazilian cases, the question is: when and in what circumstances a sovereign can claim lawful jurisdiction over data, even if the ISP who controls access to the data is located abroad and subject to foreign law? Those are precisely the questions underlying the cases studied. The takeaway is that it is urgent to clarify the limits of jurisdiction and define a new trigger for the MLAT process – or any modern international cooperation system for data sharing – supported by reasons that *make sense* in light of the international conflicts it aims to avoid and principles it aspires to protect.

So long as the international community does not fix this problem, aspects of the global digital economy threaten to bridge the gap between prescriptive and enforcement jurisdiction that sustained the creation of MLATs in the first place – in an authoritarian form. When ISPs, as data holders, have persons or assets or simply operate within a country's territory, other tools for enforcement exist.<sup>47</sup> Fines and even arrests can be executed. Additionally, and most significantly, the

---

<sup>47</sup> On this capability, see Goldsmith and Wu (2006, p. 65-85).

service can be suspended. Governments control the “master switch”<sup>48</sup> as to the availability of Internet-based services in their countries. While enforcement can be frustrated if entities, assets, and persons are all located beyond the territorial reach of a country, an Internet service can be shut down, if it refuses to comply with local law.<sup>49</sup>

Brazilian cases are illustrative of these points. In attempts to compel collaboration from U.S. companies with law enforcement authorities, Microsoft has faced fines and arrests;<sup>50</sup> Facebook’s Vice President for Latin America has been arrested;<sup>51</sup> and WhatsApp has been blocked three times.<sup>52</sup> These companies have resisted not for lack of legal basis for jurisdiction under Brazilian law, but by relying on their economic power and user popularity. Even though the country has suffered from practical shortcomings in its ability to obtain the data even after the implementation of these measures, the frustration of Brazilian authorities is so overwhelming, that more aggressiveness cannot be ruled out. At that point, coercion would not be constrained by practical barriers anymore. Alternatively, the situation might incentivize informal means of

cooperation with foreign governments, which lack procedural guarantees, accountability, and transparency.<sup>53</sup>

#### 4. Tailoring a normative fix: solving and preventing jurisdictional battles

The previous section showed that the relevance of (i) the location of the company, to ultimately determine the laws it must comply with, and (ii) the location of the evidence, to determine the limits of jurisdiction and the deference to the MLAT process, is under challenge in the digital age. From an international law standpoint, the natural follow-up question is: can these disruptions be neutralized? If so, how? This section briefly addresses these issues from a Brazilian perspective.

Many reform proposals have been presented to avoid jurisdictional battles like those in the Microsoft Ireland and in the Brazilian cases. Kerr (2015) has suggested, for example, a statutory amendment to the SCA, in order to clearly state the circumstances under which a U.S. warrant is valid to compel data stored overseas. If the company is U.S. based, it would have, as a general rule, to abide by a U.S. warrant requesting data, no matter where the data is located. When data is abroad though, data requests could only affect U.S. persons and people located in the U.S.. The CLOUD Act (UNITED STATES, 2018a), recently approved by the U.S. Congress, though slightly different, tries to achieve the same effect: it gives providers the opportunity to quash a data demand when they believe it would affect

---

<sup>48</sup>Term borrowed from Wu (2011). See also Lemos (2016) (correlating the WhatsApp blockades occurred in Brazil with Wu’s idea of a master switch that threatens free speech). I would note, however, that Wu is mostly concerned with private companies who control information flows monopolizing media industries.

<sup>49</sup>See Goldsmith and Wu (2006, p. 65-85) (arguing that control can be exercised through intermediaries, physically located within the country, even when ISPs are headquartered abroad).

<sup>50</sup>See Bass (2015) (reporting about a Microsoft employee in Brazil who was threatened to be arrested by the Brazilian police because the company had refused to turn over Skype data stored in the U.S. that involved a Brazilian customer).

<sup>51</sup>Incident occurred in a recent development involving WhatsApp, see Watts (2016).

<sup>52</sup>About the first incident, see Sganzerla (2015). About the second time, see Greenwald and Fishman (2016). About the third episode, see Conger (2016).

---

<sup>53</sup>See Westmoreland and Kent (2015, p. 3) (reporting that “ad hoc arrangements with providers” are the most commonly used forms of international legal cooperation).

a non-U.S. person or violate another country's law.<sup>54</sup> Clearly, this new law tries to clarify the scope of jurisdiction at U.S. national level and to tackle the potential conflicts of law by offering guidance to U.S. companies and judges. It tries to solve the issue from a U.S. perspective.

The problem is of global character though. Commentators see the cases studied as a direct consequence of a larger problem: the laborious and slow MLATs.<sup>55</sup> That is specially the attitude towards the Brazil-type of cases, where the country claims to have authority to compel electronic data from a U.S. based company that stores data in the U.S.. MLAT's ineffectiveness and obscurity is said to fuel the frustration of law enforcement agents in foreign countries, and set the stage for the said "unilateral assertions of extraterritorial jurisdiction", the enactment of data localization laws, threats against employees or officers of local subsidiaries, among other things.<sup>56</sup> In view of that, many reform proposals aim to streamline the MLAT process.<sup>57</sup> They intend to modernize the process, such as by making it electronic, rather than paper-based, educating law enforcement in requesting countries, providing adequate staff in responding countries, among other measures.

While commendable, these efforts can only be a partial solution to the jurisdictional battles this paper highlighted. As stressed, the MLAT kicks in only when jurisdiction ends (WOODS, 2015, p. 4; DASKAL, 2015b, p. 394). Neither location of the headquarters and specially not the location of the evidence serve to set these jurisdictional limits convincingly and effectively. Furthermore, as seen in the cases studied, precisely the claim of direct authority to compel data – *in spite of the MLAT* – is made. The MLAT, or any other international system for purposes of sharing digital evidence, even if streamlined, can only work if clarity over the limits of jurisdiction exists and a new set of triggers is agreed upon. Therefore, the fix here is crafting this set of multi-factor rules. Brazilian case law on the matter, as discussed in the Google Brazil case mentioned here, already seems to appeal to a set of multiple factors in that sense (such as the location of the crime, the place of data collection, the citizenship of the accused, and the citizenship of the victim), instead of focusing on only one criterion (where data happens to be stored). While this approach and legal analysis is normatively sensible, it still has to be internationally recognized not to be called "unilateral". Progress has to be made in this direction.

---

<sup>54</sup> The Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act, H.R. 4943, 115th Cong.

<sup>55</sup> See Woods (2015), Clarke et al. (2013, p. 229), and the Portal <mlat.info>, set up by the ONG Access Now and dedicated to MLAT Reform.

<sup>56</sup> See United States (2016b) and Clarke et al. (2013, p. 226-229).

<sup>57</sup> See Woods (2015, p. 4), Swire and Hemmings (2016), Fidler (2015) and Hill (2015).



Alongside the MLAT reform proposals, some others have suggested the creation of “MLAT by-pass mechanisms”. Under the Swire and Hemmings (2016, p. 5) proposal, for example, a system inspired in the U.S. Visa Waiver Program would award foreign countries that have a long-history of high-quality procedures for seeking evidence with an expeditious access to the requested data. Under the Daskal and Woods (2015) proposal, in its turn, the admission to an expedited access system through bilateral agreements would be conditioned on compliance with human rights standards: at a high level, looking at the country’s surveillance laws, and in the specific case upon which the request is based.<sup>58</sup> The system would allow disclosure under foreign legal process if the case is “wholly domestic”, that is, the data request is related to a local crime involving a local victim and a local suspect. Proposals of this kind include amending the SCA (DASKAL; WOODS, 2015; SWIRE; HEMMING, 2016, p. 51), in order to allow the disclosure of data held by U.S. companies to foreign governments, if the requirements are met. As flagged before, the SCA has acted as a “blocking statute” to disclosure of data to foreign governments as it prohibited it (UNITED STATES, 2016b; KRIS, 2015). The recently approved CLOUD Act incorporated these proposals and removed that prohibition for countries with whom the United States has entered into executive agreements – “qualifying foreign governments”.

From a pragmatic standpoint, an “expedited access system” sounds promising. First, it seems sensitive to the concerns of multi-stakeholders. It seems to please the U.S. government, in the sense that it promotes

---

<sup>58</sup> The project was partially endorsed by Krishnamurthy (2016) and Swire and Hemmings (2016, p. 51).

good relations with foreign countries (SWIRE; HEMMING, 2015, p. 7). It seems well aligned with foreign governments’ law enforcement goals, as it increases effectiveness (SWIRE; HEMMING, 2016, p. 17). It potentially discourages movements for data localization and raises legal certainty, for the relief of ISPs. Speaking to civil society groups, it promises to safeguard democratic values, privacy, and free speech by including substantive protections in the system.<sup>59</sup> Second, it builds on the traditional framework of international jurisdiction and treats the Microsoft Ireland and the Brazilian cases as “anomalies” (“extraterritorial assertions of jurisdiction”): chiefly, it non-explicitly takes advantage of the doctrine that the location of the headquarters of a company ultimately sets the laws it is subject to in terms of data disclosure. The carrot provided is a “by-pass mechanism”, but the MLAT would remain the official channel for accessing data controlled by U.S. firms. This alternative may interest Brazilian authorities engaged in this debate and looking for a permanent solution.

From a theoretical perspective, however, the CLOUD Act is not perfect and cases as those experienced in Brazil may not go away. The law and the proposals in which it was based imply, even if inadvertently,<sup>60</sup> that the

---

<sup>59</sup> But see Jaycox and Tien (2015) (criticizing the elimination of U.S. probable cause and the creation of a two tier worlds – those of “good” and “bad” Internet nations), Nojeim (2015a) (also criticizing the elimination of probable cause and judicial review protections for non-US data subjects), Nojeim (2015b) (arguing that the Daskal-Woods proposal should be revised to account for metadata disclosures) and Nojeim (2015c) (pointing out to the difficulties of establishing who decides which countries comply with human rights standards).

<sup>60</sup> See United States (2016b, p. 6) (showing intent to avoid “imperialism”: “the U.S. has little justification in imposing [these] specific standards on foreign government access to data of non-citizens who are located outside the U.S.”), Swire and Hemmings (2016, p. 57) (recognizing that “it would be somewhat arrogant to take the position that only a U.S.-style probable cause is ‘reasonable’ when seeking electronic evidence across borders”).

ultimate authority to compel data held by U.S. based companies rests in the U.S.; that data held by U.S. companies in the U.S. can only be disclosed under the terms of U.S. law. They are premised on the idea that U.S. law may set the conditions of their operations not only in the U.S., but globally, by regulating the circumstances under which disclosure of data to foreign governments is allowed to take place. This includes having a country like Brazil enter into an executive agreement with the U.S. and being ‘certified’ by the U.S. authorities. Brazilian authorities may show discomfort with this U.S.-centric approach underlying the new system, even if from a pragmatic perspective it shows to be promising.

In this sense, even if they do not overlook, these frameworks downplay the normative disconnects that this paper highlighted. The assumption that *only* or even *ultimately* the location of the headquarters of a company establishes the laws it must abide by is normatively contradicted by the multi-territoriality of data and practically threatened by alternate enforcement measures. Rather ironically, the “wholly domestic” cases – to which the “expedited access processes” would be applicable – are exactly those where the foreign country’s sovereign interests are at its maximum. U.S. law’s legitimacy to regulate these cases is at its minimum. The fix here most likely to address the claims of foreign governments is not in the form of a “bypass mechanism” dictated by U.S. law, but of a new internationally-recognized jurisdictional framework that deals with overlapping and/or conflicting laws from a neutral standpoint.<sup>61</sup> There is progress to be made in that direction.

## 5. Conclusion

Jurisdictional conflicts such as those materialized in the U.S. v Microsoft and ADC n. 51 (BRASIL, 2018) cases have emerged in courts because of traditional (and outdated) jurisdictional frameworks that are ill-suited for the digital age. The lack of a clear, satisfactory, and fair solution is a symptom of the problem and a proof of its urgency. Data’s multi-territoriality originates from the multiple unilateral

---

<sup>61</sup> An effort in that sense can be found in Svantesson (2017) (calling for a paradigm shift that will move away from strict territoriality) and advancing a three-principle framework for the exercise of jurisdiction based on substantial connection, legitimate interests and reasonableness), La Chapelle and Fehlinger (2016) (arguing that the “institutional gap”, created by the inability of the traditional modes of international cooperation to deal with the digital realities, be filled by multi-stakeholder cooperation toward transnational frameworks), for example.

regulations of data disclosure. At the same time, data's un-territoriality makes its location normatively inadequate for triggering international cooperation. All of this shows that a new framework has to tackle these disconnects. International and national law, scholarship and practice must be developed in this area.

This paper tried to insert the Brazilian perspective in this international debate, drawing attention to the state of Brazilian law and case law on the issue, which is important for the assessment of any reform proposals. Hopefully, the insights of this paper will further contribute to developing a successful framework to deal with these challenges.

### **Sobre a autora**

Jacqueline de Souza Abreu é mestre em Direito pela University of California, School of Law, Berkeley, CA, Estados Unidos da América; mestre pela Ludwig-Maximilians-Universität, Munique, BY, Alemanha; coordenadora da área "Privacidade e Vigilância" no InternetLab, centro independente de pesquisa em direito e tecnologia, São Paulo, SP, Brasil; advogada, São Paulo, SP, Brasil.  
E-mail: jacqueline.abreu@usp.br

### **Título, resumo e palavras-chave em português<sup>62</sup>**

CONFLITOS DE JURISDIÇÃO POR PROVAS DIGITAIS, REFORMA DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL, E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

RESUMO: Este artigo reforça o argumento de que a causa conceitual fundamental para disputas entre autoridades de investigação e provedores de aplicações de Internet relacionadas a pedidos de quebra de sigilo de comunicações de usuários se deve a atributos únicos de "dados" e ao desafio que a Internet representa para tradicionais noções de jurisdição. Seu principal propósito consiste em mostrar como a experiência brasileira com questões de acesso transfronteiriço a dados se encaixa em e joga luz sobre tal quebra-cabeça global, perspectiva que tem faltado na discussão internacional sobre o tema. Com base em análise da literatura especializada e da jurisprudência, o artigo analisa dois processos judiciais – um dos Estados Unidos (*U.S. v. Microsoft*) e outro do Brasil (ADC n. 51) – a fim de discutir os argumentos de autoridades estatais para compelir a produção direta de provas digitais (fora do sistema de cooperação internacional), as alegações feitas por provedores e as propostas de reforma em nível internacional.

PALAVRAS-CHAVE: JURISDIÇÃO. PROVAS DIGITAIS. QUEBRAS DE SIGILO. PRIVACIDADE. MLAT.

---

<sup>62</sup>Sem revisão do editor.

## Como citar este artigo

(ABNT)

ABREU, Jacqueline de Souza. Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 233-257, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p233](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p233)>.

(APA)

Abreu, J. de S. (2018). Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(220), 233-257. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p233](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p233)

## Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

APUZZO, Matt; SANGER, David E.; SCHMIDT, Michael S. Apple and other tech companies tangle with U.S. over data access. *The New York Times*, New York, Sept. 7, 2015. Available at: <<http://www.nytimes.com/2015/09/08/us/politics/apple-and-other-tech-companies-tangle-with-us-over-access-to-data.html>>. Access: Aug. 23, 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. Ref.: Inquérito n. 784/DF. *Luís Roberto Barroso & Associados*: escritório de advocacia, Brasília, 1º abr. 2013. Available at: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130418-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130418-02.pdf)>. Access: Aug. 27, 2018.

BASS, Dina. The case that has Microsoft, Apple and Amazon agreeing for once. *Bloomberg*, New York, Sept. 2, 2015. Available at: <<http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-09-02/as-microsoft-takes-on-the-feds-apple-and-amazon-watch-nervously>>. Access: Aug. 29, 2018.

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabricio. Jurisdição e lei aplicável na internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Ed.). *Direito & internet*: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2, p. 441-487.

BELLIA, Patricia L. Chasing bits across borders. *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, v. 35, p. 35-101, 2001. Available at: <[https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=law\\_faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=law_faculty_scholarship)>. Access: Aug. 28, 2018.

BERMAN, Paul Schiff. The globalization of jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 151, p. 311-545, 2002. Available at: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3208&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3208&context=penn_law_review)>. Access: Aug. 29, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de... *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 maio 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Inquérito n. 784/DF. Requerente: J. P. Requerido: E. A. Relatora: Min. Laurita Vaz. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 ago. 2013. Available at: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1226618&num\\_registro=201201075060&data=20130828&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1226618&num_registro=201201075060&data=20130828&formato=PDF)>. Access: Aug. 24, 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 33.030/DF. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 13 set. 2017. Available at: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312724526&ext=.pdf>>. Access: Aug. 27, 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 51/DF. Requerente: Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 abr. 2018. Available at: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313506744&ext=.pdf>>. Access: Aug. 24, 2018.

BUERGENTHAL, Thomas; MURPHY, Sean D. *Public international law in a nutshell*. 5. ed. St. Paul, MN: West, 2013.

CLARKE, Richard A. et al. Liberty and security in a changing world: report and recommendations of the president's review group on intelligence and communications technologies. *The White House*: president Barack Obama, United States, p. 53-77, Dec. 12, 2013. Available at: <[https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12\\_rg\\_final\\_report.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf)>. Access: Aug. 24, 2018.

CONGER, Kate. WhatsApp blocked in Brazil again. *TechCrunch*, [S.l.], Jul. 19, 2016. Available at: <<https://techcrunch.com/2016/07/19/whatsapp-blocked-in-brazil-again/>>. Access: Aug. 28, 2018.

DASKAL, Jennifer. The Microsoft warrant case: the policy issues. *Just Security*, New York, Sep. 8, 2015a. Available at: <<https://www.justsecurity.org/25901/microsoft-warrant-case-policy-issues/>>. Access: Aug. 23, 2018.

\_\_\_\_\_. The un-territoriality of data. *Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 125, n. 2, p. 326-599, Nov. 2015b. Available at: <<https://www.yalelawjournal.org/article/the-un-territoriality-of-data>>. Access: Aug. 23, 2018.

DASKAL, Jennifer; WOODS, Andrew K. Cross-border data requests: a proposed framework. *Lawfare*, Washington, DC, Nov. 24, 2015. Available at: <<https://lawfareblog.com/cross-border-data-requests-proposed-framework>>. Access: Aug. 24, 2018.

DONAHOE, Eileen. So software has eaten the world: what does it mean for human rights, security & governance?. *Just Security*, New York, Mar. 18, 2016. Available at: <<https://www.justsecurity.org/30046/software-eaten-world-human-rights-security-governance/>>. Access: Aug. 24, 2018.

EUROPEAN UNION. Council of Europe. *European Convention on mutual assistance in criminal matters*. Strasbourg: Council of Europe, 1959. Available at: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800656ce>>. Access: Aug. 28, 2018.

\_\_\_\_\_. Council of Europe. *Convention on Cybercrime*. Budapest: Council of Europe, 2001. Available at: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680081561>>. Access: Aug. 27, 2018.

FIDLER, Maily. MLAT reform: some thoughts from civil society. *Lawfare*, Washington, DC, Sept. 11, 2015. Available at: <<https://www.lawfareblog.com/mlat-reform-some-thoughts-civil-society>>. Access: Aug. 24, 2018.

FRANCE. Tribunal de Grande Instance de Paris. *La ligue contre le racisme et l'antisémitisme c. la société YAHOO!Inc*. 22 mai 2000.

GASSER, Urs; O'BRIEN, David R. Governments and cloud computing: roles, approaches and policy considerations. *Berkman Center for Internet & Society*, Cambridge, n. 2014-6, p. 1-42, Mar. 2014. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2410270>>. Access: Aug. 28, 2018.

GOLDSMITH, Jack. Unilateral regulation of the internet: a modest defense. *European Journal of International Law*: EJIL, [S.L.], v. 11, p. 135-148, 2000. Available at: <<http://ejil.org/pdfs/11/1/508.pdf>>. Access: Aug. 28, 2018.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who controls the internet?: illusions of a borderless world*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2006. Available at: <[http://jost.syr.edu/wp-content/uploads/who-controls-the-internet\\_illusions-of-a-borderless-world.pdf](http://jost.syr.edu/wp-content/uploads/who-controls-the-internet_illusions-of-a-borderless-world.pdf)>. Access: Aug. 28, 2018.

GREENWALD, Glenn; FISHMAN, Andrew. WhatsApp, used by 100 million Brazilians, was shut down nationwide by a single judge. *The Intercept*, Washington, DC, May 2, 2016. Available at: <<https://theintercept.com/2016/05/02/whatsapp-used-by-100-million-brazilians-was-shut-down-nationwide-today-by-a-single-judge/>>. Access: Aug. 28, 2018.

HILL, Jonah Force. Problematic alternatives: MLAT reform for the digital age. *Harvard National Security Journal*: NSJ, Cambridge, Jan. 28, 2015. Available at: <<http://harvardnsj.org/2015/01/problematic-alternatives-mlat-reform-for-the-digital-age/>>. Access: Aug. 27, 2018.

HURLEY, Lawrence. U.S. Supreme Court to decide major Microsoft email privacy fight. *Reuters*, London, Oct. 16, 2017. Available at: <<https://www.reuters.com/article/us-usa-court-microsoft/u-s-supreme-court-to-decide-major-microsoft-email-privacy-fight-idUSKBN1CL20U>>. Access: Aug. 27, 2018.

JAYCOX, Mark; TIEN, Lee. Reforms abound for cross-border data requests. *Electronic Frontier Foundation*: EFF, San Francisco, Dec. 27, 2015. Available at: <<https://www.eff.org/deeplinks/2015/12/reforms-abound-cross-border-data-requests>>. Access: Aug. 29, 2018.

JOHNSON, David R.; POST, David. Law and borders-the rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 48, n. 5, p. 1.367-1.402, May 1996. Available at: <<http://firstmonday.org/article/view/468/389>>. Access: Aug. 30, 2018.

KERR, Orin S. The next generation communications privacy act. *University of Pennsylvania Law Review*: Penn Law, Philadelphia, v. 162, p. 373-419, 2014. Available at: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1546&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1546&context=penn_law_review)>. Access: Aug. 28, 2018.

\_\_\_\_\_. A statutory fix for the Microsoft problem: a tentative draft #1. *The Washington Post*, Washington, DC, Sept. 15, 2015. Available at: <<https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/09/15/a-statutory-fix-for-the-microsoft-problem-tentative-draft-1/>>. Access: Aug. 28, 2018.

KRIS, David. Preliminary thoughts on cross-border data requests. *Lawfare*, Washington, DC, Sept. 28, 2015. Available at: <<https://www.lawfareblog.com/preliminary-thoughts-cross-border-data-requests>>. Access: Aug. 28, 2018.

KRISHNAMURTHY, Vivek. Cloudy with conflict of laws. *Berkman Center for Internet & Society*: Berkman, Cambridge, n. 2016-3, p. 1-13, Feb. 2016. Available at: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2733350](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733350)>. Access: Aug. 28, 2018.

LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. Jurisdiction on the internet: from legal arms race to transnational cooperation. *Center for International Governance and Innovation*, Waterloo, n. 28, Apr. 2016. Available at: <[https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig\\_no28\\_web.pdf](https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_no28_web.pdf)>. Access: Aug. 28, 2018.

LEMOES, Ronaldo. Bloquear a internet está virando normal. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 9 maio 2016. Available at: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2016/05/1769125-bloquear-a-internet-esta-virando-normal.shtml>>. Access: Aug. 27, 2018.

LESSIG, Lawrence. The zones of cyberspace. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 48, n. 5, p. 1.403-1.411, May 1996.

MARKOFF, John. Microsoft plumbs ocean's depths to test underwater data center. *The New York Times*, New York, Jan. 31, 2016. Available at: <[http://www.nytimes.com/2016/02/01/technology/microsoft-plumbs-oceans-depths-to-test-underwater-data-center.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/02/01/technology/microsoft-plumbs-oceans-depths-to-test-underwater-data-center.html?_r=0)>. Access: Aug. 27, 2018.

MAXWELL, Winston; WOLF, Christopher. A global reality: governmental access to data in the cloud: a comparative analysis of ten international jurisdictions. *Hogan Lovells White Paper*, [S.l.], p. 1-13, May 2012. Available at: <[http://www.cil.cnrs.fr/CIL/IMG/pdf/Hogan\\_Lovells\\_White\\_Paper\\_Government\\_Access\\_to\\_Cloud\\_Data\\_Paper\\_1\\_.pdf](http://www.cil.cnrs.fr/CIL/IMG/pdf/Hogan_Lovells_White_Paper_Government_Access_to_Cloud_Data_Paper_1_.pdf)>. Access: Aug. 27, 2018.

MIGALHAS. STJ determina quebra do sigilo de correspondência virtual ao Gmail. *Migalhas*, São Paulo, 18 abr. 2013. Available at: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI176608,21048-STJ+determina+quebra+do+sigilo+de+correspondencia+virtual+ao+Gmail>>. Access: Aug. 27, 2018.

NATIONS UNIES. Cour Permanente de Justice Internationale. Affaire du “Lotus”. *Recueil des Arrêts*, [S.l.], n. 10, p. [1-61], 1927. Available at: <[https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf)>. Access: Aug. 28, 2018.

NOJEIM, Greg. MLAT reform proposal: eliminating U.S. probable cause and judicial review. *Lawfare*, Washington, DC, Dec. 4, 2015a. Available at: <<https://www.lawfareblog.com/mlat-reform-proposal-eliminating-us-probable-cause-and-judicial-review>>. Access: Aug. 29, 2018.

\_\_\_\_\_. MLAT reform proposal: protecting metadata. *Lawfare*, Washington, DC, Dec. 10, 2015b. Available at: <<https://www.lawfareblog.com/mlat-reform-proposal-protecting-metadata>>. Access: Aug. 29, 2018.

\_\_\_\_\_. MLAT reform: who decides?. *Lawfare*, Washington, DC, Dec. 24, 2015c. Available at: <<https://www.lawfareblog.com/mlat-reform-who-decides>>. Access: Aug. 29, 2018.

OSULA, Anna-Maria. Accessing extraterritorially located data: options for States. *Nato Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence*, Tallinn, 2015. Available at: <[https://cccoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/Accessing%20extraterritorially%20located%20data%20options%20for%20States\\_Aнна-Maria\\_Osula.pdf](https://cccoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/Accessing%20extraterritorially%20located%20data%20options%20for%20States_Aнна-Maria_Osula.pdf)>. Access: Aug. 27, 2018.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROZENSHTAIN, Alan Z. Surveillance intermediaries. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 70, p. 102-189, Jan. 2018. Available at: <<https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2018/01/70-Stan.-L.-Rev.-99.pdf>>. Access: Aug. 24, 2018.

SCHNEIER, Bruce. *Data and Goliath: the hidden battles to collect your data and control your world*. New York: W.W. Norton & Company, 2015. p. 78-87.

SCHULTHEIS, Ned. Warrants in the clouds: how extraterritorial application of the stored communications act threatens the United States cloud storage industry. *Brooklyn Journal of Corporate, Finance & Commercial Law*, New York, v. 9, p. 661-693, 2015. Available at: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=bjcfcl>>. Access: Aug. 24, 2018.

SGANZERLA, Taisa. WhatsApp in back on in Brazil. But why was it blocked in the first place?. *Global Voices*, [S.l.], Dec. 17, 2015, Available at: <<https://globalvoices.org/2015/12/17/whatsapp-blocked-brazil-facebook-zuckerberg-rousseff/>>. Access: Aug. 29, 2018.

SHAW, Malcolm Nathan. *International law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SILVA, Alice Rocha da; SOARES, Filipe Rocha Martins. Conflitos entre regulações internas relativas à internet e o direito do comércio internacional: o papel da OMC perante o sistema de computação da nuvem. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 237-247, 2017. Available at: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4599/pdf>>. Access: Aug. 28, 2018.

SOLOVE, Daniel J. Digital dossiers and the dissipation of fourth amendment privacy. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 75, p. 1.083-1.167, 2002. Available at: <<http://www-bcf.usc.edu/~usclrev/pdf/075502.pdf>>. Access: Aug. 24, 2018.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; VIOLA, Mario; LEMOS, Ronaldo. *Understanding Brazil's Internet Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia & Sociedade, 2015. Available at: <<http://itsrio.org/wp-content/uploads/2015/11/Understanding-Brazils-Internet-Bill-of-Rights.pdf>>. Access: Aug. 24, 2018.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008.

SVANTESSON, Dan Jerker B. *Solving the internet jurisdiction puzzle*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017.

SWIRE, Peter; HEMMINGS, Justin D. Stakeholders in reform of the global system for mutual legal assistance. *Georgia Tech Scheller College of Business*, Atlanta, n. 32, p. 1-17, Nov. 2015. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2696163>>. Access: Aug. 24, 2018.

\_\_\_\_\_. Mutual legal assistance in an era of globalized communications: the analogy to the Visa Waiver Program. *Annual Survey of American Law*, New York, n. 71, p. 687-800, Jan. 2016. Available at: <[https://annualsurveyofamericanlaw.org/wp-content/uploads/2017/04/71-4\\_swirehemmings.pdf](https://annualsurveyofamericanlaw.org/wp-content/uploads/2017/04/71-4_swirehemmings.pdf)>. Access: Aug. 24, 2018.

UNITED STATES. United States Code: title 18: crimes and criminal procedure (1948). *Government Printing Office*, June 25, 1948. Available at: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2013-title18/pdf/USCODE-2013-title18.pdf>>. Access: Aug. 27, 2018.

\_\_\_\_\_. Restatement, third, Foreign Relations Law of the United States (1987). *American Law Institute*, 1987.

\_\_\_\_\_. District Court for the Southern District of New York. Warrant to Search n. 13-MAG-2814; M9-150. Appellant: Microsoft Corporation. Appellee: United States. *Government Printing Office*, New York, Sept. 4, 2014a.

\_\_\_\_\_. Federal Rules of Criminal Procedure (2014). *Government Printing Office*, Washington, DC, Dec. 1st, 2014b. Available at: <[http://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal\\_rules/FRCrP12.1.2014.pdf](http://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf)>. Access: Aug. 27, 2018.

\_\_\_\_\_. Court of Appeals for the Second Circuit. Appellant: Microsoft Corporation. Appellee: United States. *Government Printing Office*, 2016a.

\_\_\_\_\_. House of Representatives Judiciary Committee. Statement of Jennifer Daskal. *House of Representatives Judiciary Committee*, Washington, DC, Feb. 25, 2016b. Available at: <<https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/jennifer-daskal-testimony-updated.pdf>>. Access: Aug. 28, 2018.

\_\_\_\_\_. House of Representatives Judiciary Committee. Statement for the record by the honorable Michael Chertoff, co-founder & executive chairman of the Chertoff Group and former secretary of the U.S. Department of Homeland Security. *House of Representatives Judiciary Committee*, Washington, DC, Feb. 25, 2016c. Available at: <<https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/michael-chertoff-testimony.pdf>>. Access: Aug. 28, 2018.

\_\_\_\_\_. House of Representatives Judiciary Committee. Written testimony of Brad Smith president and chief legal officer, Microsoft Corporation. *House of Representatives Judiciary Committee*, Washington, DC, Feb. 25, 2016d. Available at: <<https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/brad-smith-testimony.pdf>>. Access: Aug. 28, 2018.

\_\_\_\_\_. The House of Representatives n<sup>o</sup> 4943 (2018). To amend title 18, United States Code, to improve law enforcement access to data stored across borders, and for other purpose. *Government Printing Office*, Washington, DC, Feb. 6, 2018a. Available at: <<https://www.congress.gov/115/bills/hr4943/BILLS-115hr4943ih.pdf>>. Access: Aug. 28, 2018.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. Brief for petitioner United States v. Microsoft Corporation n. 17-2. *Reporter of decisions, Supreme Court of the United States*, Washington, DC, Apr. 17, 2018b. Available at: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-2\\_1824.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-2_1824.pdf)>. Access: Aug. 27, 2018.



WARREN, Ian. Surveillance, criminal law and sovereignty. *Surveillance & Society*, Australia, v. 13, n. 2, p. 300-305, 2015.

WATTS, Jonathan. Brazilian police arrest Facebook's Latin America vice-president. *The Guardian*, London, Mar. 1st, 2016. Available at: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/01/brazil-police-arrest-facebook-latin-america-vice-president-diego-dzodan>>. Access: Aug. 27, 2018.

WESTMORELAND, Kate. Trust us, we're the government: sharing evidence internationally. *The Center for Internet & Society*: CIS, Stanford, Apr. 29, 2013. Available at: <<http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2013/04/trust-us-were-government-sharing-evidence-internationally>>. Access: Aug. 24, 2018.

\_\_\_\_\_. ECPA reform is not just a U.S. issue. *The Center for Internet & Society*: CIS, Stanford, Apr. 10, 2014. Available at: <<http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2014/04/ecpa-reform-not-just-us-issue>>. Access: Aug. 27, 2018.

WESTMORELAND, Kate; KENT, Gail. Foreign law enforcement access to user data: a survival guide and a call for action. *The Center for Internet & Society*: CIS, Stanford, p. 1-27, Jan. 2015. Available at: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2547289](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2547289)>. Access: Aug. 29, 2018.

WOODS, Andrew K. Data beyond borders: mutual legal assistance in the internet age. *Global Network Initiative*, Washington, DC, 2015.

WU, Tim. *The master switch: the rise and fall of information empires*. New York: Vintage Books, 2011.

Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/rii](http://www.senado.leg.br/rii)

