



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 57

226

abril a junho de 2020

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2019 – 2020

Senador Davi Alcolumbre

PRESIDENTE

Senador Antonio Anastasia

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Lasier Martins

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Sérgio Petecão

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Eduardo Gomes

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Flávio Bolsonaro

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Luis Carlos Heinze

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Marcos do Val

Senador Weverton

Senador Jaques Wagner

Senadora Leila Barros



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 57

226

abril a junho de 2020

SENADO FEDERAL





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 e de 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. EDITOR EXECUTIVO: Raphael Melleiro. GESTÃO DE

SUBMISSÃO: Glaucia Cruz. REVISÃO: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO: Rejane Campos.

Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

POLÍTICA DE ACESSO E DIREITO DE USO: A RIL oferece acesso aberto livre a seu conteúdo (disponível em: <http://www.senado.leg.br/ril>), sendo publicada sob uma licença Creative Commons na modalidade “atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença” (CC BY-NC-SA 3.0 BR).

INDEXADORES: Diadorim – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, EZB – Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Google Scholar, Ibict CCN – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadadas, Latindex, Livre – Revistas de Livre Acesso, Portal de Periódicos Capes, Redib – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas, Ulrichsweb.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal. – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília, DF : Senado Federal, 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 (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Centro Universitário 7 de Setembro, 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. 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 Augusto Camilo Mariano, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, 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 Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Receita Federal, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, 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. Benedito Cerezzo Pereira Filho, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betina Treiger Grupeinmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, Ribeirão Preto, SP, 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. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazzini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhos, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 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 Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 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 / 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 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, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos

Coelho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Gabriel Saad Kik Buschinielli, IBMEC, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Henrique Aniceto Kujawa, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Ielbo Marcus Lobo de Souza, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, 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 / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 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 Renato Gaziero Cella, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. Júlio César Faria Zini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Larissa Lauda Burmann, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Ma. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, 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 / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentiis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, 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. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcelo Weick Pogliese, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Márcio Iorio Aranha, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, 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 / Dra. Mariana Cirne Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 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. Marilisa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maurício 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 / 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 / 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 / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. 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 / 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 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 / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Mauricio de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschoswky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 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 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 Luis Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Dra. Rosângela Marina Luft, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro,

RJ, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valteciades Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Sônia Leticia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dra. Tayara Talita Lemos, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Thiago Rodrigues Silame, Universidade Federal de Alfenas, Alfenas, MG, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Vicente Riccio Neto, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wladimir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

AUTORES

Adriana de Oliveira Izá é mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil; pós-graduada lato sensu em Direito Público Constitucional e Administrativo pela Universidade de Franca, Franca, SP, Brasil; advogada. / Ana Claudia Santano é doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha; professora do programa de pós-graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil, e em Direito Constitucional pela Universidad Externado, Bogotá, Colômbia. / Clovis Demarchi é doutor e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Itajaí, SC, Brasil; professor no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica na Univali, Itajaí, SC, Brasil; membro do grupo de pesquisa em Direito, Constitucionalismo e Jurisdição no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica na Univali, Itajaí, SC, Brasil. / Dani Rudnicki é doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; professor da Universidade La Salle, Canoas, RS, Brasil. / Douglas Cristian Fontana é mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, SC, Brasil; doutorando em Ciência Jurídica na Univali, Itajaí, SC, Brasil; juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Seara, SC, Brasil. / Francisco Junior de Oliveira Marques é doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, CE, Brasil; mestre em Teologia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduado em Direito pela Unifor, Fortaleza, CE, Brasil; graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Teologia da Faculdade Horizonte, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Grazielle Costanza é mestra em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter), Porto Alegre, RS, Brasil; graduada em Direito pelo Uniritter, Porto Alegre, RS, Brasil. / João Pedro Accioly é mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Direito Público na UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. / José Roberto Della Tonia Trautwein é mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil), Curitiba, PR, Brasil; doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia no Unibrasil, Curitiba, PR, Brasil; especialista em Direito Constitucional pelo Unibrasil, Curitiba, PR, Brasil; especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná; Curitiba, PR, Brasil; advogado, Curitiba, PR, Brasil. / Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor de Direito nos cursos de graduação e pós-graduação da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz da Justiça Federal, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Mônica Mota Tassigny é doutora em Desenvolvimento Socioeconômico pela École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, França; mestre em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, CE, Brasil; graduada em Pedagogia pela UFC, Fortaleza, CE, Brasil; professora titular do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil. / Nuno M. M. S. Coelho é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil, com estágios doutorais na Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, Portugal, e no Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal (Bolsa CAPES); graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Filosofia pela UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil, e em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha; professor da Faculdade de Direito da USP, Ribeirão Preto, SP, Brasil, e da Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil; advogado. / Rosalice Fidalgo Pinheiro é doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Universidade Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Paris, França; professora do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil; professora adjunta de Direito Civil da UFPR, Curitiba, PR, Brasil. / Tássia de Oliveira Sodré é mestra na área Refugiados e Migração Forçada pela University of London, Londres, Reino Unido; trabalhadora humanitária do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, Boa Vista, RR, Brasil. / Valter Rodrigues de Carvalho é doutor e mestre em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; bacharelado em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes, Mogi das Cruzes, SP, Brasil; professor nos cursos

de especialização em Direito Público e Gestão Pública na Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil. / Vladimir da Rocha França é doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil.

Sumário

Autores convidados

- 11 **Direito de reunião pacífica em face da administração ordenadora sanitária
Para além da pandemia da Covid-19**
Vladimir da Rocha França
- 29 **O debate sobre as eleições municipais de 2020 no Brasil e a pandemia da Covid-19**
Ana Claudia Santano

Artigos

- 49 **Cruzando a fronteira
A questão dos refugiados no Brasil**
Marcelo Leonardo Tavares
Tássia de Oliveira Sodré
- 71 **O princípio da reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”
Revisitando a cláusula de redução equitativa da indenização**
Rosalice Fidalgo Pinheiro
José Roberto Della Tonia Trautwein
- 93 **A supralegalidade parcial dos tratados de propriedade intelectual**
João Pedro Accioly
- 113 **Impactos das demandas judiciais no dever do Estado
de prestar assistência farmacêutica**
Clovis Demarchi
Douglas Cristian Fontana
- 131 **A interpretação dos Tribunais de Justiça do Sul do Brasil acerca do crime continuado**
Dani Rudnicki
Graziele Costanza
- 161 **Democracia, representação e *accountability*
O *trade-off* entre justiça alocativa da representação e governo
responsivo no sistema proporcionalista brasileiro**
Valter Rodrigues de Carvalho

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

- 187 **A aplicação do princípio da insignificância no processo de improbidade administrativa**
Fundamentos constitucionais
Nuno M. M. S. Coelho
Adriana de Oliveira Izá
- 207 **Religião em Direito Comparado e a ampliação de seus limites**
A metodologia dialógica entre Teologia e Direito
Francisco Junior de Oliveira Marques
Mônica Mota Tassigny

Direito de reunião pacífica em face da administração ordenadora sanitária

Para além da pandemia da Covid-19

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

Resumo: Este artigo tem por objetivo descrever e analisar como, no sistema do Direito positivo brasileiro, é tratada a tensão entre o interesse público da defesa da saúde pública e o direito previsto no art. 5º, XVI, da Constituição, num estado de calamidade pública. Enfoca especialmente o contexto da pandemia da Covid-19 e as repercussões da Lei nº 13.979/2020 e do Decreto Legislativo nº 6/2020.

Palavras-chave: Direito de reunião pacífica. Defesa da saúde. Pandemia da Covid-19. Coronavírus. Administração ordenadora.

Law of peaceful meeting in face of the sanitary ordinating administration: beyond pandemic Covid-19

Abstract: This essay aims to describe and analyze how the Brazilian Positive Law system deals with the tension between the public interest in the defense of public health and the law provided for in art. 5º, XVI, of the Constitution, in a state of public calamity. It has a special focus in the context of the Covid-19 pandemic, and in the repercussions of Law n. 13,979, of February 6, 2020, and of Federal Legislative Decree n. 6, of March 6, 2020, throughout the Brazilian federation.

Keywords: Right to peaceful assembly. Defense of health. Covid-19 pandemic. Coronavirus. Ordering administration.

1 Introdução

Não existe ainda consenso em torno da origem do vírus que passou a ser conhecido como *novo coronavírus*, associado à doença Covid-19, salvo que ele começou a alastrar-se pelo globo terrestre a partir da República Popular da China. Com efeito, em 11/3/2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a existência da pandemia que hoje desafia países e organizações internacionais.

Antes dessa declaração da OMS, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 13.979, de 6/2/2020.¹ Posteriormente, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20/3/2020,² reconheceu-se o estado nacional de calamidade pública em razão da pandemia da Covid-19, para fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000. Desde então, tem-se assistido a um turbilhão de decretos estaduais e municipais que estabelecem um grande conjunto de medidas de restrição e suspensão de atividades privadas, com amparo na Lei nº 13.979/2020 – muitos dos quais inteiramente antinômicos entre si e, não raras vezes, em rota direta de colisão com os atos jurídicos normativos do Poder Executivo da União.

Nesse difícil e inédito contexto socioeconômico e político, este artigo tem por objetivo descrever e analisar como o sistema do Direito positivo³ brasileiro trata da tensão entre o interesse público de defesa da saúde pública e o direito previsto no art. 5º, XVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a]), em estado de calamidade pública.

Para isso, emprega-se aqui a metodologia preconizada pela Dogmática Jurídica (ou Ciência do Direito em sentido estrito), que enfatiza a dimensão normativa do fenômeno jurídico, sem olvidar a relevância das dimensões fática e axiológica do sistema do Direito positivo (MELLO, 2014b; MIRANDA, 1999, t. 1; REALE, 1996; VILANOVA, 1997, 2000).

Todavia, antes de se iniciar o desenvolvimento deste trabalho, advirta-se que há nele a pretensão de partir da experiência em andamento relacio-

¹ “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” (BRASIL, 2020d).

² “Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020” (BRASIL, 2020a).

³ O sistema do Direito positivo é o subsistema social composto pelas normas jurídicas postas ou reconhecidas pelo Estado, que compartilham um mesmo fundamento de legitimidade (KELSEN, 1991, 1992; MELLO, 2014b; MIRANDA, 1999, t. 1; REALE, 1996, 1999, 2000; VILANOVA, 1997, 2000). A norma jurídica é vista aqui como a proposição prescritiva, dotada de estrutura lógica hipotético-condicional, decorrente da projeção do valor sobre o fato, determinada por ato do poder (CARVALHO, 1999; KELSEN, 1986, 1991, 1992; MELLO, 2014b; MIRANDA, 1999, t. 1; REALE, 1999; VILANOVA, 1997, 2000).

nada à pandemia da Covid-19 para ir além dela, procurando identificar que precedentes estão sendo adequada ou perigosamente estabelecidos no Direito Público brasileiro.

2 O direito de reunião pacífica segundo a Constituição

Em conformidade com a herança jurídica liberal do Direito brasileiro,⁴ a CRFB positivou o direito de reunião pacífica (ou liberdade de reunião) no art. 5º, XVI.⁵ Ao se conjugar esse enunciado com os demais dispositivos da CRFB, pode-se identificar a norma jurídica com a seguinte estrutura lógica: (i) na *hipótese*, o suporte fático nela demarcado tem os seguintes elementos: (i.1) existência de local com acesso ao público, seja ele estatal, seja ele privado; (i.2) interesse de brasileiro⁶ ou estrangeiro residente no Brasil em organizar e realizar uma reunião pacífica,⁷ sem armas,⁸ para expressar ideias ou sentimentos nesse local, sem natureza contratual nem caráter lucrativo;⁹ (i.3) interesse na adesão do maior número possível de brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, expresso por meio de convocação geral, feita pelos instrumentos disponíveis de comunicação social; (i.4) vontade do brasileiro ou do estrangeiro residente no Brasil de aderir a essa convocação; (i.5) ausência de reunião anteriormente convocada nesse local; (i.6) compatibilidade da reunião convocada com as limitações físicas e ambientais do local escolhido,¹⁰ que não pode ter duração ilimitada;¹¹ (i.7) comunicação formal prévia à Polícia Militar, com a programação da reunião convocada, para fins de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e dos patrimônios público e privado,

⁴ Sobre a matéria, ver Ferreira Filho (1995); Saldanha (2000); e Veiga (1975).

⁵ O direito de reunião pacífica, além de figurar nas declarações e tratados internacionais sobre direitos humanos, integra o rol de direitos fundamentais no Brasil desde a primeira Constituição republicana (FRANÇA, 2007a).

⁶ Ver o art. 12, § 2º, da CRFB.

⁷ Há cunho pacífico na reunião quando os seus aderentes se abstêm de empregar violência física para discutir, acolher ou expressar as ideias e sentimentos manifestados (MIRANDA, 1987, t. 5). Nesse aspecto, mostra-se irrelevante o conteúdo do que foi expresso, devendo-se enfocar se a reunião viola a ordem pública ou a ameaça (FRANÇA, 2007a).

⁸ Deve-se entender por arma todo e qualquer objeto que possa servir como instrumento de ataque ou defesa (FRANÇA, 2007a). O fato de uma ou mais pessoas portarem a arma não torna a reunião ilícita (MIRANDA, 1987, t. 5), mas o porte de arma legitima a exclusão da manifestação na forma da lei (FRANÇA, 2007a).

⁹ Nesse sentido, ver Miranda (1987, t. 5); e Silva (2002).

¹⁰ O local pode ser: (i) bem público de uso comum do povo; (ii) bem público de uso especial, condicionado à autorização de uso de bem público expedida pelo proprietário; e (iii) bem privado aberto ao público, se houver permissão de seu proprietário (FRANÇA, 2007a). Ver os arts. 98 e 99 do Código Civil (CC) (BRASIL, [2020c]). Sobre a matéria, ver Mello (2019); Di Pietro (2017); e Cretella Júnior (1984).

¹¹ Nesse sentido, ver França (2007a); e Moraes (2005).

e de proteção da segurança viária;¹² e (i.8) comunicação formal prévia ao órgão municipal competente para o exercício de polícia administrativa em matéria de segurança viária, bem como para conciliar a reunião convocada com a continuidade dos serviços públicos de transporte coletivo urbano;¹³ e (ii) no *mandamento*, a prescrição de relação jurídica, com os seguintes elementos: (ii.1) como sujeito ativo, brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil; (ii.2) como sujeito passivo, o Estado, em todos os seus poderes e faces federativas; e (ii.3) como objeto, a adesão do brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil à reunião convocada.

Satisfeito o suporte fático – os elementos constantes da hipótese de incidência ocorrem na realidade –,¹⁴ realiza-se o *ato jurídico de convocação da reunião pacífica*.¹⁵ Esse fato ju-

¹² Ver o art. 144, *caput*, V, e §§ 5º e 10, da CRFB.

¹³ Ver os arts. 30, I, II e V, e 144, § 10, da CRFB.

¹⁴ Entende-se por *incidência* o fenômeno da conversão do suporte fático em fato jurídico, por injunção da norma jurídica (MELLO, 2014b; MIRANDA, 1999, t. 1). Surgido o fato jurídico, o efeito jurídico prescrito no mandamento simultaneamente ocorre (VILANOVA, 2000). Adota-se aqui a proposta teórica de Miranda (1999, t. 1), com a contribuição de Mello (2014b). Contudo, embora não se siga o posicionamento de Carvalho (1999) no sentido de que somente há incidência quando a norma jurídica é aplicada pela autoridade estatal competente, não se pode negar que a suficiência do suporte fático demanda que o evento ou conduta que preencha os aspectos material, temporal e espacial demarcados na hipótese seja objeto de comunicação no contexto de interação social. Como advertem Souto e Souto (1985), somente o que é comunicado tem relevância social.

¹⁵ Segue aqui a classificação do fato jurídico no que diz respeito ao cerne de seu suporte fático: (i) *ato jurídico*, que tem no seu núcleo uma exteriorização consciente de vontade direcionada à produção de efeitos jurídicos no sistema do Direito positivo; (ii) *ato-fato jurídico*, que compreende uma conduta humana não enquadrada como exteriorização consciente de vontade, ou então que esta consciência seja irrelevante para a incidência normativa; e (iii) *fato jurídico em sentido estrito*, que abrange um evento, ou seja, todo e qualquer fato relevante para o sistema do Direito positivo que não seja uma conduta humana. Os atos jurídicos, por sua vez, podem ser: (i) *atos jurídicos normativos*, quando inserem, modificam ou extinguem uma norma jurídica no sistema do Direito positivo; (ii) *negócios jurídicos*, quando o emissor pode dispor sobre a extensão ou intensidade dos efeitos jurídicos que se visa produzir com o ato, observados os limites da juridicidade; e (iii) *atos jurídicos em sentido estrito*, quando a extensão e a intensidade do efeito jurídico

rídico faz surgir o direito subjetivo do sujeito ativo, investido de pretensão, de aderir à reunião lícitamente convocada; e, sob a óptica do sujeito passivo, o dever jurídico, dotado da obrigação de abster-se de impedir ou restringir essa adesão. De todo modo, o ato jurídico de convocação da reunião pacífica deve observar os requisitos de validade, sob pena de sua nulidade.¹⁶ E a invalidade desse ato acaba por comprometer a licitude da reunião.¹⁷ O mesmo deve ser dito quanto ao ato jurídico do indivíduo na adesão a reunião decorrente de coação,¹⁸ se esta é promovida pelos organizadores ou se dela eles se aproveitam.¹⁹

Esse direito subjetivo tem *status* de *direito fundamental* no sistema do Direito positivo brasileiro. Trata-se do *direito fundamental de reunião pacífica*, visto como direito fundamental individual de expressão coletiva (SILVA, 2002) ou direito fundamental coletivo cuja titularidade é do indivíduo, e não do grupo (DIMOULIS; MARTINS, 2009; MIRANDA, 1987, t. 5).

De certo modo, também se pode identificar o *direito fundamental de convocar a reunião pacífica*, que se arrima em norma decorrente da conjugação do art. 5º, XVI, da CRFB com os enunciados constitucionais que cuidam da liberdade de expressão.²⁰ Aqui, o brasileiro ou o estrangeiro residente no Brasil tem o direito subjetivo, também investido de pretensão, de convocar reunião nos termos desse dispositivo constitucional; e, por parte do Estado, o dever

produzido já estão exaustivamente demarcadas pela norma jurídica aplicada. Sobre a matéria, ver Mello (2014b); e Miranda (1999, t. 1, 2000a, t. 2, 2000c, t. 3).

¹⁶ Ver os arts. 104 a 185 da Lei nº 10.406, de 10/1/2002 (“Instituí o Código Civil”). Sobre a matéria, ver Mello (2014c); e Miranda (2000d, t. 4).

¹⁷ Ver os arts. 186 a 188 do CC. Sobre a matéria, ver Mello (2014b); e Miranda (2000a, t. 2, 2008, t. 53).

¹⁸ Ver os arts. 151 a 155, e 185 do CC. Sobre a matéria, ver Mello (2014c); e Miranda (2000b, t. 5).

¹⁹ Ver o art. 186 do CC. Sobre a matéria, ver Mello (2014b); e Miranda (2000a, t. 2, 2008, t. 53).

²⁰ Ver os arts. 5º, *caput*, IV e IX, e 220, § 2º, da CRFB.

jurídico, com obrigação de abster-se de censurar tal convocação ou de exigir licença para a prática desse ato jurídico, seja qual for o Poder ou ente federativo.²¹ Quanto aos estrangeiros não residentes no Brasil, admite-se que a lei possa restringir ou impedir o exercício desses direitos subjetivos; contudo, na omissão normativa, deve-se entender que eles também podem ser titulares dos direitos fundamentais individuais consagrados na CRFB (DIMOULIS; MARTINS, 2009).²²

Observe-se que o direito fundamental de reunião pacífica não deixa de interagir com as liberdades de locomoção²³ e de expressão,²⁴ sem se confundir com elas (MIRANDA, 1987, t. 5). Entretanto, deve haver a harmonização entre eles, para se assegurarem a coerência e a congruência na interpretação e na aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais (ALEXY, 2001; DIMOULIS; MARTINS, 2009). Saliente-se ainda que os que convocam ou organizam a reunião pacífica não podem dificultar ou impedir a adesão de pessoas com características estranhas ao grupo, salvo se elas visam tumultuá-la (FRANÇA, 2007a). Nesse caso, haverá abuso de direito por parte do aderente, a ser reprimido na forma da lei.²⁵

Feitas essas considerações, indaga-se em que hipóteses se admite que o Estado-administração proíba ou interrompa o exercício do direito de reunião pacífica. Evidentemente, as reuniões que não atenderem às características previstas no art. 5º, XVI, da CRFB deverão ser dispersas pela Polícia Militar, observando-se o princípio da proporcionalidade. E, diante da convocação de reunião ilícita, a Polícia Militar e demais órgãos competentes como polícia administrativa em matéria de segurança viária deverão tomar as medidas necessárias para prevenir efeitos sociais deletérios do ato, também sem prejuízo do princípio da proporcionalidade.

O abuso do direito de reunião pacífica igualmente enseja a intervenção policial, sobretudo quando ela passa a ser instrumento para atingir dolosamente a liberdade de locomoção daqueles que resolveram não

²¹ A relação jurídica tem os seguintes graus de eficácia: (i) o direito subjetivo e o correlato dever jurídico, em que o sujeito ativo tem o direito a uma conduta do sujeito passivo; (ii) a pretensão e a correlata obrigação, no qual o direito do sujeito ativo se torna exigível; e (iii) a ação e a situação de acionado, quando há resistência à pretensão, ou esta é insatisfeita, compreendendo a tutela jurídica adequada para dar efetividade ao direito subjetivo sonogado (MELLO, 2014a; MIRANDA, 2000b, t. 5). No Estado de Direito contemporâneo, a tutela jurídica deve ser feita mediante o chamado *direito de ação*, que viabiliza a atuação do Estado no exercício da função jurisdicional. Ver o art. 5º, XXXV, da CRFB. Ver os arts. 16 a 20 da Lei nº 13.105, de 16/3/2015 (“Código de Processo Civil”) (BRASIL, [2019d]).

²² Ver o art. 5º, § 2º, da CRFB. Ver o art. 15 do Anexo ao Decreto nº 678, de 6/11/1992 (“Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969”) (BRASIL, 1992).

²³ Ver o art. 5º, XV, da CRFB.

²⁴ Ver o art. 5º, IV, da CRFB.

²⁵ Ver o art. 187 do CC.

atender à convocação de seus organizadores. Sempre quando possível, deve haver a expedição de ato jurídico-administrativo que dê amparo à proibição ou à interrupção da reunião ilícita ou abusiva, observadas as garantias fundamentais da motivação e do devido processo legal. Porém, em caso de urgência, o Estado-administração deve praticar os atos-fatos jurídico-administrativos indispensáveis para a restauração da ordem pública e para a proteção da incolumidade da vida e dos patrimônios público e privado. Por fim, registre-se que a CRFB admite que o decreto de Estado de Defesa estabeleça *restrições ao direito de reunião pacífica, ainda que exercida no seio de associações*.²⁶ E a CRFB também permite que o decreto de Estado de Sítio determine a *suspensão do direito de reunião pacífica*, durante a sua vigência.²⁷

Afora essas hipóteses de defesa do Estado e das instituições democráticas, não há legitimidade constitucional para estabelecer outras restrições ao direito de reunião pacífica além daquelas já estabelecidas no art. 5º, XVI, da CRFB.²⁸ E não se admite a suspensão do direito de reunião pacífica, ressalvada a vigência de Estado de Sítio.

3 Bases da administração ordenadora sanitária e a pandemia da Covid-19

A administração ordenadora consiste na intervenção do Estado nas atividades econômicas e sociais privadas com a finalidade de harmonizá-las com os interesses públicos e com os direitos fundamentais, por meio do exercício da função administrativa (SUNDFELD, 1993).

Recorde-se que a função administrativa é a atividade do Estado (ou de quem esteja no exercício de prerrogativas estatais), numa posição de autoridade que compreende a expedição de atos jurídicos complementares à lei (ou excepcionalmente à CRFB), sujeitos ao controle de juridicidade do Poder Judiciário, que se destinam à concretização dos interesses públicos ou à efetivação dos direitos fundamentais.²⁹

São medidas da administração ordenadora: (i) a imposição do sacrifício total ou parcial, definitivo ou temporário, de direitos subjetivos individuais;³⁰ (ii) a constituição de direitos subjetivos individuais para os administrados, por meio de negócio jurídico-administrativo ou de ato

²⁶ Ver o art. 136, § 1º, I, a, da CRFB.

²⁷ Ver o art. 139, IV, da CRFB.

²⁸ Ver o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.969/DF (BRASIL, 2007).

²⁹ Sobre a matéria, ver França (2007b); Mello (2019); e Justen Filho (2012).

³⁰ Ver os arts. 5º, XXIV e XXV, 182 e 184 da CRFB.

jurídico-administrativo em sentido estrito;³¹ e (iii) a fiscalização e a aplicação de condicionamentos administrativos de direitos subjetivos individuais, que por sua vez podem ser limites, encargos ou sujeições³² (SUNDFELD, 1993). As medidas constantes dos itens (ii) e (iii) são tradicionalmente enquadradas como manifestações da *polícia administrativa* (MELLO, 2019; DI PIETRO, 2017).

Como toda e qualquer atividade administrativa, a atividade administrativa ordenadora está submetida ao modelo (ou regime) jurídico-administrativo. Esse é o subsistema do sistema do Direito positivo que disciplina a função administrativa e a organização dos sujeitos de direito que a desempenham. Encontra-se fundado nos princípios da supremacia do interesse público e na indisponibilidade dos direitos fundamentais.³³

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado embasa as prerrogativas e privilégios outorgados ao sujeito de direito que exerce a função administrativa,³⁴ ao passo que o princípio da indisponibilidade dos direitos fundamentais determina a proteção dos administrados em face do Estado-administração;

o princípio da indisponibilidade dos direitos fundamentais agrega garantias fundamentais individuais, expressas ou implícitas na CRFB: (i) legalidade;³⁵ (ii) impessoalidade;³⁶ (iii) moralidade;³⁷ (iv) publicidade;³⁸ (v) eficiência;³⁹ (vi) devido processo legal;⁴⁰ (vii) motivação;⁴¹

³⁵ Ver os arts. 1º, *caput*, 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV e VI, da CRFB. Ver os arts. 1º a 5º, e 6º, *caput*, do Decreto-lei nº 4.657, de 4/9/1942 (“Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”) (BRASIL, [2018a]). Ver o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, I, da Lei nº 9.784, de 29/1/1999 (“Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”) (BRASIL, [2009]).

³⁶ Ver os arts. 1º, *caput*; 5º, *caput*, I, XXXIX, XLVI e XLVII, § 2º; 37, *caput*, I a IV, e XXI – todos da CRFB. Ver o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, II e III, da Lei nº 9.784/1999. Ver o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

³⁷ Ver os arts. 1º, *caput*, 5º, LXXIII, e 37, *caput*, da CRFB. Ver o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784/1999. Sobre a matéria, ver Cammarosano (2006).

³⁸ Ver os arts. 5º, XXXIII, e 37, *caput*, e § 1º, da CRFB. Ver o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, V, da Lei nº 9.784/1999. Ver a Lei nº 12.257, de 18/11/2011 (“Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências”) (BRASIL, 2011).

³⁹ Ver os arts 37, *caput*, 70, *caput*, e 74, II, da CRFB.

⁴⁰ Ver os arts. 1º, *caput*, e 5º, XXXIV, LIII a LVI, LX e LXXVIII, da CRFB. Ver o art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ver os arts. 2º, *caput*, e parágrafo único, VIII a XII, 3º e 4º, da Lei nº 9.784/1999. Ver a Lei nº 4.717, de 29/6/1965 (“Regula a ação popular”) (BRASIL, [1977]). Ver a Lei nº 9.507, de 12/11/1997 (“Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”) (BRASIL, 1997). Ver a Lei nº 12.016, de 7/8/2009 (“Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências”) (BRASIL, [2018d]). Ver a Lei nº 13.300, de 23/6/2016 (“Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências”) (BRASIL, 2016).

⁴¹ Ver os arts. 1º, *caput*, 5º, LIV e LV, § 2º, e 93, X, da CRFB. Ver o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ver os arts. 2º, *caput*, e parágrafo único, VII, e 50 da Lei nº 9.784/1999. Ver o art. 5º da Lei nº 13.848, de 25/6/2019 (“Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001”) (BRASIL, 2019e). Sobre a matéria, ver França (2007b, 2017).

³¹ Ver os arts. 5º, XIII; 21, VI e VIII; 25, § 1º; 30; 144, § 10; 170, parágrafo único; 174, *caput*; 192; 199; 200, I, II, VI, VII e VIII; 209; 237; e 238 – todos da CRFB. Ver a Lei nº 13.874, de 20/9/2019 (“Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências”) (BRASIL, 2019f).

³² Ver os arts. 25, § 1º; 30, I; 173, §§ 4º e 5º; 192; 225, §§ 1º e 2º; 237; e 238 – todos da CRFB. Ver a Lei nº 13.874/2019.

³³ Assim, procura-se conjugar as lições de Mello (2019) e de Justen Filho (2012), com base no conceito de modelo jurídico proposto por Reale (1968, 1999).

³⁴ Ver os arts. 3º, 170, *caput*, e 193 da CRFB.

(viii) razoabilidade;⁴² (ix) proporcionalidade;⁴³ (x) responsabilidade civil extranegocial do Estado;⁴⁴ (xi) inafastabilidade do controle jurisdicional;⁴⁵ (xii) segurança jurídica;⁴⁶ e (xiii) sustentabilidade.⁴⁷ Todas essas garantias fundamentais são reforçadas pelo art. 5º, § 1º, da CRFB.

Entre os interesses públicos a serem tutelados pelo Estado destaca-se a *saúde pública*. Convém lembrar que a atuação na concretização desse interesse público tem inequívoca relação com o direito fundamental social à saúde⁴⁸ e com a prestação dos serviços públicos de saúde.⁴⁹ A CRFB determina que *cuidar da saúde*⁵⁰ é de competência *comum* da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. E que a União, os Estados-membros e o Distrito Federal têm competência legislativa *concorrente* em matéria de *defesa da saúde*.⁵¹ Nessa matéria, compete à União expedir normas gerais, reconhecendo-se competência estadual e distrital de natureza suplementar, nos termos dos §§ 1º a 4º do art. 24 da CRFB. Recorde-se que o Município tem competência legislativa *suplementar* em relação à legislação federal e estadual em matéria de saúde pública quando se tratar de *assunto de interesse local*.⁵²

Para o exercício da polícia administrativa com vistas à tutela da saúde pública, o Estado deve exercer as competências ordenadoras adequadas e necessárias para harmonizar as atividades privadas com a redução do risco de doença e de outros agravos em matéria sanitária⁵³ – tudo em

⁴² Ver os arts. 1º, *caput*, e 5º, § 2º, da CRFB. Ver os arts. 21 e 22, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ver o art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999. Sobre a matéria, ver Ávila (2003); e Oliveira (2006).

⁴³ Ver os arts. 1º, *caput*, e 5º, XLV a XLVII, § 2º, da CRFB. Ver os arts. 21 a 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ver o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/1999. Ver o art. 4º da Lei nº 13.848/2019. Sobre a matéria, ver Ávila (2003); e Oliveira (2006).

⁴⁴ Ver os arts. 5º, II e X, e § 2º, e 37, § 6º, ambos da CRFB. Ver os arts. 186 a 188, e 927 a 954, todos do CC.

⁴⁵ Ver o art. 5º, XXXV, e LXIX a LXIII, da CRFB.

⁴⁶ Ver o art. 1º, *caput*, e 5º, *caput*, e XXXVI, e § 2º, da CRFB. Ver os arts. 6º, e 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ver o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, XIII, da CRFB. Sobre a matéria, ver Silva (2015).

⁴⁷ Ver os arts. 163 a 169, e 225, *caput* – todos da CRFB. Ver a Lei nº 6.938, de 31/8/1981 (“Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”) (BRASIL, [2013]). Ver a Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000 (“Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”) (BRASIL, [2018b]). Sobre a matéria, ver Cavalcanti (2001); e Freitas (2011).

⁴⁸ Ver os arts. 6º e 196, ambos da CRFB.

⁴⁹ Ver os arts. 196 a 198, e 200 da CRFB. Ver a Lei nº 8.080, de 19/9/1990 (“Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”) (BRASIL, [2017a]).

⁵⁰ Ver o art. 23, II, da CRFB.

⁵¹ Ver o art. 24, XII, da CRFB.

⁵² Ver o art. 30, I e II, da CRFB.

⁵³ Ver o art. 196 da CRFB. Ver a Lei nº 6.259, de 30/10/1975 (“Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações,

conformidade com os princípios do modelo jurídico-administrativo. Essas competências foram consideravelmente ampliadas com a entrada em vigor da Lei nº 13.979/2020, mas convém apontar que se trata de lei dotada de vigência temporária,⁵⁴ conforme se constata da leitura de seus arts. 8º e 9º.

As medidas administrativas ordenadoras previstas por essa lei têm por objetivo a *proteção da coletividade* durante a vigência da *situação de emergência de saúde pública*, conforme o art. 1º da Lei nº 13.979/2020. São elas: (i) o *isolamento*, entendido como a separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do novo coronavírus;⁵⁵ (ii) a *quarentena*, definida como restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus;⁵⁶ (iii) a *determinação de realização compulsória* de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, ou tratamentos médicos específicos;⁵⁷ (iv) o *estudo ou investigação epidemiológica*;⁵⁸ (v) a *exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver*;⁵⁹ (vi) a *restrição excepcional e temporária* de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos, assim como da locomoção interestadual e intermunicipal;⁶⁰ (vii) a *requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas*, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;⁶¹ e (viii) a *autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa*, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira e previstos em ato do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020d).⁶²

estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências”) (BRASIL, [2018c]). Ver o art. 1º da Lei nº 8.080/1990. Ver a Lei nº 9.782, de 26/1/1999 (“Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências”) (BRASIL, [2019c]).

⁵⁴ Ver o art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

⁵⁵ Ver os arts. 2º, I, e 3º, I, da Lei nº 13.979/2020.

⁵⁶ Ver os arts. 2º, II, e 3º, II, da Lei nº 13.979/2020.

⁵⁷ Ver o art. 3º, III, da Lei nº 13.979/2020.

⁵⁸ Ver o art. 3º, IV, da Lei nº 13.979/2020.

⁵⁹ Ver o art. 3º, V, da Lei nº 13.979/2020.

⁶⁰ Ver o art. 3º, VI, da Lei nº 13.979/2020.

⁶¹ Ver o art. 3º, VII, da Lei nº 13.979/2020.

⁶² Ver o art. 3º, VIII, da Lei nº 13.979/2020.

Anote-se que os atos jurídico-administrativos ordenadores de isolamento, de quarentena e de sujeição compulsória a exames e procedimentos médicos, todos destinados ao combate à pandemia da Covid-19, não violam o direito fundamental de liberdade sobre o próprio corpo.⁶³ Afinal, não se concebe que o indivíduo assuma o risco de transmitir a doença para outras pessoas, gerando claro e inequívoco atentado ao direito fundamental à vida e à integridade física, bem como ao interesse público da tutela da saúde pública.⁶⁴ Inclusive, essa conduta pode ser tipificada como crime, conforme o caso concreto.⁶⁵

Quanto à competência do sujeito do ato jurídico-administrativo listado no art. 3º da Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020d), pode-se identificar a seguinte distribuição de poderes: (i) a competência normativa do Ministério da Saúde para dispor sobre os critérios e prazos para a aplicação das medidas de isolamento e quarentena,⁶⁶ bem como para a disciplina e a operacionalização do disposto nessa Lei;⁶⁷ (ii) a competência exclusiva do Ministério da Saúde para autorizar o emprego da medida prevista no inciso VIII do *caput* do art. 3º desse diploma legal;⁶⁸ (iii) a competência normativa conjunta dos Ministérios da Saúde e da Infraestrutura

para dispor sobre a medida prevista no inciso VI do *caput* do art. 3º do referido texto normativo;⁶⁹ (iv) a competência do Ministério da Saúde para tomar todas as medidas ordenadas mencionadas;⁷⁰ (v) gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do *caput* do art. 3º dessa Lei;⁷¹ e (vi) gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do *caput* do art. 3º da Lei.⁷²

A oposição de resistência do administrado à execução desses atos jurídico-administrativos enseja a responsabilização civil, administrativa e penal do infrator, nos termos do § 4º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 e da Portaria Interministerial nº 5, de 17/3/2020,⁷³ expedida pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública.⁷⁴

Saliente-se que esses atos jurídico-administrativos devem ser fundamentados em provas científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde.⁷⁵ Do contrário, serão nulos por *vício quanto à forma*⁷⁶ – se a motivação não for realizada – ou *vício quanto ao motivo*⁷⁷ – se demonstrado que não há base científica nem estudo estratégico que os autorizem.⁷⁸ Não se

⁶³ Ver o art. 5º, *caput*, e XLIX, e § 2º, da CRFB. Ver o art. 15 do CC.

⁶⁴ Ver os arts. 5º, *caput*, e XLIX, e § 2º; 23, II; 196 a 198; 200 – todos da CRFB. Ver o art. 15 do CC.

⁶⁵ Ver os arts. 5º, XXXIX, e 22, I, da CRFB. Ver os arts. 131, 267, 268 e 330 do Decreto-lei nº 2.848, de 7/12/1940 (“Código Penal”) (BRASIL, [2019b]). Sobre a matéria, ver Delmanto, Delmanto, Delmanto Júnior e Delmanto (2010); e Nucci (2019).

⁶⁶ Ver o art. 3º, § 5º, I, da Lei nº 13.979/2020. Nessa matéria, encontra-se em vigor a Portaria nº 356, de 11/3/2020 (“Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19)”) (BRASIL, 2020f), expedida pelo Ministério da Saúde.

⁶⁷ Ver o art. 7º da Lei nº 13.979/2020.

⁶⁸ Ver o art. 3º, § 5º, II, da Lei nº 13.979/2020.

⁶⁹ Ver o art. 3º, §§ 6º e 6º-A, da Lei nº 13.979/2020.

⁷⁰ Ver o art. 3º, § 7º, I, da Lei nº 13.979/2020.

⁷¹ Ver o art. 3º, § 7º, II, da Lei nº 13.979/2020.

⁷² Ver o art. 3º, § 7º, III, da Lei nº 13.979/2020.

⁷³ “Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020” (BRASIL, 2020e).

⁷⁴ Observe-se que o art. 2º desse ato jurídico-administrativo do Poder Executivo da União confirma as competências do Ministério da Saúde e das secretarias estaduais, distrital e municipais de Saúde na aplicação das medidas previstas na Lei nº 13.979/2020. Ver o art. 87, parágrafo único, I e II, da CRFB.

⁷⁵ Ver o art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020.

⁷⁶ Ver o art. 2º, *b*, e parágrafo único, *b*, da Lei nº 4.717/1965. Ver os arts. 104, III, e 166, IV e V, do CC. Ver os arts. 2º, *caput*, e parágrafo único, VII e VIII, e 50, I, e parágrafos, ambos da Lei nº 9.784/1999.

⁷⁷ Ver o art. 2º, *d*, e parágrafo único, *d*, da Lei nº 4.717/1965.

⁷⁸ Sobre a invalidação dos atos jurídico-administrativos, ver Mello (2019); Di Pietro (2017); França (2000),

olvide ainda que os atos jurídico-administrativos listados no art. 3º da Lei nº 13.979/2020 devem ter seus efeitos jurídicos limitados no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.⁷⁹ Violada essa regra, haverá nulidade no ato em questão por *vício quanto ao objeto*.⁸⁰

Também serão nulos quanto à *forma*⁸¹ ou ao *objeto*⁸² caso esses atos jurídico-administrativos sejam expedidos sem se levar em consideração o § 3º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020. Igualmente haverá nulidade quanto ao *objeto* se o ato jurídico-administrativo comprometer a continuidade dos serviços públicos e atividades essenciais listadas em decreto executivo,⁸³ nos termos dos §§ 8º a 11 do art. 3º da Lei nº 13.979/2020.

4 Direito de reunião pacífica como limite à administração ordenadora sanitária durante a pandemia da Covid-19

De imediato, ressalte-se que o Estado-administração tem legitimidade constitucional para impedir ou dispersar reuniões que não observem o disposto no art. 5º, XVI, da CRFB, mas é necessário ato jurídico-administrativo devidamente motivado que tenha observado o devido processo legal ou ato-fato jurídico-administrativo coercitivo, em caso de urgência.

2007b); Justen Filho (2012); Martins (2008); Mello (2014c); e Miranda (2000d, t. 4).

⁷⁹ Ver o art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020.

⁸⁰ Ver o art. 2º, c, e parágrafo único, c, da Lei nº 4.717/1965. Ver os arts. 104, II, e 166, II, do CC.

⁸¹ Ver o art. 2º, b, e parágrafo único, b, da Lei nº 4.717/1965. Ver os arts. 104, III, e 166, IV e V, do CC. Ver os arts. 2º, *caput*, e parágrafo único, VII e VIII, e 50, I, e parágrafos, da Lei nº 9.784/1999.

⁸² Ver o art. 2º, c, e parágrafo único, c, da Lei nº 4.717/1965. Ver os arts. 104, II, e 166, II, do CC.

⁸³ Ver o Decreto nº 10.282, de 20/3/2020 (“Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais”) (BRASIL, 2020b).

Em ambos os casos, pressupõe-se a existência de reunião ilícita ou abusiva, fato que impõe a proteção da ordem pública e a preservação da vida e do patrimônio público ou privado que esteja em risco.

Ainda que na vigência da Lei nº 13.979/2020 e do Decreto Legislativo nº 6/2020, a imposição de restrição estranha às firmadas no inciso XVI do art. 5º da CRFB pressupõe, para sua validade, a decretação de Estado de Defesa.⁸⁴ E a suspensão do direito fundamental de reunião pacífica demanda a decretação de Estado de Sítio.⁸⁵ Ademais, não há a previsão de restrição ou suspensão do direito fundamental de reunião pacífica naquela Lei, muito menos naquele Decreto Legislativo. Assim, os decretos executivos e demais atos jurídico-administrativos normativos com tal objeto são inconstitucionais, inclusive passíveis de ser vergastados por meio de ação direta de inconstitucionalidade⁸⁶ ou de ser suspensos por ato jurídico do Poder Legislativo.⁸⁷ E, acrescente-se, os negócios jurídico-administrativos ou atos jurídico-administrativos neles fundados serão passíveis de invalidação por nulidade, em razão de *vício quanto ao motivo*.⁸⁸

Contudo, embora se reconheça a preferência dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios sobre a União, quando se trata do exercício de poderes relacionados às competências legislativas concorrentes na defesa da saúde pública,⁸⁹ não há como se admitir que a Lei nº 13.979/2020 tenha outorgado competência implícita ao Poder Executivo para restringir ou suspender o exercício do direito fundamental

⁸⁴ Ver o art. 136 da CRFB.

⁸⁵ Ver os arts. 137 a 139 da CRFB.

⁸⁶ Ver os arts. 97, 102, I, a, 103 e 125, § 2º, da CRFB. Ver STF, ADI nº 1.969/DF.

⁸⁷ Ver os arts. 25, *caput*, 29, *caput*, e 49, V, da CRFB.

⁸⁸ Ver o art. 2º, d, e parágrafo único, d, da Lei nº 4.717/1965.

⁸⁹ Ver o art. 23, II, da CRFB e o julgado do STF, Recurso Extraordinário nº 194.704/MG (BRASIL, 2017b).

à reunião pacífica, sob pena de exorbitar os limites que a CRFB traça para os poderes normativos do Chefe do Poder Executivo e de seus auxiliares diretos.⁹⁰

Em tese, os arts. 268 e 330 do Decreto-lei nº 2.848, de 7/12/1940,⁹¹ serviriam como base para restringir ou suspender o direito fundamental de reunião pacífica. Entretanto, a Portaria Interministerial nº 5/2020 é clara ao associar esses crimes à resistência injustificada do administrado em submeter-se às medidas especificamente previstas na Lei nº 13.979/2020, que *não estabelece qualquer restrição ou suspensão do direito fundamental de reunião pacífica*.

O que as autoridades e órgãos de saúde pública têm legitimidade jurídica para fazer é impedir a adesão de pessoas – que devem submeter-se às medidas de isolamento e de quarentena – à reunião convocada.⁹² Tal providência não fere o direito fundamental de reunião pacífica, pois é adequado e necessário que o Poder Público proíba a circulação de pessoas contaminadas ou que estejam sob suspeita de contaminação pelo novo coronavírus, em vista do direito fundamental à vida e à integridade física dos que não devem ser isolados ou sujeitos à quarentena,⁹³ bem como os interesses públicos da tutela da saúde e ordem públicas.⁹⁴

5 Considerações finais

Saliente-se que não se está afirmando que o direito de reunião pacífica é absoluto em face de calamidade pública sanitária, mas sim que se exige a decretação de Estado de Defesa para se imporem restrições adicionais às já estabelecidas pelo art. 5º, XVI, da CRFB, bem como de decretação de Estado de Sítio caso se deseje suspendê-la.

Os excessos cometidos na instituição e no exercício de competências administrativas ordenadoras em matéria sanitária não podem encontrar tolerância do Poder Judiciário. Malgrado a presença de inequívoco interesse público em situações excepcionais como a pandemia da Covid-19, não se devem aceitar atalhos que subjuguem arbitrariamente e violentamente direitos fundamentais individuais ou coletivos como o direito de reunião pacífica.

O sistema do Direito positivo oferece todos os instrumentos necessários para conciliar o direito de reunião pacífica com a proteção da

⁹⁰ Ver os arts. 5º, *caput*, e II; 25, *caput*; 29, *caput*; 84, IV e VI; e 87, parágrafo único, I e II – todos da CRFB. Sobre a matéria, ver Mello (2019); e França (2014).

⁹¹ “Código Penal”.

⁹² Ver os arts. 2º e 3º, I e II, da Lei nº 13.979/2020.

⁹³ Ver o art. 5º, XLIX, e § 2º, da CRFB.

⁹⁴ Ver os arts. 23, II; 144, *caput*; 196 a 198; e 200 da CRFB.

saúde pública. Tais atalhos jurídicos, se tolerados, apenas contribuirão para a produção de perigosos precedentes normativos, administrativos e jurisdicionais para a estabilidade do Estado Democrático de Direito instituído pela CRFB – o que, aliás, pode estimular a desobediência civil,⁹⁵ agravando-se ainda mais os efeitos da pandemia.

Sobre o autor

Vladimir da Rocha França é doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil.
E-mail: vrochafranca@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Direito de reunião pacífica em face da administração ordenadora sanitária: para além da pandemia da Covid-19. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 11-28, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p11

(APA)

França, V. da R. (2020). Direito de reunião pacífica em face da administração ordenadora sanitária: para além da pandemia da Covid-19. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 11-28. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p11

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo nº 6, de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Planalto, 2020a.

⁹⁵ Sobre a matéria, ver Buzanello (2003); e Garcia (2004).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 7 maio 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2020.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 7 maio 2020.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020*. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 7 maio 2020.

_____. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975*. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997*. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *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. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 7 maio 2020.

_____. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 12.257, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016*. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019f. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

_____. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 7 maio 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública; Ministério da Saúde. *Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020*. Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2020e. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 356, de 11 de março de 2020*. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2020f. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.969/DF*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto 20.098/99, do Distrito Federal. Liberdade de reunião e de manifestação pública. Limitações. Ofensa ao art. 5º, XVI, da Constituição Federal [...]. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT; Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – Contag; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE; Central Única dos Trabalhadores. Requerido: Governador do Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>. Acesso em: 8 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 194.704/MG*. Recurso Extraordinário. Lei Municipal 4.253/85 do município de Belo Horizonte. Previsão de

imposição de multa decorrente da emissão de fumaça acima dos padrões aceitos. Alegação de inconstitucionalidade por ofensa à regra constitucional de repartição de competências federativas. Inocorrência. Norma recepcionada pelo texto vigente. Recurso extraordinário a que se nega provimento [...]. Recorrente: São Bernardo Ônibus Ltda. Recorrido: Secretário Municipal do Meio Ambiente de Belo Horizonte. Relator: Min. Carlos Velloso. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 29 de junho de 2017b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313295317&text=.pdf>. Acesso em: 8 maio 2020.

BUZANELLO, José Carlos. Estatuto do direito de resistência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 207-217, jan./mar. 2003.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAVALCANTI, Márcio Novaes. *Fundamentos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Direito de reunião pacífica na Constituição Federal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 61, p. 280-297, out./dez. 2007a.

_____. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007b. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 18).

_____. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 51, n. 202, p. 7-29, abr./jun. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p7. Acesso em: 7 maio 2020.

_____. Princípio da motivação no direito administrativo. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: PUC-SP, 2017. (Direito Administrativo e Constitucional, t. 1). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo>. Acesso em: 7 maio 2020.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. (Ensino Superior).

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. (Ensino Superior).

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 19).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 5.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos: atos-fatos ilícitos absolutos: atos ilícitos absolutos: responsabilidade por danos causados por animais: coisas inanimadas e danos: Estado e servidores: profissionais*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2008. t. 53.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral: bens: fatos jurídicos*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000a. t. 2.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas: direitos: pretensões: ações*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000b. t. 5.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral: introdução: pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral: negócios jurídicos: representação: conteúdo: forma: prova*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000c. t. 3.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral: validade: nulidade: anulabilidade*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000d. t. 4.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. atual. com a reforma do Judiciário, EC n. 45/2004. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 16).

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 38, de 12.06.2002). São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *A explicação sociológica: uma introdução à sociologia*. São Paulo: EPU, 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

VEIGA, Gláucio. *A teoria do poder constituinte em Frei Caneca*. Recife: Ed. UFPE, 1975. (Estudos 17/24, v. 1).

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

O debate sobre as eleições municipais de 2020 no Brasil e a pandemia da Covid-19

ANA CLAUDIA SANTANO

Resumo: A eventual impossibilidade de realizar as eleições municipais de 2020 devido à pandemia da Covid-19 reacendeu o antigo debate sobre a unificação das eleições no Brasil. Com base em pesquisa bibliográfica e documental, este artigo analisa como a Constituição e as normas internacionais de direitos humanos regulam tanto a hipótese de unificação quanto de adiamento das eleições. Conclui-se que, desde que seja preservada a periodicidade, não há afronta à democracia. Contudo, em última instância, a decisão é política.

Palavras-chave: Unificação das eleições. Adiamento das eleições. Periodicidade das eleições. Normativa internacional dos direitos humanos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

The debate on the 2020 municipal elections in Brazil and the Covid-19 pandemic

Abstract: The eventual impossibility of holding the 2020 municipal elections due to the Covid-19 outbreak has re-kindled old debates over the unification of elections in Brazil. Based on bibliographic and documental research, this paper analyses the ways the Constitution and the human rights international laws address the issues of election unification and postponement. The conclusion is arrived that, provided periodicity is preserved, there is no affront whatsoever to democracy. However, the ultimate decision is political.

Keywords: Election unification. Election postponement. Election periodicity. International human rights norms. Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

1 Introdução

A pandemia da Covid-19 paralisou o mundo e impôs o debate sobre como proceder em relação às eleições previstas para 2020, ano de intenso calendário eleitoral em muitos países, mesmo após o “superciclo” de 2018 e 2019¹. Somente na América Latina, República Dominicana, Bolívia, Uruguai, Suriname, Peru, Costa Rica, Chile, Uruguai, México, Paraguai, Belize, sem falar na incerta Venezuela, têm em seu calendário de 2020 algum tipo de eleição (INTERNATIONAL FOUNDATION FOR ELECTORAL SYSTEMS, [2020]). Algumas delas, no momento da elaboração deste trabalho, já tinham sido realizadas (Peru, Costa Rica e República Dominicana); outras foram postergadas, como as do Chile e da Bolívia, que já vinham de um conturbado processo eleitoral em 2019.²

No Brasil, a eventual impossibilidade de realização do pleito municipal na data prevista tornou iminente o debate sobre os aspectos legais e procedimentais relacionados ao adiamento das eleições e reacendeu a antiga discussão sobre a unificação das eleições gerais e municipais.

O tema da unificação das eleições já dominou, em algum momento, a pauta de muitas democracias – das mais consolidadas às mais debilitadas –, sem produzir consenso, em razão de sua complexidade e de seu teor altamente político. Unificar eleições afeta a esfera política, a administração pública, a organização do Estado, as estratégias dos partidos políticos e, evidentemente, a democracia. No Brasil, as eleições municipais costumam ser usadas como

“tubo de ensaio” para implementar mudanças na legislação, de modo que se possa avaliar se a “novidade” poderá ou não ser aplicada nas eleições gerais.

Em tempos de normalidade, o debate sobre a unificação das eleições municipais e gerais é relativamente comum, como ocorreu recentemente na Colômbia³, na República Dominicana⁴, na Índia⁵ e na Indonésia⁶, mas não em situações de emergência. Na verdade, a situação excepcional deveria suscitar apenas discussões sobre uma nova data para as eleições, sem que se alterassem aspectos do desenho eleitoral vigente, como é o caso da periodicidade das eleições e sua eventual simultaneidade.

Contudo, como as duas opções – adiamento e unificação – estão atualmente em pauta no debate, este artigo propõe uma reflexão sobre a possibilidade tanto de adiamento das eleições municipais previstas para outubro de 2020 quanto de unificação das eleições municipais e gerais.

Inicialmente faz-se uma breve apresentação de conceitos relacionados ao tema. Em seguida, analisam-se as normas dos tratados internacionais de direitos humanos e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019e]) e a jurisprudência pertinentes ao tema. Na sequência, avalia-se a adequação jurídica de projetos de alteração das normas eleitorais – emendas constitucionais e projeto de lei – em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado. Por fim, com base nos argumentos desenvolvidos, sugere-se que o adiamento da eleição de 2020 é a solução mais adequada para fazer frente ao impasse criado pela pandemia e preservar a democracia.

¹ Expressão de Zovatto (2020).

² Para um panorama mais completo de como os países estão se comportando em ano eleitoral devido à pandemia, ver International Institute for Democracy and Electoral Assistance ([2020]).

³ Ver Uprimny (2018).

⁴ Ver Dotel (2019).

⁵ Ver Hazra (2019).

⁶ Ver Tehusijarana (2019).

2 Breves definições iniciais

Na democracia, uma das características das eleições é a periodicidade, ou seja, a sua ocorrência a cada período de tempo previamente determinado. A expressão refere-se, portanto, ao intervalo de tempo entre a realização dos pleitos, sem qualquer sugestão de que ocorram na mesma data.

Os momentos de realização das eleições definem o que se conhece por ciclo eleitoral ou calendário eleitoral (SHUGART; CAREY, 1992, p. 226). Os intervalos entre os pleitos devem ser regulares, razoáveis e realistas, de modo a assegurar a realização de todas as etapas do processo eleitoral (preparatória, eleitoral e pós-eleitoral). É importante garantir tanto a adequada preparação das eleições pelas autoridades e por outros agentes envolvidos quanto a informação dos cidadãos para que possam votar com liberdade e esclarecimento (HIGH COMMISSIONER OF THE UNITED NATIONS OF HUMAN RIGHTS, 2011).

As eleições presidenciais, legislativas (unicameral ou bicameral), estaduais e locais (municipais) podem ser simultâneas, quando realizadas na mesma data, ou separadas, quando em datas distintas. Pode ocorrer uma combinação dessas modalidades, situação que Molina V. (2001, p. 16-17) denomina calendário eleitoral misto. Há ainda a possibilidade de simultaneidade das eleições a cada 15, 20 ou 30 anos, quando o tempo de mandato difere entre os cargos.

No Brasil, as eleições para a escolha do presidente e do vice-presidente da República, dos governadores e seus vices, dos senadores, deputados federais e estaduais (eleições gerais que ocorrem simultaneamente em todo o país) são realizadas a cada quatro anos. As eleições municipais para a escolha de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores ocorrem com a mesma periodicidade, mas em anos distintos das eleições gerais, de modo que a cada dois anos ocorre um dos dois tipos de pleito no País. Neste trabalho, unificar as eleições significa determinar que as eleições gerais e as municipais sejam realizadas simultaneamente.

Ainda sobre as eleições simultâneas e separadas, há debates em relação à cédula eleitoral. No caso brasileiro, desde a adoção da urna eletrônica, esse aspecto já não traz inquietações. Porém, para os países que ainda utilizam a cédula de papel, pode ser adotada a cédula única para todos os cargos em disputa ou diferentes cédulas para cada tipo de eleição e de cargo, alternativas que podem combinar-se com o sistema eleitoral de cada cargo – proporcional (em suas variadas formas) ou majoritário. No caso de eleições separadas, esse debate não ganha muito relevo porque as cédulas serão também separadas. No entanto, no caso de eleições simultâneas, o tema é relevante, uma vez que pode ocasionar

problemas para as autoridades eleitorais, para os partidos e para os eleitores, comprometendo a segurança do voto e a integridade do resultado (CLEMENTE, 2007, p. 901).

As pesquisas empíricas a respeito das eleições municipais e sua separação dos demais pleitos não são muito numerosas e limitam-se a aspectos como sua função em um governo multinível, sua dinâmica local diante do eleitorado, estratégias dos partidos etc. Parece predominar a ideia de que as eleições municipais são secundárias, de menor importância, ou de que simplesmente atendem a elementos distintos das demais. Contudo, há estudos que demonstram os possíveis efeitos e impactos da unificação das eleições municipais com as demais (OLIVEROS; SCHERLIS, 2006, p. 376).

3 A legislação internacional dos direitos humanos e as eleições⁷

A questão da periodicidade das eleições é especialmente importante para a discussão acerca do adiamento ou da unificação das eleições por se relacionar com a legitimidade dos representantes governamentais.

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)⁸ trata do princípio da liberdade nas dimensões política e individual, compreendidas como complementares e interdependentes (COMPARATO, 2016, p. 242). Seu art. XXI (NAÇÕES UNIDAS, 2009) dispõe que todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por meio de representantes. Quanto à soberania popular, estabelece que a vontade do povo deve ser a base da autoridade do governo, expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, voto secreto ou algum processo equivalente que garanta a liberdade de voto.

⁷ Não será abordada aqui a jurisprudência internacional envolvendo o tema da periodicidade das eleições, por se entender que, para o debate proposto, não existe um *leading case* que possa abordar a questão da unificação dos pleitos. Contudo, para maiores informações sobre o tema, ver o banco de dados disponível em *Election Observation and Democracy Support* (c2013), em que se apresenta uma lista de casos analisados por diversas Cortes internacionais envolvendo o tema, com destaque para o caso *Belyatsky e outros vs. Bielorrússia* perante a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em que foram canceladas as eleições presidenciais e municipais sem qualquer argumento plausível do governo (UNITED NATIONS, 2007).

⁸ A Carta da ONU não estabeleceu um rol de direitos essenciais, o que levou à aprovação da DUDH. No entanto, cabe destacar aqui a natureza declaratória da DUDH, o que não faz dela um tratado internacional. A questão gera um debate doutrinário sobre a sua força vinculante, que se divide em 3 (três) correntes: (i) teria força vinculante por ser uma interpretação autêntica do termo “direitos humanos” constante na Carta da ONU; (ii) teria força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; e (iii) seria somente *soft law*, ou seja, um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam direcionar as ações dos Estados para, então, ter força vinculante (RAMOS, 2017, p. 50).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no art. 25, assim como o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais⁹, busca tornar juridicamente vinculantes os direitos já constantes na DUDH, detalhando-os e estabelecendo mecanismos de monitoramento de seu cumprimento pelos Estados-parte. O art. 25 assegura a todos, sem qualquer discriminação, o direito de participar dos assuntos públicos diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos. Garante também a todos o direito de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário, por voto secreto, que assegurem a manifestação da vontade dos eleitores (BRASIL, 1992b). Na Observação Geral nº 25, volta-se ao tema da periodicidade quando se estabelece que as eleições devem ser realizadas regularmente, de modo a garantir a continuidade da legitimidade dos representantes governamentais (UNITED NATIONS, 1996).

Nos documentos internacionais regionais, a periodicidade das eleições é expressamente mencionada na Convenção Europeia de Direitos Humanos, emendada com o Protocolo nº 11, art. 3º (COUNCIL OF EUROPE, [2013]); na Carta da União Africana sobre democracia, eleições e governança, art. 3.4 (AFRICAN UNION, [2007]); no Protocolo A/SPI/12/01 da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental, art. 2-2 (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2001), que menciona expressamente a importância de datas fixas para as eleições como forma de prevenção e resolução de conflitos; no Documento de Copenhague, celebrado pela Organização para a Segurança e Cooperação

⁹ O Pacto Civil foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (BRASIL, 1992b), e o Pacto Econômico, pelo Decreto nº 591, na mesma data (BRASIL, 1992a). Com relação a este último, não há ainda a ratificação do seu Protocolo Adicional, que submete o Brasil ao sistema de monitoramento por peticionamento.

na Europa, parágrafo 7.1 (ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE, 1990), em que se ressalta a importância de intervalos previstos por lei para a periodicidade das eleições; na Declaração da Associação das Nações do Sudeste Asiático de Direitos Humanos, art. 25.2 (ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS, 2012); no Código de boas práticas em matéria eleitoral do Conselho da Europa, art. I.6.57 e I.1.6 (COUNCIL OF EUROPE, 2002).

O sistema interamericano reafirma a importância da periodicidade das eleições. A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) contempla em seu texto a cláusula democrática (art. 9), que prevê a possibilidade de suspensão de algum Estado-membro devido à derrubada à força de um governo democraticamente eleito.¹⁰ Complementando a Carta, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe¹¹, em seu art. XX, que toda pessoa legalmente capacitada tem o direito de tomar parte no governo do seu país, seja diretamente ou por meio de representantes, bem como de participar das eleições, por meio do voto secreto, de forma genuína, periódica e livre (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1948]). Atestam-se, aqui, a soberania popular e os moldes de democracia que se consideram imprescindíveis para os direitos humanos.

¹⁰ Assim consta no art. 9: “Um membro da Organização, cujo governo democraticamente constituído seja deposto pela força, poderá ser suspenso do exercício do direito de participação nas sessões da Assembléia [sic] Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das Conferências Especializadas, bem como das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos que tenham sido criados” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1997]).

¹¹ A Declaração Americana é considerada uma interpretação autêntica dos dispositivos genéricos de proteção de direitos humanos da Carta da OEA, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Parecer Consultivo sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 64 da Convenção, 1989, § 45.

A proteção aos direitos políticos repete-se na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica (1969)¹², no art. 23, que garante a todos os cidadãos o direito de participar na direção dos assuntos públicos diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; de votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país (BRASIL, 1992c). Em 2001, foi aprovada como resolução da Assembleia Geral da OEA a Carta Democrática, que, embora não tenha natureza de tratado, é uma *soft law*, não vinculante, que constitui um importante vetor de interpretação para a promoção da democracia nos continentes americanos.¹³ O documento é composto por 28 artigos distribuídos em seis partes (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [2001]): (i) democracia e sistema interamericano; (ii) democracia e os direitos; (iii) democracia, desenvolvimento integral e combate à pobreza; (iv) fortalecimento e preservação da institucionalidade democrática; (v) democracia e as missões de observação eleitoral¹⁴; e (vi) promoção da cultura democrática.¹⁵ As disposições do art. 3 abordam a realização de eleições periódicas livres e justas; o sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo; o pluralismo de partidos políticos e a separação de poderes.¹⁶

Parece haver um consenso internacional sobre a importância da periodicidade das eleições. A postergação temporária do pleito, sem que seja gerada responsabilidade dos Estados diante de suas obrigações internacionais, pode ocorrer somente devido a uma emergência pública e apenas enquanto as circunstâncias a exigirem. Tal condição consta do Pacto Civil da ONU (art. 4.1) (BRASIL, 1992b); dos Princípios de Siracusa sobre as Disposições de Limitação e Derrogação no Pacto Civil (art. 39) (AMERICAN ASSOCIATION FOR THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 1985); do Documento de Copenhague (parágrafo 25), celebrado pela Organização para a Segurança e Cooperação na

¹² Promulgado no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992c).

¹³ No entendimento de Aguiar (2012, p. 38-39), traz exatamente a forma como a democracia deve ser entendida, conjugando seus elementos essenciais com a efetividade de exercício da democracia, além de elevá-la a um direito humano das pessoas e dos povos.

¹⁴ Sobre o tema, ver Santano (2016).

¹⁵ Sobre o tema, ver Priotti e Trucco (2012).

¹⁶ Art. 3º. “São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a separação e independência dos poderes públicos” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [2001]).

Europa (ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE, 1990), bem como do documento Direitos Humanos e Eleições: manual jurídico e técnico, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos da ONU, em que o tema do adiamento das eleições é tratado expressamente no art. 73:

73. O adiamento de eleições previstas pode ser autorizado em certas circunstâncias limitadas, devido a uma situação de emergência pública, mas unicamente na estrita medida do que for exigido pela situação (vide supra o parágrafo 52 e seguintes sobre os estados de exceção). Qualquer medida excepcional deste tipo deve ser compatível com todas as normas internacionais que digam respeito a tais derrogações e não deve ameaçar a democracia em si. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que os direitos e liberdades por si protegidos só podem ser submetidos às limitações estabelecidas para “satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” (artigo 29º, nº 2). Consequentemente, a interrupção da periodicidade das eleições constituirá, salvo nas circunstâncias mais excepcionais, uma violação das normas internacionais (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS, [1994], p. 18).

Nas normas internacionais de direitos humanos, sejam elas vinculantes ou não, não há um comando objetivo sobre a duração do intervalo entre as eleições (cabe a cada país decidir), mas há sobre a obrigação de periodicidade. Geralmente¹⁷ o intervalo entre os pleitos varia entre 2 e 5 anos. Importa, pois, que as eleições sejam periódicas, que as datas sejam efetivamente válidas e, para maior segurança na celebração das eleições, recomenda-se que estejam estabelecidas em leis.

Quando se trata de postergação das eleições, a margem de liberdade dos países é bastante estreita: só se permite esse procedimento em situações de emergência pública – como é o caso da Covid-19, declarada pandemia pela Organização Mundial da Saúde – e apenas até o momento em que as circunstâncias o imponham. Qualquer outra medida que extrapole essa determinação não é autorizada, sob pena de responsabilização internacional.

Diante disso, é possível afirmar que, se o Brasil optar pela unificação das eleições com amparo em razões de emergência pública e, simultaneamente, pela prorrogação de mandatos em andamento (proposta que tem prevalecido), o País poderá ser responsabilizado no plano internacional, uma vez que estará comprometendo a periodicidade das eleições por um tempo maior que o necessário. No entanto, caso seja estabelecida uma nova data que atenda ao tempo imposto pelo controle da pandemia, não

¹⁷ Segundo as orientações do The Carter Center (c2018).

será ferida nenhuma norma internacional a que o Brasil está vinculado.

4 Periodicidade das eleições e limites de reforma: legislação constitucional brasileira

4.1 Sobre a unificação das eleições municipais e gerais

O marco constitucional brasileiro estabelece limites rígidos que podem dificultar ou até impedir a unificação entre as eleições municipais e as gerais. O primeiro limite objetivo, que se relaciona ao princípio da anualidade eleitoral, consta no art. 16 da CRFB, com a redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 4/1993: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” (BRASIL, [2019e]). Desse artigo constitucional deriva, conforme Salgado (2010, p. 221), o princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral ou o que Miranda (2003, p. 30) denomina princípio da estabilidade eleitoral no Direito português.

A unificação de todos os aspectos do processo eleitoral no mesmo ano em que está prevista a realização do pleito contraria frontalmente o art. 16 da CRFB. Visto como uma barreira importante de contenção de mudanças casuísticas das “regras do jogo” em pleno ano eleitoral, o art. 16 engloba temas referentes ao processo eleitoral¹⁸, definição que já provocou polêmicas importantes tanto na doutrina quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁹.

¹⁸ Voto do ministro Gilmar Mendes no *leading case* ADI 3.685 (BRASIL, 2006).

¹⁹ Deve-se mencionar que o STF deixou de observar o art. 16 no caso da aplicação da Lei Complementar (LC) nº 64/1990 nas eleições de 1990 e da LC nº 135/2010, Lei

A concepção que confere ampla interpretação ao conceito de processo eleitoral²⁰, adotada neste trabalho, atende à posição da doutrina e, por si só, já é um limite intransponível para a proposta de unificação das eleições, uma vez que equipara o princípio da anterioridade eleitoral a uma cláusula pétrea, o que autoriza, inclusive, o controle de constitucionalidade de emenda que verse sobre esse objeto, conforme já constante na jurisprudência do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.685/2006.

Tampouco caberia a argumentação de que existe uma mutação constitucional envolvendo o art. 16 da CRFB, o que, em tese, autorizaria a sua flexibilização diante de certos tipos de lei, como poderia sugerir o precedente do STF, o Recurso Extraordinário (RE) 631.102, relator ministro Joaquim Barbosa, com repercussão geral (BRASIL, 2010). Além de reafirmar a possibilidade de controle constitucional de emendas que violem o princípio da anualidade eleitoral, esse julgado não pode ser interpretado como justificativa para a mutação constitucional do art. 16.

O presente trabalho alinha-se com a posição de Matte, Vitt e Ávila (2016) sobre o tema. O art. 16 deve continuar sendo interpretado como um limite objetivo a qualquer alteração que envolva o processo eleitoral, ou seja, deve ser considerado uma regra constitucional, e não um princípio que comporta flexibilização ou ponderação, como consta na jurisprudência do STF nos casos RE 633.703, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 29, ADC 30 e ADI 4.578 (BRASIL, 2011, 2012a, 2012b, 2012c).

Por outro lado, surge o questionamento sobre a possibilidade de proceder à unificação das eleições fora de ano eleitoral. Para responder a

da Ficha Limpa, no pleito de 2010, o que causou bastante polêmica.

²⁰ Veja-se essa posição em Salgado (2010, p. 229), Mendes (2011) e Zilio (2016, p. 35-41).

essa questão, devem-se analisar outros limites eventualmente existentes na CRFB, como é o caso das cláusulas pétreas constantes no art. 60, § 4º, dispositivo constitucional que impõe limites materiais claros ao poder constituinte derivado ao definir que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (I) a forma federativa de Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação dos Poderes; e (IV) os direitos e garantias individuais (BRASIL, [2019e]). Adota-se aqui a posição doutrinária de que as cláusulas pétreas não vedam totalmente emendas constitucionais que versam sobre os temas listados, e sim as que *tendem a abolir* o que foi elencado. Propõe-se, pois, uma interpretação restritiva do art. 60, § 4º²¹, ou seja, interpretar as cláusulas pétreas como limites em eventual controle de constitucionalidade não significa interpretar restritivamente o núcleo essencial da Constituição.

No que se refere ao processo eleitoral, inicialmente cabe analisar o inciso II, sobre o voto direto, secreto, universal e periódico. Quando proposta em ano não eleitoral e a depender do teor do texto, a unificação das eleições, por si só, não parece ferir o inciso II do § 4º do art. 60 da CRFB, porque, se considerada como parte do desenho do sistema eleitoral que se deseja adotar, a unificação não tende a abolir o voto direto, secreto e universal. O problema está na periodicidade do voto, já que a unificação das eleições pode vir a suprimir uma eleição para um nível de governo, a fim de celebrá-la juntamente com as demais.

Nesse sentido, suprimir uma eleição e prorrogar mandatos dos ocupantes dos cargos viola cláusula pétrea da Constituição: o voto periódico ocorre em intervalos predefinidos, não cabendo qualquer tipo de adiamento ou supressão.

²¹ Posição de Souza Neto e Sarmento (2016, p. 302) e de Pedra (2006).

Deixar de observar a frequência eleitoral fere o princípio da soberania popular, umbilicalmente conectado com a oportunidade de ir às urnas nas datas fixadas na legislação.

Os cidadãos são convocados às urnas para eleger seus representantes com um mandato certo, de quatro anos (arts. 27, § 1º; 28; 29, I; 46, § 2º; e 82 da CRFB). Assim, na hipótese de unificação das eleições, terminado esse período, eles devem ser convocados a eleger novos ocupantes para os cargos para o período de transição (“mandato tampão”) até a realização simultânea das eleições. Qualquer proposta de emenda constitucional de unificação das eleições que pretenda a prorrogação dos mandatos será inconstitucional. Contudo, propostas que prevejam eleições para mandatos mais curtos até que ocorra a coincidência dos pleitos – desde que sejam aprovadas no lapso temporal definido no art. 16 da CRFB – poderão ser analisadas e submetidas ao arbítrio do Congresso Nacional.

É também possível propor a unificação das eleições a partir do pleito seguinte e eleger representantes que terão seus mandatos aumentados somente até a unificação. Nesse caso, o voto não deixa de ser periódico (o que, em tese, não viola cláusula pétrea) e, sendo a mudança aprovada em ano não eleitoral, não afrontará o art. 16 da CRFB. Entende-se que o eleitorado já estará advertido de que elegerá representantes que irão permanecer no poder por mais tempo, que não haverá surpresas nem supressão de eleições ou prorrogação de mandatos à revelia da soberania popular. Essas alternativas possibilitam proceder à unificação respeitando o marco constitucional vigente.

Cabe ainda examinar a possibilidade de unificação das eleições por meio do acréscimo de um artigo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Nas palavras de Silva (2001, p. 204), as normas do ADCT têm o papel de realizar a transição de uma ordem constitu-

cional para outra, estabelecendo uma ponte para temas específicos que precisam de tratamento apartado. De indiscutível hierarquia constitucional, elas sugerem a ideia de transitoriedade ou temporalidade, algo que não é de todo incorreto, embora não reflita inteiramente a sua função no texto constitucional. Segundo Horta (1991, p. 198-199), as normas do ADCT podem ser classificadas em: (i) normas exauridas; (ii) normas dependentes de legislação e de execução; (iii) normas dotadas de duração temporária; (iv) normas de recepção; (v) normas sobre benefícios e direitos; e (vi) normas com prazos constitucionais ultrapassados.

Emendas constitucionais que acrescentam ou alteram o teor dos artigos do ADCT, como é o caso das que prolongaram a vigência de algumas normas ou que introduziram normas autônomas sem o caráter de transitoriedade, geram dificuldades de encaixe teórico entre o poder reformador e a possibilidade de interferir nessa ordem constitucional transitória. A lista de emendas constitucionais aprovadas que causaram impacto no ADCT é grande²² e, como menciona Ferraz (1999, p. 66-67), a inclusão dessas emendas constitucionais pode alterar a natureza do ADCT.

A norma de unificação das eleições poderá ser considerada uma regra transitória – uma ponte de um regime ao outro – e, em tese, ser autorizada via ADCT se for proposta uma emenda constitucional que acrescente um artigo singular mantendo as eleições previstas para a escolha dos representantes para um mandato “tampão” ou para um mandato posterior maior. Desde que observados esses limites, constitucionalmente há espaço para a proposta da unificação das eleições.

Contudo, se na proposta de emenda forem incluídas outras medidas, como prorrogação de mandatos atuais, fim da reeleição ou aumento do período dos mandatos, a inconstitucionalidade (prorrogar os mandatos em andamento incide no art. 60, § 4º, II, como já defendido) somar-se-á à má técnica legislativa. Nesse caso, além de perder o perfil de transição, a proposta gerará conflitos com outros artigos do corpo principal da CRFB, o que impõe a aprovação das alterações por emenda constitucional que modifique outros dispositivos pertinentes.

4.2 Sobre o adiamento das eleições municipais de 2020

O adiamento das eleições já previstas para outubro de 2020 devido à emergência pública da Covid-19 pode ser considerado uma medida extraordinária que busca garantir a realização do pleito num quadro de normalidade, liberdade e segurança. Desde que não envolva a prorrogação

²²Há uma lista ilustrativa no trabalho de Raad (2005).

de mandatos dos já eleitos, entende-se que há espaço para essa providência por recurso ao ADCT, justamente por ser uma norma transitória que preserva garantias políticas fundamentais. Com esse procedimento, não só a estrutura constitucional vigente seria respeitada, mas também os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e os *standards* internacionais recomendados para a situação: seria mantido o voto e a sua periodicidade, alterando-se somente a data da eleição. Em se tratando de algo emergencial, como de fato é a questão da Covid-19, entende-se que não se deve modificar qualquer dispositivo constitucional.

Uma vez que se opte pelo adiamento das eleições previstas, surge a necessidade de definir uma nova data para o pleito. Esse debate é relevante justamente porque, já em 1º de janeiro de 2021, os eleitos deverão tomar posse e, como se argumentou, não há espaço constitucional para a prorrogação dos mandatos em andamento. Assim, considerando todo o processo eleitoral, o pleito teria de ser adiado para novembro ou dezembro de 2020, sendo mais adequado o mês de dezembro em seus dias finais. Para acomodar os prazos tanto dos procedimentos pré-eleitorais, como convenções partidárias e desincompatibilizações, quanto pós-eleitorais, como a análise de prestação de contas, deverão ser feitos ajustes na legislação eleitoral. Fica evidente o esforço necessário para enquadrar todas as medidas em um todo harmônico e, com isso, preservar a ordem constitucional e a legislação internacional, sem abrir espaço para a aprovação repentina de propostas oportunistas, como pode ser nesse momento a de unificação das eleições. A solução deve passar por esta reflexão: períodos excepcionais exigem esforços excepcionais, mas não quebra da ordem constitucional.

5 Propostas legislativas no Congresso Nacional: 2016 a abril de 2020

Em 10/6/2015, ao final dos debates sobre a reforma política, a emenda constitucional que propunha a unificação das eleições municipais e gerais²³ foi derrotada por 225 votos a 220 no Plenário da Câmara dos Deputados. Contudo, a pesquisa no site da Câmara dos Deputados e do Senado no período de 2016 a abril de 2020 indica que o debate sobre a unificação não foi encerrado. Provavelmente por essa razão, a situação de emergência gerada pela Covid-19 tenha suscitado não apenas a discussão sobre o adiamento das eleições municipais de 2020, mas também reacendido a polêmica em torno da unificação das eleições.

²³ Ver Câmara... (2015).

5.1 Propostas na Câmara

Em pesquisa no site da Câmara dos Deputados, foram identificadas, entre 2016 e 3 de abril de 2020, quatro Propostas de Emenda à Constituição (PECs):

- PEC 179/2019, do deputado Dagoberto Nogueira, PDT/MS: acrescenta dispositivos ao ADCT propondo a unificação das eleições em 2022, a prorrogação de mandatos de prefeitos e de vereadores e afastando a possibilidade de reeleição (BRASIL, 2019c);
- PEC 214/2019, do deputado Wilson Santiago, PTB/PB: altera dispositivos constitucionais para unificar as eleições, retirar a possibilidade de reeleição, aumentar o mandato de vereadores e prefeitos e mudar a data das eleições (BRASIL, 2019d);
- PEC 56/2019, do deputado Rogério Peninha Mendonça, MDB/SC (tem o mesmo teor e autoria da PEC 49/2019): propõe acrescentar dispositivo no ADCT para unificar eleições e prorrogar os mandatos de vereadores e de prefeitos (BRASIL, 2019a, 2019b).

Todas essas propostas, exceto a última, apresentam praticamente a mesma justificativa: a economia de recursos públicos; duas delas mencionam também o funcionamento das políticas públicas entre uma eleição e outra. Com base nos argumentos já apresentados, elas não devem prosperar porque propõem a prorrogação dos mandatos, o que violaria o art. 60, § 4º, II, da CRFB. Outras medidas, como o fim da reeleição e o aumento dos mandatos, também ficam comprometidas por estarem em PECs que acrescentam artigos ao ADCT e não alteram as normas constitucionais principais sobre o tema, o que geraria conflito dentro do texto constitucional.

Há também uma PEC ainda não apresentada porque pendente das assinaturas necessárias, de autoria do deputado Paulo Guedes (PT/MG), que acrescenta o art. 115 ao ADCT, alterando o calendário e a fórmula de segundo turno para as eleições municipais de 2020, e um parágrafo único ao art. 16 da CRFB, regulamentando alterações eleitorais em ano com ocorrência de calamidades. Trata-se de um projeto que se distingue dos demais, não só por abordar o tema da pandemia (estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso), mas também por tentar incluir uma exceção à aplicação do art. 16 para permitir mudanças no processo eleitoral no mesmo ano em que se realizam as eleições. Em sua justificativa, há uma forte ênfase na pandemia e na segurança das pessoas, complementada pela enfática defesa da necessidade de realizar eleições ainda em 2020 sem qualquer prorrogação de mandatos.

Conforme já argumentado, entende-se como apropriada a via do ADCT para o adiamento das eleições em caso de necessidade real dessa providência. Contudo, além de incluir uma exceção à aplicação do art. 16

(autoriza uma alteração que a redação do artigo explicitamente veda), a PEC vai muito além: propõe alterações complexas no sistema eleitoral – mudança para o modelo STV (*single transferable vote*²⁴), que difere muito do atualmente aplicado (um único voto por cargo). Extrapola, portanto, o tema de adiamento das eleições por causa da pandemia ao propor alterações que exigem reflexões e debates mais profundos, inviáveis no prazo disponível e no clima de pressão criado pela pandemia.

Além das propostas de emenda constitucional, há na Câmara o PL 837/2020, do deputado Fábio Ramalho (MDB/MG), que cancela as eleições de 2020, apresentando como justificativa a pandemia, e altera a Lei nº 9.504/1997 (BRASIL, [2019f]) para unificar as eleições (BRASIL, 2020). Nesse caso, além de outros problemas, há equívoco quanto ao instrumento: pretende-se tratar um tema eminentemente constitucional por meio de um projeto de lei.

5.2 Propostas no Senado

No site do Senado Federal, foram encontrados dois projetos de emenda constitucional, com justificativas muito semelhantes às dos projetos da Câmara dos Deputados:

- PEC 45/2016, de autoria de diversos senadores e já arquivada: acrescenta um artigo ao ADCT para unificar as eleições e prorrogar os mandatos de prefeitos e de vereadores (BRASIL, 2016);
- PEC 143/2019, também de autoria de vários senadores e formalmente apresentada: acrescenta artigo ao ADCT para alterar a duração do mandato dos prefeitos e vereadores eleitos em 2020 e viabilizar a coincidência geral dos mandatos a partir de 2026 (BRASIL, 2019g).

Há ainda no Senado duas PECs pendentes de apresentação: uma, de autoria do senador Major Olimpo (PSL/SP); a outra, do senador Elmano Ferrer (PODEMOS/PI). Ambas propõem acrescentar um artigo ao ADCT, prorrogando os mandatos dos atuais prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, para unificar as eleições em 2022. Entre outras razões (necessidade de barateamento das eleições e de maior alinhamento político entre os níveis da federação), apresentam a pandemia da Covid-19 como justificativa para as alterações.

As mesmas observações apresentadas sobre as propostas da Câmara dos Deputados aplicam-se às do Senado: nenhuma delas se ajusta ao espaço constitucional permitido para o eventual adiamento das eleições em razão da pandemia, tampouco respeita as normas constitucionais para a unificação das eleições.

²⁴ Sobre esse modelo de voto, ver Single... (c1998-2020).

6 Considerações finais

A pandemia da Covid-19 trouxe insegurança quanto à possibilidade de realização das eleições de outubro de 2020 e, por identificar o momento como uma oportunidade política, logo cresceram as vozes pela unificação das eleições. Contudo, a solução para a dificuldade de realização do pleito municipal em razão da pandemia não tem de levar automaticamente à unificação dos processos eleitorais, como seus defensores fazem crer, nem deve ser pretexto para implantar medidas de conveniência duvidosa.

Este artigo buscou oferecer subsídios jurídicos para o debate sobre o tema – postergação/unificação das eleições –, examinando as normas pertinentes nos tratados internacionais e na CRFB, de modo a assegurar que as soluções propostas não comprometam a periodicidade das eleições, condição fundamental para a preservação da democracia e dos direitos de cidadania.

Com base na análise documental e bibliográfica e na pesquisa de jurisprudência realizada, verificou-se que há espaço, ainda que estreito, para o adiamento do pleito de 2020 sem comprometer o princípio da periodicidade, o que torna a decisão sujeita ao arbítrio político.

Conforme se argumentou, a CRFB comporta a postergação do pleito por meio de uma ADCT específica, válida apenas para as eleições municipais de 2020 e sem nenhuma prorrogação de mandatos ou unificação dos pleitos. Contudo, para não entrar em conflito com qualquer outra norma constitucional ou ordinária, o processo eleitoral deve ser realizado ainda em 2020, garantir as prerrogativas econômicas dos partidos (o fundo partidário, o fundo especial para o financiamento de campanhas e o horário eleitoral gratuito) e manter a data da posse dos eleitos. Dessa forma, será necessária somente a adaptação dos prazos dos atos do processo eleitoral, o que não viola o art. 16 da CRFB. Em momentos de crise, não cabe qualquer tipo de inovação legislativa.

Sobre a autora

Ana Claudia Santano é doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha; professora do programa de pós-graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil, e em Direito Constitucional pela Universidad Externado, Bogotá, Colômbia.

E-mail: anaclaudiasantano@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

SANTANO, Ana Claudia. O debate sobre as eleições municipais de 2020 no Brasil e a pandemia da Covid-19. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 29-48, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p29

(APA)

Santano, A. C. (2020). O debate sobre as eleições municipais de 2020 no Brasil e a pandemia da Covid-19. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 29-48. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p29

Referências

AFRICAN UNION. *African Charter on Democracy, Elections and Governance*. [Addis Ababa: African Union, 2007]. Disponível em: http://archive.ipu.org/idd-E/afri_charter.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

AGUIAR, Asdrúbal. La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1987-2012. In: PÉREZ CORTI, José M. (dir.). *Memoria del Pº Congreso Argentino de Derecho Electoral*. Buenos Aires: Infojus, 2012. p. 31-74. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.gov.ar/files/original/20/1557/libro_derecho_electoral.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Direitos humanos e eleições: guia das eleições: aspectos jurídicos, técnicos e relativos aos direitos humanos*. Genebra: Nações Unidas, [1994]. (Série de Formação Profissional, n. 2). Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/formacao_profissional_2.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

AMERICAN ASSOCIATION FOR THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*. New York: ICJ, 1985. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS. *ASEAN Human Rights Declaration*. [S. l.]: ASEAN, 2012. Disponível em: <https://asean.org/asean-human-rights-declaration/>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *[Projeto] de Lei nº [837], de 2020*. Cancela as eleições de 04 de outubro de 2020 diante da pandemia do COVID-19 e altera a Lei 9.504/97, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), com o fim de promover a unificação das eleições municipais e gerais. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1869988&filename=PL+837/2020. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº [49], de 2019*. Acrescenta o art. 115 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, para prorrogar os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, unificando as eleições gerais e as eleições municipais. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1731048&filename=PEC+49/2019. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº [56], de 2019*. Acrescenta o art. 115 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, para prorrogar os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores,

unificando as eleições gerais e as eleições municipais. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2019b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1734158&filename=PEC+56/2019. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº [179], de 2019*. Acrescenta artigos aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para estabelecer a unificação de eleições no país. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados], 2019c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1825465&filename=PEC+179/2019. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº [214], de 2019*. Dispõe sobre a unificação das eleições no âmbito federal, estadual e municipal para os Poderes Executivo e Legislativo, prevê a sua realização nos meses de setembro, outubro e novembro, delimita a duração dos mandatos eletivos em cinco anos [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2019d. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844275&filename=PEC+214/2019. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [2019f]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2016*. Insere artigo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para prever a realização de eleições gerais em 2022. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3922061&ts=1567521340166&disposition=inline>. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 143, de 2019*. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para alterar a duração do mandato dos prefeitos e vereadores eleitos em 2020 e viabilizar a coincidência geral dos mandatos a partir de 2026. Brasília, DF: Senado Federal, 2019g. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8014075&ts=1583350725257&disposition=inline>. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de fevereiro de 2012a*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/DF. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade*.

Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessado: Congresso Nacional; Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de fevereiro de 2012b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.685/DF*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CF. Alegação de violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art. 16) e às garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Min. Ellen Gracie, 22 de março de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578/DF*. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos [...]. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Interessado: Congresso Nacional; Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de fevereiro de 2012c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 631.102/PA*. Recurso Extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Art. 14, § 9º da Constituição Federal. Moralidade, proibida administrativa e vida pregressa. Inelegibilidade. Registro de candidatura. Lei Complementar 135/2010. Ficha Limpa. Alínea K do § 1º do art. 1º da Lei Complementar 64/1990 [...]. Recorrente: Jader Fontenele Barbalho. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 27 de outubro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624281>. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 633.703/MG*. Lei Complementar 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa. Inaplicabilidade às eleições gerais 2010. Princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição da República) [...]. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 de março de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>. Acesso em: 11 maio 2020.

CÂMARA aprova mandato de cinco anos para todos os cargos eletivos. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, DF, 15 jun. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/461415-camara-aprova-mandato-de-cinco-anos-para-todos-os-cargos-eletivos/>. Acesso em: 11 maio 2020.

CLEMENTE, Ana Catarina. Las boletas electorales. In: NOHLEN, Dieter; ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José (comp.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. 2. ed. México, DF: IDH: Universidad de Heidelberg: International IDEA: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: IFE: FCE, 2007. p. 900-916. (Sección de Obras de Política y Derecho). Disponível em: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/tratado-de-derecho-electoral-comparado-de-america-latina.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COUNCIL OF EUROPE. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *Code of Good Practice in Electoral Matters: guidelines and explanatory report*. Strasbourg: COE, 2002. Disponível em: <https://rm.coe.int/090000168092af01>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. European Court of Human Rights. *European Convention on Human Rights: as amended by Protocol nos. 11 and 14: supplemented by Protocols nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16*.

Strasbourg: ECHR, [2013]. Disponível em: https://echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

DOTEL, Olaya. Unificación de las elecciones: una trampa mortal. *Acento*, [s. l.], 16 sept. 2019. Disponível em: <https://acento.com.do/2019/opinion/8728901-unificacion-de-las-elecciones-una-trampa-mortal/>. Acesso em: 10 maio 2020.

ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES. *Protocol A/SP1/12/01 on Democracy and Good Governance Supplementary to the Protocol relating to the Mechanism for Conflict Prevention, Management, Resolution, Peacekeeping and Security*. Dakar: Executive Secretariat, 2001. Disponível em: http://www.internationaldemocracywatch.org/attachments/350_ECOWAS%20Protocol%20on%20Democracy%20and%20Good%20Governance.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

ELECTION OBSERVATION AND DEMOCRACY SUPPORT. *International election-related case law database*. Brussels: EODS, c2013. Disponível em: <http://www.eods.eu/elex-table>. Acesso em: 11 maio 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A transição constitucional e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 05.10.1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 54-68, jan./mar. 1999.

HAZRA, Indrajit. Holding simultaneous polls in India is an idea whose time shouldn't come. *The Economic Times*, [s. l.], Jun. 24, 2019. Disponível em: <https://economictimes.indiatimes.com/news/politics-and-nation/view-holding-simultaneous-polls-in-india-is-an-idea-whose-time-shouldnt-come/articleshow/69918726.cms?from=mdr>. Acesso em: 10 maio 2020.

HIGH COMMISSIONER OF THE UNITED NATIONS OF HUMAN RIGHTS. Monitoring human rights in the context of elections. In: _____. *Manual on human rights monitoring*. Geneva: UN, 2011. p. 1-39. (Professional Training Series, n. 7). Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Chapter23-MHRM.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

HORTA, Raul Machado. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 33, n. 33, p. 191-211, 1991. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1428/1357>. Acesso em: 10 maio 2020.

INTERNATIONAL FOUNDATION FOR ELECTORAL SYSTEMS. *Election guide: democracy assistance & elections news*. [S. l.]: IFES, [2020]. Disponível em: <http://www.electionguide.org/elections/>. Acesso em: 10 maio 2020.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Covid-19 and democracy*. Stockholm: International IDEA, [2020]. Disponível em: <https://www.idea.int/our-work/what-we-do/covid-19-and-democracy>. Acesso em: 10 maio 2020.

MATTE, Fabiano Tacachi; VITT, William; ÁVILA, Ana Paula. Quando um “princípio” não se comporta como um princípio: questões sobre a leitura da cláusula da anualidade eleitoral e a mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 53, n. 209, p. 219-235, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p219. Acesso em: 10 maio 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série IDP. Instituto Brasiliense de Direito Público).

MIRANDA, Jorge. *Direito constitucional III: direito eleitoral, direito parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.

MOLINA V., José Enrique. Consecuencias políticas del calendario electoral en América Latina: ventajas y desventajas de elecciones simultáneas o separadas para presidente y legislatura. *América Latina Hoy*, Salamanca, v. 29, p. 15-29, 2001. DOI: <http://dx.doi.org/10.14201/alh.7189>. Disponível em: <https://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/7189/7259>. Acesso em: 10 maio 2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

OLIVEROS, Virginia; SCHERLIS, Gerardo. Reformas políticas: internas abiertas obligatorias y unificación electoral en las elecciones de 2005. In: CHERESKY, Isidoro (comp.). *La política después de los partidos*. Buenos Aires: Prometeo, 2006. p. 361-390.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Washington, DC: OEA, [1997]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_carta_oea_1948.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. *Carta Democrática Interamericana*: (aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001). [S. l.]: OEA, [2001]. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*: (aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948). [S. l.]: CIDH, [1948]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE. *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*. Copenhagen: OSCE, 1990. Disponível em: <https://www.osce.org/odihr/elections/14304?download=true>. Acesso em: 10 maio 2020.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 135-148, out./dez. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93267>. Acesso em: 10 maio 2020.

PRIOTTI, Anahí; TRUCCO, Marcelo. La cláusula democrática en los procesos de integración latinoamericana. *RECorDIP*: Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público, Córdoba, v. 2, n. 2, p. 1-17, 2012. Disponível em: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/3027>. Acesso em: 10 maio 2020.

RAAD, Kley Ozon Monfort Couri. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*: natureza jurídica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2005. (Consultoria Legislativa). Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema6/2005_12300.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANTANO, Ana Claudia. Observação eleitoral internacional: por que o Brasil não adere a esta ideia? Sugestões para uma maior integração democrática regional. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano (org.). *Justiça eleitoral, controle das eleições e soberania popular*. Curitiba: Íthala, 2016. v. 1, p. 11-44.

SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John M. *Presidents and assemblies*: constitutional design and electoral dynamics. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SINGLE transferable vote. In: ACE ENCYCLOPAEDIA. Version 1.0. [S. l.]: ACE Project, c1998-2020. Disponível em: <https://aceproject.org/main/english/es/esf04.htm>. Acesso em: 11 maio 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEHUSIJARANA, Karina M. Explaining the 2019 simultaneous elections. *The Jakarta Post*, [s. l.], Feb. 8, 2019. Disponível em: <https://www.thejakartapost.com/news/2019/02/08/explaining-the-2019-simultaneous-elections.html>. Acesso em: 10 maio 2020.

THE CARTER CENTER. *Election obligations & standards database*. Atlanta, GA: The Carter Center, c2018. Disponível em: <https://eos.cartercenter.org/obligations/3#>. Acesso em: 11 maio 2020.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *CCPR General Comment no. 25: Article 25 (participation in public affairs and the right to vote): the right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service*. [S. l.]: UNHRC, 1996. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/453883fc22.html>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. Human Rights Committee. *Communication no. 1296/2004*. Dissolution of human rights association by a court order of the State party's authorities. Submitted by: Aleksander Belyatsky *et al.* Alleged victims: The authors. State party: Belarus. 27 July 2007. Disponível em: http://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c02b80cfb3c-Belyatsky%20and%20others%20v.%20Belarus_2004.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

UPRIMNY, Rodrigo. Unificar elecciones: una mala idea muy mal diseñada. *El Espectador*, [s. l.], 21 oct. 2018. Disponível em: <https://www.elespectador.com/opinion/unificar-elecciones-una-mala-idea-muy-mal-disenada-columna-819022>. Acesso em: 10 maio 2020.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei nº 13.165/2015 e com as reformas do TSE para as eleições de 2016. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

ZOVATTO, Daniel. El súper ciclo electoral latinoamericano 2017-2019: el voto de enojo en tiempos de fatiga democrática y malestar con la política. *Análisis Carolina*, Madrid, n. 3, p. 1-27, 2020. Disponível em: <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/01/AC-3.20.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

Cruzando a fronteira

A questão dos refugiados no Brasil

MARCELO LEONARDO TAVARES

TÁSSIA DE OLIVEIRA SODRÉ

Resumo: O artigo investiga os direitos garantidos aos refugiados pela legislação brasileira e sua real concretização pelos órgãos governamentais e pelo Poder Judiciário. Para isso, compara os conceitos de *refugiado* adotados pelos principais instrumentos internacionais sobre o assunto, destacando a razão pela qual essa categoria de imigrante requer tratamento especial na legislação brasileira. Em seguida, analisa a evolução da estrutura jurídica na qual se insere o direito ao refúgio. Por fim, cuida das inovações introduzidas pela Lei nº 13.445/2017, com especial destaque para a modificação da abordagem da legislação de migração, que se desloca da preocupação com a segurança nacional para a ótica da proteção dos direitos dos refugiados, verificando como tal parâmetro se tem concretizado no caso dos refugiados venezuelanos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Refugiado. Crise migratória.

Crossing the border: the rights of refugees and asylum-seekers in the Brazilian law

Abstract: This paper aims to investigate the scope of refugee rights in the Brazilian legislation as well as their fulfillment by governmental institutions, including the Judiciary. To achieve this goal, we contextualize the refugee definition adopted by the Brazilian legislation by presenting the ones incorporated in the main international treaties on the subject and the *rationale* behind the establishment of refugees as a unique subcategory of migrants. Then, we explore the legislative and juridical context within which the concept of asylum was interpreted and applied in Brazil prior to the new migration law. Furthermore, we seek to address the impact of Law nº 13.445/2017 on refugees' rights and its effects on the response given to the Venezuelan migratory emergency.

Recebido em 13/3/20

Aprovado em 14/4/20

Keywords: Civil Rights. Refugee definition. Migratory crisis.

Não pergunteis nunca o nome de quem vos pedir pousada. Aquele que necessita ocultar seu nome é quem mais carece de asilo.

Os Miseráveis, Victor Hugo

1 Introdução

Segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), o mundo vive uma das maiores crises migratórias já registradas, com estimados 65,3 milhões de pessoas em deslocamento (DESLOCAMENTO..., 2016). A título de exemplo, mais de 5,6 milhões de pessoas deixaram a Síria desde 2011, ao passo que há 6,6 milhões de pessoas internamente deslocadas dentro do seu próprio país (SYRIA..., [201-]). São números alarmantes, que exigem uma organizada mobilização da comunidade internacional.

Como ator relevante no contexto internacional emerge o Brasil, signatário desde 1952 da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados e o primeiro país da América Latina a incluir casos de violação grave e generalizada de direitos humanos como causa subjacente à concessão de refúgio.

De acordo com dados do Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), até o fim de 2017, o Brasil reconheceu 10.145 refugiados de diversas nacionalidades (DADOS..., [2018]). Apesar de o número de pedidos de refúgio ter sofrido uma queda de 64% em 2016, as solicitações apresentadas por venezuelanos cresceram 307% entre 2015 e 2016, e 86 mil estrangeiros ainda aguardam a análise de seu pedido de refúgio no País (BRASIL, [2018e]). Com a promulgação da Lei nº 13.445/2017 (BRASIL, 2017b), o Brasil deu mais um passo em direção à proteção dos direitos dos que aqui ingressam em busca de refúgio, incorporando a proteção dos direitos humanos ao eixo da regulamentação jurídica da migração. A evolução do instituto protetivo no País não foi sem percalços, e os desafios tornam-se cada vez mais relevantes diante do significativo aumento do número de pedidos de refúgio nos últimos seis anos.

Nesse sentido, é importante analisar a evolução do conceito de *refugiado* adotado pelos principais instrumentos internacionais sobre o assunto e identificar a razão pela qual a categoria de refugiado, dentre os imigrantes, requer tratamento especial. Além disso, deve-se verificar como a atual legislação brasileira potencializa o reconhecimento dos direitos do acesso ao processo de refúgio, reforçando a tendência de crescimento do papel do Brasil no âmbito da assistência humanitária a refugiados na América Latina.

2 Refugiado ou migrante? O conceito de *refugiado* nos principais instrumentos internacionais e no Brasil

O início do século XX foi marcado por deportações em massa promovidas pelo Império Otomano e pela Rússia imperial. No primeiro, turcos voltaram-se contra minorias formadas por armênios e curdos; na Rússia, o conflito de classes, que culminou na Revolução Bolchevique de 1917, também foi responsável pela saída de milhares de pessoas do seu território de origem (GATRELL, [2013], p. 3). Em conjunto com os deslocamentos ocasionados pela Primeira Guerra Mundial, esse fluxo de pessoas mobilizou países a reforçar fronteiras, dificultando o acesso a seus territórios e, a partir de 1920, o passaporte surgiu como meio de controle do fluxo migratório entre países (PINES, 2017). O conceito de *refugiado* é uma consequência das transformações experimentadas nesse contexto, pois antes as soluções adotadas para remediar o problema do deslocamento interterritorial de pessoas limitavam-se à concessão de asilo e ao procedimento de extradição.

Até o final do século XIX, a ausência de regulamentação jurídica da situação dos refugiados refletia a pouca relevância dada ao assunto. Os Estados estavam mais preocupados em receber indivíduos com força laborativa, economicamente produtivos e intelectualmente capazes. Contudo, a eclosão da Primeira Grande Guerra deu início à significativa mudança de paradigma, traçando os contornos do sistema internacional vigente na atualidade. O aumento do fluxo de pessoas em trânsito, bem como as dificuldades políticas, econômicas e sociais decorrentes do conflito, ampliou a complexidade da questão, dando ensejo à necessidade de regulamentar a condição jurídica dos refugiados (ANDRADE, 1996, p. 181).

Em vista da ausência de órgão internacional com mandato específico para lidar com as novas dimensões desse problema, a recém-criada Liga das Nações assumiu tal encargo na primeira metade do século XX de forma pragmática e pontual. Nesse período, a questão do refúgio foi tratada de maneira *ad hoc*, à luz das dimensões do caso concreto a ser enfrentado e sem levar em conta características subjetivas dos indivíduos.

O Alto Comissariado para os Refugiados Russos, por exemplo, foi um órgão temporário criado em 1921 especificamente para lidar com o fluxo de refugiados resultante da instauração do governo soviético após a Revolução Bolchevique e assumiu, como primeira tarefa, a definição jurídica de *refugiados*, que em sua maioria haviam perdido a nacionalidade russa *de jure* ou *de facto*, tornando-se apátridas. Com o intuito de cumprir essa incumbência, adotou-se o chamado Ajuste Relativo à Expedição de Certificados para os Refugiados Russos (LEAGUE OF NATIONS, 1922), conhecido como “Passaporte Nansen”, primeiro documento internacional de identidade destinado a refugiados.

O panorama internacional, todavia, sofreu nova transformação com a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), influenciando sobremaneira o tratamento dado aos refugiados. O deslocamento em massa decorrente da ascensão do nazismo e das ações bélicas teve início no final dos anos 30 e durou mais de meia década após o fim do conflito (ROTHMAN; RONK, 2015).

Com o recrudescimento da Guerra Fria, o conceito de *refugiado* começou a receber contornos mais definidos, em decorrência dos embates político-ideológicos entre os Estados Unidos e a União Soviética, do que resultou a necessidade de ser estabelecido um procedimento de admissibilidade que permitisse ao indivíduo comprovar a condição de perseguido. Foi então criado o Alto Comissariado das

Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em 1949 e elaborada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados em 1951.

A Convenção de 1951 forma a base do atual sistema internacional de refúgio¹ e tem como princípio fundamental o *non-refoulement*, que veda o retorno forçado de pessoas ao país no qual suas vidas ou sua liberdade estejam sob ameaça (NAÇÕES UNIDAS, [1951]). Ratificada por 145 países, a Convenção de 1951 delimita o conceito de *refugiado*, prevê os direitos inerentes a esse *status*, dando-lhe natureza vinculante (*legally binding*), e destaca o princípio da cooperação que fundamenta as atividades do ACNUR, órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas encarregado de assegurar a proteção internacional dos refugiados, bem como de buscar soluções permanentes, na forma de reassentamento, de integração local ou de repatriação voluntária.

A definição de *refugiado* adotada pela Convenção de 1951 é ampla e agregadora, já que, além de não excluir as definições introduzidas em documentos internacionais anteriores², reconhece o direito de gozar do *status* de refugiado àqueles que, em consequência dos

acontecimentos ocorridos antes de 1º/1/1951 e que, temendo perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, se encontram fora do país de sua nacionalidade e não podem, ou não desejam, valer-se da proteção desse país; ou àqueles que, apátridas, se encontram fora do país no qual tinham sua residência habitual em decorrência de tais acontecimentos e não podem ou não querem voltar a ele.

Percebe-se ser requisito intrínseco ao conceito de *refugiado* a localização do requerente fora do país de sua nacionalidade ou de sua residência habitual, sendo desnecessário que o motivo para tal deslocamento seja a existência de temor de perseguição ou de perseguição concreta (GOODWIN-GILL; MCADAM, 2007, p. 63). Com efeito, a necessidade de demonstração de fundado temor de perseguição³ como um dos motivos elencados no art. 1º da Convenção reflete a opção dos Estados pela inserção de um aspecto subjetivo ao conceito de *refugiado*.

Além de expandir o campo de aplicação da Convenção, possibilitando a concessão de refúgio a um maior número de pessoas, essa condição preserva a soberania dos Estados, dando-lhes discricionariedade para reconhecer a satisfação dos requisitos à luz do caso concreto. Na prática, proteger refugiados é dever dos Estados: sobre estes recai o ônus de estabelecer um procedimento para verificar se, de maneira individual ou coletiva, os requerentes de refúgio se enquadram na definição da Convenção.

1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados” (NAÇÕES UNIDAS, [1951], p. 2).

³ Para fins de concessão de refúgio, o temor a que se refere o art. 1º, A (2), da Convenção de 1951 deve ser interpretado como “fundado temor”, pois o texto original em inglês faz menção a “well-founded fear of persecution”. É necessário, pois, que o requerente comprove fundado temor de perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas que o obriguem a deixar o país de sua nacionalidade ou de sua residência.

¹ O instituto do refúgio não se confunde com o do asilo. O refúgio tem seus parâmetros delineados em documento internacional de alcance global – o qual, por sua vez, é implementado e regulado por organismo internacional (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) –, ao passo que o direito a asilo está atrelado à soberania nacional e é reconhecido em documentos internacionais regionais, caso da previsão contida no art. 22(7) da Convenção Americana de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1969]). No Brasil, não há lei específica regulamentando o instituto do asilo, cuja concessão cabe diretamente ao presidente da República. De toda forma, o asilo tem previsão no art. 4º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a]) como um dos princípios norteadores das relações internacionais do País (ENTENDA..., [2014]).

² O art. 1º da Convenção de 1951, que contém a definição do termo *refugiado*, expressamente prevê: “A. Para os fins da presente Convenção, o termo ‘refugiado’ se aplicará a qualquer pessoa: 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de

Requisito essencial e inflexível, contudo, é a perda da proteção devida pelo país de nacionalidade ou de residência por quem visa ser reconhecido como refugiado. É esse vácuo deixado pela ineficiência estatal que serve de estopim para a preocupação da comunidade internacional, a fim de garantir a proteção jurídica daqueles desamparados.

Apesar de a Convenção não delimitar a extensão da proteção jurídica a que os refugiados fazem jus, seu preâmbulo reconhece o caráter social e humanitário do problema do refúgio, reiterando o comprometimento da ONU com o princípio de que todos os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Outra dimensão importante da definição de *refugiado* encampada na Convenção diz respeito à limitação temporal nela prevista. Originalmente, a aplicação da Convenção estava adstrita àqueles que se tornaram refugiados em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º/1/1951 (art. 1º, A (2)). Ademais, o art. 1º (B), “a”, facultava aos Estados restringir geograficamente as responsabilidades assumidas como signatários da Convenção aos “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa” (NAÇÕES UNIDAS, [1951], p. 3).

Entretanto, o surgimento de novas ondas de refugiados, acarretadas por eventos ocorridos após aquela data, motivou a adoção do Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, [1967]), por meio do qual os Estados signatários da Convenção que tinham interesse em levantar a barreira temporal atrelada ao termo *refugiado* poderiam fazê-lo, dando alcance universal às garantias da Convenção⁴, as quais são de observância obrigatória pelos signatários do Protocolo por força de seu art. 1º, § 1º. Ressalve-se, todavia, não haver vinculação automática dos Estados signatários da Convenção de 1951 ao Protocolo, documento internacional independente.

Durante o período de dezesseis anos em que a Convenção de 1951 permaneceu aplicável exclusivamente a eventos ocorridos antes de 1º/1/1951, sua definição de *refugiado* serviu como base para a criação de instrumentos regionais sobre o assunto, dando início à fomação de um conjunto de normas internacionais que, tendo a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 como núcleos, fundamentam a atuação dos organismos internacionais e dos Estados nos dias atuais.

A região da América Latina, em particular a América Central, foi palco de disputas entre os Estados Unidos e a União Soviética nas décadas de 1970 e 1980. Com o envolvimento das grandes potências da

⁴ A inexistência de limitação geográfica é a regra presente no art. 1º do Protocolo de 1967, o qual faz ressalva quanto às declarações já feitas pelos Estados-membros em virtude da faculdade que lhes foi dada no art. 1º, B, “a”, da Convenção de 1951.

Guerra Fria, conflitos inicialmente motivados por desigualdades sociais e pela busca de melhores condições de vida ganharam contornos político-ideológicos, criando condições ideais para a ascensão de governos ditatoriais envolvidos em perseguições políticas e em violações sistemáticas, generalizadas e recorrentes dos direitos humanos de seus cidadãos (JUBILUT; MADUREIRA, 2014, p. 18).

Diante desse quadro de instabilidade jurídica e política, estima-se que mais de dois milhões de indivíduos tenham sido forçados a cruzar fronteiras ou a deslocar-se dentro de seu próprio país, caracterizando crise humanitária que exigia atuação unificada na busca de soluções pelo ACNUR e pelos países daquela região (SPINDLER, 2005, p. 64).

Com efeito, em novembro de 1984, na Colômbia, foi adotada a Declaração de Cartagena sobre a Proteção dos Refugiados na América Latina (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, [1984]), que expandiu o conceito de *refugiado* para abranger situações de refúgio próprias da região. A despeito de ter formalmente caráter não vinculante, essa Declaração consolidou um padrão de tratamento de refugiados na América Latina por meio de costumes, externalizando seu espírito de solidariedade e de cooperação em nível regional na repartição da responsabilidade decorrente das adversidades atreladas ao instituto do refúgio. Suas disposições acabaram por inspirar a legislação de vários países da região, inclusive a do Brasil (TRINTA..., 2014).

Nas duas décadas subsequentes à ratificação e à internalização da Convenção de 1951 pelo Brasil – ocorridas, respectivamente, em 15/11/1960 e em 28/1/1961⁵ –, pouca foi a relevância dada a problemas relacionados ao re-

fúgio pelos governos da época. Contudo, com o crescimento do papel do Brasil no diálogo internacional sobre refúgio após a adoção da Declaração de Cartagena de 1984, o ACNUR instalou uma representação oficial no País (BARRETO, 2010). A subsequente promulgação da CRFB implicou nova fase no tratamento dado pelo governo brasileiro ao instituto do refúgio. Era primordial editar legislação sobre a questão, incorporando os mecanismos internacionais à legislação e definindo mais claramente o conceito de refugiado no Brasil.

Como consequência, foi publicada a Lei nº 9.474/1997 (Estatuto do Refugiado), que implementou os compromissos assumidos com a assinatura da Convenção de 1951 e criou o Comitê Nacional para Refugiados (Conare), órgão de deliberação coletiva cujas atribuições incluem a análise do pedido de refúgio, o reconhecimento da condição de refugiado e a declaração da perda dessa condição, além de orientar e coordenar as ações necessárias à proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados (BRASIL, 1997a).

A nova legislação reconheceu aos refugiados o acesso igualitário aos direitos garantidos aos cidadãos brasileiros, exceto os políticos, além de dispor sobre a possibilidade de apresentar pedido de residência permanente todo aquele que pretenda permanecer em território nacional (CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO, 2009). A Lei nº 9.474/1997 veda a expulsão do refugiado, exceto se motivada por razões de segurança nacional ou de ordem pública. De todo modo, mesmo quando houver causa para expulsão, deverá ser observado o princípio do *non-refoulement*, ou seja, o refugiado não poderá ser encaminhado a país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco.

Por fim, o Estatuto do Refugiado, ao tratar de eventual conflito entre o instituto do refúgio e o da extradição, faz prevalecer aquele em

⁵ A Convenção de 1951 foi promulgada pelo Decreto nº 50.215, de 28/1/1961 (BRASIL, [1990]).

detrimento deste, pois a solicitação de refúgio suspende, até a decisão definitiva, o seguimento de pedido de extradição. Eventual reconhecimento definitivo da condição de refugiado impede o acolhimento do pedido de extradição baseado nos mesmos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

3 Em busca de soluções duráveis para um problema humanitário

A situação de refúgio é, ou ao menos deveria ser, caracterizada pela transitoriedade do acolhimento de um estrangeiro pelo país que se dispõe a garantir proteção física e jurídica a indivíduos cujo Estado de origem é incapaz de oferecer. Entretanto, o abrigo oferecido por Estados hospedeiros acarreta despesas significativas relacionadas à manutenção e à efetivação dos direitos previstos na Convenção de 1951, havendo necessidade de se definir, o quanto antes, o futuro da pessoa em situação de refúgio. Em relação a isso, curiosamente, apesar de a estrutura internacional do instituto do refúgio estar alicerçada na solidariedade e no *burden sharing*, na prática são os países mais pobres os maiores receptores de refugiados⁶. Diante desse fato e do crescente número de situações prolongadas de refúgio⁷, o sistema protetivo

⁶ A título de exemplo, na primeira metade de 2016, 1,5 milhão de pessoas cruzaram fronteiras internacionais. Desse número, metade fugiu do conflito da Síria diretamente para países próximos da região: Jordânia, Líbano, Egito e Turquia, sendo este país o que mais recebeu refugiados no total: 2,8 milhões até meados de 2016 (POORER..., 2017).

⁷ As situações prolongadas de refúgio ou *protracted refugee situations* são aquelas nas quais refugiados (25.000 ou mais) se encontram em estado de limbo permanente e insolúvel há mais de cinco anos. Suas vidas já não estão mais em risco, mas direitos básicos não lhes são assegurados. A título de exemplo, em 1996 a maioria dos 75.018 refugiados congolese em Ruanda fugiram de seu país de origem, a República Democrática do Congo, e até hoje estão confinados nos cinco campos de refugiados localizados naquele país: Gihembe, Kigeme, Kiziba, Nkamira e

propõe três soluções duráveis: a repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento.

A repatriação voluntária, solução durável por excelência, permite o retorno dos indivíduos refugiados e de seus familiares ao país de origem. Uma vez cessadas as hostilidades que motivaram sua saída, não haveria mais obstáculos que os impedissem de retornar ao local de sua residência habitual, retomando e reconstruindo a vida que levavam antes de serem perseguidos. No entanto, essa decisão deve ser tomada pelo próprio refugiado e depende do engajamento do Estado de origem na promoção de políticas de reintegração de seus próprios cidadãos⁸.

A integração local no país de refúgio surge como solução alternativa para os que não podem retornar ao país de origem por meio da repatriação voluntária. A solução possibilita aos refugiados contribuir social e economicamente para o Estado anfitrião. Afasta-se, assim, o caráter oneroso associado à concessão de refúgio, possibilitando a assimilação dos refugiados, que podem integrar o tecido social do *host country* e auxiliar no seu desenvolvimento. Ademais, a integração local facilita o exercício pleno de direitos básicos – como a liberdade de ir e vir e o acesso à educação, à saúde e ao mercado de trabalho – por aqueles que antes eram acobertados pelo instituto do refúgio (LOW, 2006).

O reassentamento consiste na transferência do refugiado para um terceiro país, no qual se instalará permanentemente. O instituto decorre

Nyabibeke (NTHENGWE, 2009; CONGOLESE..., 2013; REFUGEE..., 2020).

⁸ De acordo com a lei brasileira, que trata da repatriação como solução durável no art. 42 do Estatuto do Refugiado, cessadas as hostilidades que determinaram o refúgio, os refugiados não poderão recusar a proteção do país de que são nacionais, sendo obrigados, via de regra, a retornar ao seu país de origem. Todavia, eventual repatriação forçada parece ir de encontro com os atuais princípios norteadores da política migratória brasileira, em especial a observância do disposto em tratado (art. 3º, XVIII, Lei nº 13.445/2017), já que a Convenção de 1951 é pautada no princípio do *non-refoulement*.

do princípio da solidariedade internacional, ao aliviar a sobrecarga imposta ao primeiro país de refúgio, possibilitando a transferência do refugiado para um outro que se dispõe a acolhê-lo. Ainda que seja uma alternativa atraente para ele, não são muitos os países dispostos a integrar e a acolher pessoas em definitivo. Segundo dados do ACNUR, em 2016 havia 17,2 milhões de refugiados sob a guarda da ONU. Todavia, apenas 1% desse número foi beneficiado pelo programa de reassentamento (DESLOCAMENTO..., 2016).

Na América Latina, o reassentamento ganhou destaque em 2004, durante a comemoração do 20º aniversário da Declaração de Cartagena. Nessa oportunidade, 20 países, entre os quais o Brasil, assinaram o chamado Plano de Ação do México (PAM). Com o intuito de consolidar estratégias de superação dos desafios relativos à situação dos refugiados na região – notadamente dos assentados nos grandes núcleos urbanos da América Latina e dos cidadãos colombianos localizados na zona fronteira da Colômbia com Equador, Panamá e Venezuela, em sua maioria sem documentos e vulneráveis –, o PAM trouxe, como um de seus principais vetores, o inovador conceito de *reassentamento solidário* (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, [2004]).

De caráter eminentemente humanitário, o mecanismo de reassentamento solidário visa a facilitar a reintegração de refugiados que permanecem sob ameaça no país anfitrião ou que não lograram integrar-se de maneira satisfatória no primeiro país de refúgio. Proposto pelo Brasil como meio de cooperação internacional sul-sul, tem o objetivo precípua de distribuir melhor o contingente humano deslocado pelo conflito na Colômbia, o qual até então estava concentrado na Costa Rica, Equador, Panamá e Venezuela.

Apesar das adversidades enfrentadas durante os primeiros anos do programa, os países da América Latina seguem em busca de meios inovadores e eficazes para lidar com o instituto do refúgio, sempre com base no princípio da solidariedade e do *burden sharing* (BARBOSA, 2010, p. 64-65).

4 O caso Cesare Battisti e o controle da validade da decisão administrativa de concessão de refúgio pelo Supremo Tribunal Federal

O art. 102, I, g, da CRFB confere ao Supremo Tribunal Federal (STF) competência originária para processar e julgar extradição solicitada por Estado estrangeiro, na qual a Corte analisa, em juízo de deliberação, a legalidade do pedido.

O reconhecimento da condição de refugiado, por sua vez, ostenta natureza jurídica de ato administrativo vinculado, já que, verificada uma das hipóteses do art. 1º da Lei nº 9.474/1997, compete ao Conare ou ao ministro da Justiça, órgãos do Poder Executivo, conceder refúgio ao requerente. Ocorre que os institutos da extradição e do refúgio por vezes encontram áreas de intersecção nos casos em que, paralelamente à existência de processo administrativo de concessão de refúgio, há pedido de extradição protocolado junto ao STF. Assim, caso a solicitação de refúgio seja acolhida, ficará obstado o prosseguimento da extradição baseada em fatos relacionados ao pedido de refúgio (art. 33 do Estatuto do Refugiado).

Na Extradição nº 1.008 (BRASIL, 2007), o STF lidou com o primeiro caso de concessão administrativa de refúgio a extraditando. Na oportunidade, o Tribunal reconheceu como válida a reserva ao Executivo do poder de concessão de asilo ou refúgio. Além disso, concluiu que o ato de concessão de refúgio elidiria a apreciação do pleito extradicional. Foi vencido na ocasião o ministro relator Gilmar Mendes, que defendia uma calibração da aplicação do art. 33 da Lei nº 9.474/1997, para dar-lhe interpretação conforme os arts. 5º, LII, e 102, I, g, da CRFB. Segundo o relator, diante da impossibilidade de dissociar o prosseguimento do pedido extradicional da análise pelo STF da ocorrência ou não de crimes de natureza política, não seria constitucionalmente adequado condicionar o prosseguimento do pleito extradicional, de maneira absoluta e generalizada, à deliberação administrativa do Conare. Por conta disso, a extradição somente poderia ser obstada nos casos em que fosse imputado ao extraditando crime político ou de opinião.

A definição de *crime político* (ou *de opinião*) já havia sido objeto de análise pelo STF na Extradição nº 615. Ciente de que a CRFB não conceituou crime político e com respaldo no disposto no art. 77, §§ 1º e 2º, do Estatuto do Estrangeiro, o qual lhe atribuía competência exclusiva para apreciar o caráter da infração embasadora do pedido de extradição, o Tribunal reafirmou sua competência para examinar a configuração ou não de crime político, aplicando, para isso, o sistema da principalidade ou da preponderância (BRASIL, 1994). Em suma, o crime político, por si só, não impediria a concessão de extradição em duas hipóteses: quando o fato criminoso principal fosse também delito comum ou, havendo conexão entre crime político e crime comum⁹, se este preponderasse sobre aquele.

Diante dessa conjuntura de precedentes, o STF julgou, em 2009, o pedido de Extradição nº 1.085, deferindo-o por cinco votos contra quatro (BRASIL, 2009).

⁹O critério da preponderância foi reafirmado e aplicado na Extradição nº 694 (BRASIL, 1997b).

O caso: em 1993, Cesare Battisti, nacional italiano, foi condenado à revelia pela Corte de Apelações de Milão à pena de prisão perpétua¹⁰ em virtude da prática de quatro homicídios de agentes públicos de segurança ocorridos entre 1977 e 1979, quando integrava a organização Proletários Armados pelo Comunismo. O réu alegou inocência. Foragido da justiça italiana desde 1981, migrou para a França; ao ser aprovada sua extradição neste país, fugiu para o Brasil em 2004. Então, em 2007 o governo italiano iniciou aqui um processo de extradição (NADEAU, 2011), no curso do qual Battisti protocolou junto ao Conare pedido de concessão de refúgio, que foi inicialmente indeferido. Interposto recurso ao ministro da Justiça, houve reforma da decisão, reconhecendo-o como refugiado vítima de perseguição política na Itália.

O ponto principal do debate decorreu da verificação de que a declaração de *status* de refugiado deve ser feita por ato administrativo vinculado, de atribuição exclusiva do Poder Executivo, que pode ser submetido ao controle jurisdicional de legalidade (*judicial review*) perante o Poder Judiciário. Eventual reconhecimento da condição de refugiado fora das hipóteses previstas em lei seria inválido e, portanto, não poderia obstar a extradição. Assim, caberia à Corte analisar a ilegalidade do reconhecimento de prática de crime político pelo extraditando como questão incidental.

Segundo o STF, a vedação da interferência de órgão administrativo em assuntos próprios do processo extraditório é coerente com o sistema normativo, que exclui das hipóteses taxativas de reconhecimento da condição de refugiado (art. 1º da Lei nº 9.474/1997) as pessoas condenadas por crime político – até porque eventual conotação política do crime não seria suficiente para caracterizar fundado e atual receio de perseguição política, não sendo esta um desencadeamento lógico da prática daquele. Ao reafirmar sua competência para averiguar a legalidade do ato administrativo declaratório da condição de refugiado como questão prejudicial de processo extraditório, o STF reforçou sua posição institucional no controle da atuação da autoridade administrativa na concessão de refúgio nos casos em que paralelamente houver pedido de extradição por Estado estrangeiro.

A apertada maioria formada no julgamento pelo STF indica que a questão é complexa, não sendo irrelevante a posição contrária à adotada pela maioria. Para os que discordam da solução jurídica aplicada pela tese vencedora, embora se deva reconhecer a possibilidade de análise

¹⁰ Apesar de não fazer parte do escopo deste trabalho, esclareça-se que, nas hipóteses de prisão perpétua, a jurisprudência do STF condiciona a entrega do extraditando à assunção do compromisso, pelo país requerente, de não aplicar as penas vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, XLVII, *a e b*, da CRFB), além de observar o tempo máximo de cumprimento de pena de 30 anos fixado no art. 75 do Código Penal (BRASIL, [2019b]). Nesse sentido, ver Extradição nº 1.385/DF (BRASIL, 2017c).

dos fundamentos da decisão de refúgio pelo Judiciário, o processo de extradição deveria ser extinto sem julgamento do mérito, afastando a possibilidade de extradição de um refugiado. Caberia, então, à Justiça Federal de primeira instância verificar, em ação específica, a legalidade do ato administrativo declaratório de *status* de refugiado. Caso fosse constatada sua invalidade, abrir-se-ia a possibilidade de apresentação de um novo pedido de extradição pelo Estado requerente (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2009).

Contudo, estamos de acordo com a solução dada pela maioria dos ministros do STF, pois deve ser levado em consideração o fato de que, no caso de Battisti, a decisão do ministro da Justiça se fundamentou no reconhecimento da prática de crimes de caráter político pelo extraditando, matéria de competência exclusiva do STF por força de lei (art. 77, §§ 1º e 2º, do Estatuto do Estrangeiro), cuja aplicabilidade e validade foram reiteradas pelo Tribunal na Extradição nº 615. Assim, a Justiça Federal não teria competência para julgar o mérito de eventual ação proposta para averiguar a legalidade da decisão do ministro da Justiça, já que a aplicação do sistema da principalidade ou da preponderância, para fins de reconhecimento da prática de crime político, compete unicamente ao STF em caso de haver processo de extradição. Além disso, a questão foi tratada incidentalmente; ou seja, caso fosse acolhida, prejudicaria o julgamento do mérito da extradição. Assim, verificada a ilegalidade da concessão de *status* de refugiado ao extraditando, este não mais gozaria da proteção do Estatuto do Refugiado, podendo sofrer processo de extradição como um estrangeiro não resguardado pelo instituto do refúgio.

No mais, deve-se lembrar que o reconhecimento desse *status* implica consequências não só para o indivíduo perseguido, mas também para o seu país de origem, o qual passará a ser visto internacionalmente como incapaz de garantir os direitos basilares de seus residentes ou como violador desses mesmos direitos. Essa decisão tem repercussão externa grave em desfavor do outro Estado, que poderá ficar sujeito a sanções da comunidade internacional. Trata-se de posição estatal que poderá acarretar desastrosas consequências no âmbito internacional, se se revelar infundada.

5 Mudança de paradigma? A nova lei de migração e seus reflexos nos direitos dos refugiados

O período de vigência do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) (BRASIL, [2017a]) foi marcado por mudanças relacionadas à ótica sob a qual o tema do refúgio passou a ser tratado no Brasil. A Lei, promulgada sob a égide da Constituição de 1967 (com redação dada pela Emenda

Constitucional nº 1/1969) (BRASIL, [1985], [1988]), passou a ser interpretada de acordo com a CRFB e com as convenções de direitos humanos das quais o País se tornou signatário. O Estatuto do Estrangeiro refletia a visão precípua da garantia da segurança e da soberania nacionais, com menor preocupação com o resguardo e a efetivação dos direitos dos estrangeiros que se encontravam no Brasil. Seu objetivo era coibir eventuais interferências externas nos assuntos relacionados à política brasileira.

O advento da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) refletiu a mudança de paradigma constitucional, agora fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e na promoção do bem de todos, sem discriminação (arts. 1º e 2º da CRFB). Ela concretizou também a aplicação de princípios específicos que pautam as relações do Brasil na esfera internacional, em especial o da prevalência dos direitos humanos, o da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e o da concessão de asilo político (art. 4º da CRFB).

O estudo comparado entre os dois Estatutos demonstra a progressiva mudança do olhar da sociedade brasileira sobre o estrangeiro.

Editada antes da consolidação da abertura democrática, a Lei nº 6.815/1980 tinha o objetivo principal de controlar o movimento de entrada e saída de estrangeiros do território nacional. A movimentação do imigrante, o qual em certos casos poderia ser considerado ameaça em potencial aos interesses do País, deveria ser objeto de rígido controle. Assim, a entrada e a permanência de estrangeiros no Brasil escoravam-se em critérios genéricos, dando ampla discricionariedade à autoridade administrativa responsável por autorizar (ou negar) as solicitações de entrada. O Estatuto do Estrangeiro não fazia distinção entre as diversas categorias de migrantes, limitando-se a mencionar o refugiado ao tratar da concessão de passaporte para estrangeiros. Deixava, portanto, de reconhecer especificidades inerentes a essa categoria, apesar de ter ocorrido em 1961 a internalização da Convenção de 1951 ao ordenamento jurídico brasileiro.

Com o advento da Lei nº 13.445 em 24/5/2017, diversas mudanças foram implementadas, a começar pelo objetivo de proteger e respeitar a pessoa do migrante, que passou a ser tratado, antes de tudo, como sujeito de direitos. Entre as novas diretrizes da política migratória brasileira, salienta-se a não criminalização da migração, a promoção de entrada regular e de regularização documental e a garantia do direito à reunião familiar.

Em oposição ao Estatuto do Estrangeiro, fundado na perspectiva de nacionais *versus* clandestinos, a Lei de Migração prevê expressamente o tratamento destes em condição de igualdade com aqueles, assegurando-lhes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 4º). A nova legislação pôs fim à possibilidade de prisão administrativa

do estrangeiro que aguarda a efetivação da medida de deportação; e, no que se refere à expulsão, passou a exigir procedimento no qual deva ser garantido ao estrangeiro o direito ao contraditório e à ampla defesa. De maneira mais específica, a Lei de Migração reconhece as diversas categorias de migrantes e as singularidades inerentes a cada uma delas. Nesse contexto, ressalva expressamente a aplicação das normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados e outros, assumindo caráter complementar em relação às normas especiais de proteção.

Outro avanço diz respeito à institucionalização da política de visto humanitário, otimizando a regularização da situação dos indivíduos que ingressam no País em busca de refúgio, principalmente diante das vicissitudes enfrentadas para se deslocarem em território brasileiro a fim de solicitar *status* de refugiado.

6 A hora de colocar a nova legislação sobre refúgio em prática: o caso da Venezuela

Desde a eleição de Hugo Chávez à Presidência da Venezuela em 1999, a concentração de poder nas mãos do Executivo e as violações aos direitos humanos dos cidadãos conduziram à instabilidade institucional. A ascensão de Nicolás Maduro ao poder em 2013 sedimentou o regime autocrático instaurado 14 anos antes por seu antecessor, dando margem a perseguições políticas, à hiperinflação, à corrupção desenfreada e à falta de provimentos básicos à população venezuelana¹¹. Na Venezuela, a impossibilidade de satisfação das necessidades básicas do indivíduo, decorrente da profunda crise financeira e da falta de bens essenciais, como alimentos e remédios, impulsionou o êxodo de mais de um milhão de pessoas, resultando no maior deslocamento humano da história da América Latina.

O fluxo intenso passou a sobrecarregar a vizinha Colômbia, que enrijeceu, por consequência, sua política de concessão de *status* de refugiado (GILLESPIE, 2018), do que resultou a assunção de papel relevante pelo Brasil. Neste ponto, é importante frisar que, segundo a definição adotada na Declaração de Cartagena de 1984, incorporada à legislação brasileira no art. 1º, III, da Lei nº 9.474/1997, são considerados refugiados os indivíduos forçados a deixar seu país de origem devido a grave e generalizada violação de direitos humanos. Não é necessário, todavia,

¹¹ Dados coletados pela *Encuesta Nacional de Condiciones de Vida* (ENCOVI) – projeto desenvolvido em conjunto por equipe multidisciplinar formada por membros das três universidades mais importantes da Venezuela – estimam que a pobreza por renda no país é de 87% em virtude da hiperinflação (ESPAÑA N.; PONCE Z., 2018).

que essas violações decorram de uma guerra violenta, como é o caso da Síria. A diáspora venezuelana surge de uma conjuntura socioeconômica desastrosa, dentro da qual o próprio governo não observa os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, o que caracteriza grave violação de direitos para o fim da aplicação do instituto do refúgio.

Com a edição da Lei nº 13.684/2018 (antecedida pela MP nº 820/2018) (BRASIL, 2018c, 2018d), o governo brasileiro reconheceu expressamente o fluxo migratório de pessoas oriundas da Venezuela como decorrente de crise humanitária, possibilitando a aplicação do Estatuto do Refugiado ao caso. Na exposição de motivos da MP nº 820/2018 (BRASIL, 2018b), o presidente da República apontou a forte crise política e econômica na Venezuela como causa do deslocamento de cerca de 30.000 venezuelanos para o Brasil nos dois anos anteriores, sendo que, apenas entre janeiro e fevereiro de 2018, o Brasil recebeu aproximadamente duas mil solicitações de refúgio de deslocados venezuelanos.

Em que pese sua relevância, a reação brasileira à crise humanitária do país vizinho demonstrou de início o estresse entre a normatização e as medidas de implementação, a começar pela instituição do Comitê Federal de Assistência Emergencial, cuja composição é feita por ocupantes de cargos mais ligados à segurança do que à proteção da pessoa. Diferentemente da composição do Conare, o Comitê Federal de Assistência Emergencial não tem um representante de organização não governamental dedicada a atividades de assistência e proteção de refugiados no Brasil. Tampouco houve a inclusão do ACNUR, cuja função é zelar pelos direitos dos refugiados ao redor do mundo nas atividades do Comitê.

No âmbito da implementação de políticas sociais com o intuito de assegurar os direitos básicos dos venezuelanos solicitantes de refúgio, o governo apresentou no Decreto nº 9.277/2018 (BRASIL, 2018a) a previsão do Documento Provisório de Registro Nacional Migratório. Na prática, o documento não contribuiu para dar celeridade à regularização do candidato a refúgio, pois sua emissão acabou sendo protraída no tempo.

Um exemplo dos possíveis desafios associados à concretização dos deveres assumidos pelo Estado brasileiro quanto à implementação da Convenção de 1951, no que se refere à crise venezuelana, manifestou-se na forma da Ação Cível Originária (ACO) nº 3.121, proposta em abril de 2018 pelo estado de Roraima no STF (BRASIL, 2018f). Na ação, a governadora roraimense requereu, como pedido subsidiário e alternativo, o fechamento temporário da fronteira do seu estado caso a União não assumisse o encargo – cujo valor era estimado em R\$ 180 milhões – de promover medidas de controle na área de segurança pública, saúde, vigilância sanitária, além de políticas públicas de saúde e educação. Segundo a governadora, a propositura da ACO visou restaurar o desequilíbrio social

e econômico causado pela intensa migração suportada por seu estado. Para ela, tratava-se de situação atípica, que exigia adoção de uma postura mais rígida da União (RODRIGUES, 2018).

A posição adotada pelos representantes políticos de Roraima revela a tendência de governos locais de optar por ações que dificultam a integração dos refugiados à comunidade, desconsiderando possíveis violações às obrigações internacionalmente assumidas pelo País. Por vezes, tais medidas relacionam-se com posturas populistas de governantes que nutrem tensões entre nacionais e estrangeiros para fins eleitorais¹². De qualquer modo, o fechamento de fronteiras, mesmo em caráter temporário, viola a *rationale* por trás da Convenção de 1951, ou seja, o art. 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos, que reconhece a toda pessoa sujeita à perseguição o direito de procurar e de beneficiar-se de asilo (*lato sensu*) em outros países (NAÇÕES UNIDAS, [1948]).

Mais adequado seria, portanto, concentrar esforços em programas de inclusão de refugiados em seu local de refúgio. Para isso, destaque-se o fornecimento de serviços públicos básicos aos refugiados e à população local, que pode ser estruturado de maneira a evitar a existência de dois sistemas paralelos, afastando a ideia de priorização das necessidades daqueles em detrimento desta. Ademais, os governos federal e estadual podem facilitar o acesso dos refugiados ao mercado consumidor local, estimulando o crescimento da economia e evitando o possível estabelecimento de campos de refugiados desconectados do país no qual se localizam (SLAUGHTER; CRISP, 2009). Finalmente, deve-se ressaltar o papel das organizações do terceiro setor na promoção de atividades de aproximação, incluindo sessões de resoluções de conflitos entre refugiados e membros da sociedade local.

Assim, percebe-se que, apesar de o Brasil contar com uma moderna legislação acerca do tema, a prática de acolhimento de pessoas em busca de refúgio é desafiadora e exige atuação conjunta dos governos locais e do governo federal a fim de realizar os preceitos da Convenção de 1951, do Estatuto de Refugiados e da Lei de Migração, afastando manifestações discriminatórias atreladas à xenofobia.

Esse é um desafio atual para o Brasil e digno da preocupação histórica do País com os compromissos humanitários assumidos.

¹²Nesse contexto, Kagan (2011) destaca que os países do Norte Global tendem a restringir a classe de migrantes reconhecida como refugiados, ao passo que os países do Sul Global caminham na direção oposta, expandindo a concessão de *status* de refugiado estabelecida pela Convenção de 1951. Segundo esse autor, o reconhecimento de migrantes forçados como refugiados implica o envolvimento da comunidade internacional, a qual fica encarregada de prover por esses migrantes. Com a transferência desse ônus a outros atores, o país anfitrião desincumbe-se da necessidade de promoção de políticas de integração entre refugiados a comunidade local, relegando-os à marginalização (KAGAN, 2011).

7 Conclusão

Neste artigo, destacaram-se os principais documentos internacionais que regulamentam o instituto do refúgio e sua influência na legislação brasileira sobre o tema. Apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção de 1951 em novembro de 1960 e o Protocolo de 1967 em abril de 1972, apenas com a promulgação da Lei nº 9.474/1997 conferiu-se tratamento pormenorizado a questões relacionadas ao requerimento e à concessão de refúgio em território nacional.

Inspirados pela definição de *refugiado* adotada pela Convenção de 1969, os países presentes ao Colóquio sobre a proteção internacional dos refugiados na América Central, México e Panamá, realizado na cidade de Cartagena, na Colômbia, encamparam na Declaração de 1984 uma definição ampla e não vinculante de *refugiado*, contemplando também aqueles cuja vida, segurança ou liberdade tenham sido violadas em contexto de violência generalizada, de violência maciça de direitos humanos, de agressão estrangeira, de conflitos internos ou de outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Refletindo a postura pró-refugiado adotada em âmbito internacional, o legislador brasileiro optou por incorporar, no art. 1º da Lei nº 9.474/1997, a definição estendida de *refugiado*, indo além das obrigações internacionalmente assumidas por meio da ratificação da Convenção de 1951, tornando de observância obrigatória a definição *non-binding* da Declaração de 1984.

A criação do Conare pela Lei nº 9.474/1997 também representou um avanço no campo dos direitos dos refugiados em âmbito nacional. Em conjunto com a definição de *refugiado* do art. 1º da Lei nº 9.474/1997, manifesta-se a tendência do legislador de oferecer proteção integral àqueles que buscam refúgio.

No âmbito judicial, a previsão do art. 33 da Lei nº 9.474/1997 foi colocada em xeque tanto na Extradicação nº 1.008 quanto na Extradicação nº 1.085. Em ambos os processos, o STF buscou fixar os limites da atribuição do Poder Executivo, responsável pelo reconhecimento do *status* de refugiado, e do Poder Judiciário, competente para reconhecer crimes políticos em processo de extradição.

Entretanto, a análise dessas decisões externalizou um posicionamento de adaptação do Tribunal aos novos tempos, que, apesar de ter reconhecido a validade do art. 33 da Lei nº 9.474/1997, na Extradicação nº 1.008 afastou sua aplicação no julgamento do caso Cesare Battisti, ao analisar a legalidade da concessão de refúgio como prejudicial à questão principal do processo de extradição.

O caminho escolhido pelo STF, contudo, não implica flexibilização das regras de refúgio. Neste ponto, não se pode perder de vista que a de-

ção de concessão de refúgio goza de natureza jurídica de ato administrativo vinculado e está sujeita, pois, ao escrutínio do Poder Judiciário quanto ao preenchimento de seus requisitos formais. Tal postura também é coerente com a excepcionalidade da condição de refugiado, cujo reconhecimento deve ser idealmente despido de conotações políticas.

Acima de tudo, o instituto do refúgio está atrelado ao resguardo da dignidade da pessoa humana. Em razão disso, a nova Lei de Migração foi expressamente pautada em princípios e diretrizes, como a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos; o repúdio e a prevenção da xenofobia, do racismo e de quaisquer formas de discriminação; a acolhida humanitária; a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas, entre outros.

Percebe-se, dessa forma, o câmbio sofrido pela legislação migratória brasileira, de caráter eminentemente humanitário, especialmente quando comparada ao revogado Estatuto do Estrangeiro. A posição de liderança ocupada pelo Brasil na regulamentação do refúgio e no acolhimento de imigrantes sustenta-se também internacionalmente, diante da tendência de países como os Estados Unidos e a Itália em limitar e dificultar a entrada de migrantes em seus territórios.

A promulgação da Lei nº 13.445/2017 ocorreu oportunamente. Confrontado com a diáspora decorrente da crise migratória causada pelas políticas adotadas pelo governo de Nicolás Maduro na Venezuela, o Brasil está diante da primeira oportunidade de implementar o novo sistema legal regulamentador do fenômeno migratório com base nos princípios previstos na CRFB, na Convenção de Direitos Cívicos e Políticos da ONU e na Declaração Americana de Direitos Humanos. Os desafios são muitos, sobretudo quanto à efetivação dos direitos desses

imigrantes, um misto de migrantes econômicos e de refugiados.

Desde abril de 2018, o governo federal, com o apoio de agências da ONU e de parceiros da sociedade civil, tem concentrado esforços na promoção do programa de interiorização dos migrantes que chegam a Roraima, especialmente à cidade de Boa Vista. Trata-se de programa de adesão voluntária que exige dos migrantes a regularização de sua documentação brasileira, a imunização e a assinatura de termo de voluntariedade.

Desenvolvido com o objetivo de enviar a outros estados brasileiros imigrantes atualmente concentrados em três cidades, a interiorização surge como solução duradoura, com conceito próximo à integração local, oferecendo aos venezuelanos acesso a oportunidades de trabalho em outros estados do País e, ao mesmo tempo, diminuindo a pressão suportada pelo estado de Roraima.

Como próximo passo da resposta à crise migratória venezuelana, a intensificação do programa de interiorização tende a tornar-se um dos pilares da força-tarefa logística humanitária, com a conseqüente redução do número de abrigos em funcionamento em Roraima e melhor distribuição da diáspora venezuelana dentro do Brasil. Também a mobilização do contingente migratório a outras cidades facilita o acesso dos migrantes a oportunidades de trabalho, contribuindo para a concretização de seus direitos e garantias fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Não há dúvida de que a escolha da solução da integração local dos venezuelanos como principal estratégia pelo Estado brasileiro é uma opção relevante no contexto humanitário de acolhimento das pessoas vindas do país vizinho e compatível com a importância do papel histórico assumido pelo Brasil na questão do refúgio perante a comunidade internacional.

Sobre os autores

Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor de Direito nos cursos de graduação e pós-graduação da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz da Justiça Federal, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: marceloltavares@globo.com

Tássia de Oliveira Sodré é mestra na área Refugiados e Migração Forçada pela University of London, Londres, Reino Unido; trabalhadora humanitária do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, Boa Vista, RR, Brasil.

E-mail: tassiasodre@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

TAVARES, Marcelo Leonardo; SODRÉ, Tássia de Oliveira. Cruzando a fronteira: a questão dos refugiados no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 49-70, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p49

(APA)

Tavares, M. L., & Sodré, T. de O. (2020). Cruzando a fronteira: a questão dos refugiados no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 49-70. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p49

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Declaração de Cartagena*. [S. l.]: ACNUR, [1984]. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina*. [S. l.]: ACNUR, [2004]. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados*. [S. l.]: ACNUR, [1967]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967. Acesso em: 29 abr. 2020.

ANDRADE, José H. Fischel de. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica: 1921-1952*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARBOSA, Joelma Carmo de Melo. *Reassentamentos urbanos de imigrantes palestinos no Brasil: um estudo de caso do “campo” de Brasília*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=16648@1>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. [Brasília, DF]: ACNUR: Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Refugio-no-Brasil_A-protecao-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Americas-2010.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Decreto nº 9.277, de 5 de fevereiro de 2018*. Dispõe sobre a identificação do solicitante de refúgio e sobre o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9277.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961*. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *EM nº 00034/2018 MP*. Abre crédito extraordinário, no valor de R\$ 190.000.000,00 (cento e noventa milhões de reais), em favor do Ministério da Defesa. Brasília, DF: Planalto, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Exm/Exm-MP-823-18.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13445.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018*. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Medida Provisória nº 820, de 15 de fevereiro de 2018*. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária. Brasília, DF: Presidência da República, 2018d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv820.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Refúgio em números*. 3. ed. [Brasília, DF]: Ministério da Justiça, [2018e]. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121/RR*. Trata-se de ação cível originária ajuizada pelo Estado de Roraima em face da União, em que pleiteada a concessão de tutela antecipada para ordenar à requerida a imediata atuação na área de fronteira Brasil/Venezuela [...]. Autor: Estado de Roraima. Ré: União. Relatora: Min. Rosa Weber, 23 de agosto de 2018f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28%283121%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/rkj65nq>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Extradicação 615/BO*. Extradicação executória. Natureza do processo extradicional. Limitação ao poder jurisdicional do STF. Tribunal de exceção. Crime político relativo. Prescrição da ação [...]. Requerente: Governo da Bolívia. Extraditando: Luis Garcia Meza Tejada. Relator: Min. Paulo Brossard, 19 de outubro de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324821>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Extradicação 694/IT*. Extradicação executória de penas. Prescrição. Crimes políticos: critério da preponderância. 1. O extraditando foi condenado pela Justiça italiana, em julgamentos distintos, a três penas de reclusão [...]. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Luciano Pessina. Relator: Min. Sydney Sanches, 13 de fevereiro de 1997b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324883>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Extradicação 1.008/CO*. Extradicação: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando – então sacerdote da Igreja Católica – em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Questão de ordem [...]. Requerente: Governo da Colômbia. Extraditando: Francisco Antonio Cadena Collazos ou Oliverio Medina ou Camilo Lopez ou Cura Camilo. Relator originário: Min. Gilmar Mendes. Relator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, 21 de março de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479118>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Extradicação 1.085/IT*. 1. Extradicação. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia [...]. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Cesare Battisti. Relator: Min. Cezar Peluso, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Extradicação 1.385/DF*. Extradicação instrutória. Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru. Crime de colusão desleal. Dupla tipicidade. Observância. Requisitos específicos do Tratado. Preenchimento. Prescrição. Inocorrência. Análise do mérito da ação penal. Impossibilidade [...]. Requerente: Governo do Peru. Extraditando: Javier Manuel Revilla Palomino ou Javier Revilla Palomino. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de agosto de 2017c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465516>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CONGOLESE refugee camps in Rwanda “full”. *The New Humanitarian*, Kigali, 27 Mar. 2013. Disponível em: <http://www.thenewhumanitarian.org/news/2013/03/27/congolese-refugee-camps-rwanda-full>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. *Resolução Normativa Conselho Nacional de Imigração nº 84*. Disciplina a concessão de autorização para fins de obtenção de visto permanente para investidor estrangeiro – pessoa física. [Brasília, DF: s. n.], 2009. Disponível em: <http://www.deloitte.com.br/publicacoes/2009all/022009/Diversos/res84.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

DADOS sobre refúgio no Brasil. *ACNUR Brasil*, [s. l.], 2018]. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

DESLOCAMENTO forçado atinge recorde global e afeta uma em cada 113 pessoas no mundo. *ACNUR Brasil*, [s. l.], 20 jun. 2016. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2016/06/20/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-em-cada-113-pessoas-no-mundo/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ENTENDA as diferenças entre refúgio e asilo. *Ministério da Justiça e Segurança Pública*: Governo Federal, Brasília, DF, [2014]. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ESPAÑA N., Luis Pedro; PONCE Z., Maria G. *Encuesta sobre condiciones de vida en Venezuela*. [S. l.]: UCAB, 2018. Disponível em: <https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/ENCOVI-2017-presentación-para-difundir-.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

GATRELL, Peter. *The making of the modern refugee*. Oxford, UK: Oxford University Press, [2013].

GILLESPIE, Patrick. La crisis de refugiados en Venezuela genera retos en el crecimiento económico de Colombia. *CNN*, [s. l.], 23 Feb. 2018. Disponível em: <http://cnnespanol.cnn.com/2018/02/23/la-crisis-de-refugiados-en-venezuela-genera-retos-en-el-crecimiento-economico-de-colombia/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. *The refugee in international law*. 3rd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. Battisti e o direito internacional dos refugiados. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 11 jun. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-11/battisti-direito-internacional-refugiados>. Acesso em: 29 abr. 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. *REMHU*: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Brasília, DF, ano 22, n. 43, p. 11-33, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/1980-85852503880004302>. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22_n43/v22n43a02.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

KAGAN, Michael. “We live in a country of UNHCR”: the UN surrogate state and refugee policy in the Middle East. *New Issues in Refugee Research*, Geneva, n. 201, p. 1-25, Feb. 2011. Disponível em: <http://www.unhcr.org/research/working/4d5a8cde9/live-country-unhcr-un-surrogate-state-refugee-policy-middle-east-michael.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

LEAGUE OF NATIONS. Arrangement with respect to the issue of certificates of identity to Russian refugees. *League of Nations, Treaty Series*, [s. l.], v. 13, n. 355, p. 238-242, 1922. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

LOW, Ana. Local integration: a durable solution for refugees? *Forced Migration Review*, Oxford, UK, n. 25, p. 64-65, May 2006. Disponível em: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/peopletrafficking/low.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. [S. l.]: ACNUR, [1951]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.]: OHCHR, [1948]. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

NADEAU, Barbie Latza. Cesare Battisti, the murderer taunting Italy. *Newsweek*, [s. l.], Jan. 26, 2011. Disponível em: <http://www.newsweek.com/cesare-battisti-murderer-taunting-italy-67017>. Acesso em: 29 abr. 2020.

NTHENGWE, David. UNHCR and Rwanda seek enduring solution for protracted refugee situation. *UNHCR: The UN Refugee Agency*, Kigali, 20 Oct. 2009. Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/latest/2009/10/4addd7fd9/unhcr-rwanda-seek-enduring-solution-protracted-refugee-situation.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. [S. l.]: CIDH, [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

PINES, Giulia. The contentious history of the passport. *National Geographic*, [s. l.], May 16, 2017. Disponível em: <https://www.nationalgeographic.com/travel/features/a-history-of-the-passport/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

POORER countries host forcibly displaced port shows. *UNHCR: The UN Refugee Agency*, Geneva, 27 Feb. 2017. Disponível em: <http://www.unhcr.org/news/latest/2017/2/58b001ab4/poorer-countries-host-forcibly-displaced-report-shows.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

REFUGEE and asylum seekers from DRC. *Operational Portal Refugee Situations*, [s. l.], 31 Mar. 2020. Disponível em: <https://data2.unhcr.org/en/situations/drc?id=182>. Acesso em: 29 abr. 2020.

RODRIGUES, Alex. Roraima pede ao STF fechamento da fronteira com a Venezuela. *Agência Brasil*, Brasília, DF, 13 abr. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-04/roraima-pede-ao-stf-que-determine-fechamento-da-fronteira-com-venezuela>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ROTHMAN, Lily; RONK, Liz. This is what Europe's last major refugee crisis looked like. *TIME*, [Los Angeles], Sept. 11, 2015. Disponível em: <https://time.com/4029800/world-war-ii-refugee-photos-migrant-crisis/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SLAUGHTER, Amy; CRISP, Jeff. A surrogate state?: the role of UNHCR in protracted refugee situations. *New Issues in Refugee Research*, Geneva, n. 168, p. 1-15, Jan. 2009. Disponível em: <https://www.unhcr.org/research/working/4981cb432/surrogate-state-role-unhcr-protracted-refugee-situations-amy-slaughter.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SPINDLER, William. The Mexico Plan of Action: protecting refugees through international solidarity. *Forced Migration Review*, Oxford, UK, n. 24, p. 64-65, Nov. 2005. Disponível em: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/sudan/spindler.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SYRIA emergency. *UNHCR: The UN Refugee Agency*, [s. l., 201-]. Disponível em: <http://www.unhcr.org/syria-emergency.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

TRINTA anos após Declaração de Cartagena para os Refugiados, ONU inicia consulta sobre o tema. *Nações Unidas Brasil*, [Brasília, DF], 20 mar. 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/trinta-anos-apos-declaracao-de-cartagena-para-os-refugiados-onu-inicia-consulta-sobre-o-tema/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

O princípio da reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”

Revisitando a cláusula de redução equitativa da indenização

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

JOSÉ ROBERTO DELLA TONIA TRAUTWEIN

Resumo: O intuito deste trabalho é delinear os critérios objetivos que conferem caráter humanitário ao parágrafo único do art. 944 do Código Civil, sem que para isso seja necessário retornar ao paradigma da responsabilidade civil do século XIX, baseado na culpa do infrator e no dever da vítima de comprová-la. A fim de cumprir essa finalidade, far-se-á uso do método dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfico, para ao final apontar a necessidade de serem observados os valores estipulados na Constituição brasileira relacionados ao instituto de responsabilidade civil (entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana) que não estejam vinculados apenas à culpa do infrator.

Palavras-chave: Princípio da reparação integral dos danos. Cláusula geral de redução equitativa da indenização. Culpabilidade. Dignidade da pessoa humana.

The principle of full compensation and the “counteroffensive of culpability”: revisiting the general clause of equitable reduction of compensation

Abstract: The aim of this piece of work is to outline the objective criteria that give the sole paragraph of article 944 of the Civil Code a humanitarian character, though having to return to the 19th century tort law paradigm, which is based on the offender’s guilt and the victim’s duty to prove it. In order to fulfill this purpose, the deductive method and the bibliographic research procedure will be used. Therefore, it will lead to pointing out the need to observe the values stipulated in Brazil’s Constitution that are related to the tort law. Among such values is the principle of dignity of the human person, which is not linked solely and only to the fault of the offender.

Recebido em 20/2/20

Aprovado em 30/3/20

Keywords: The principle of full compensation. The general clause of equitable reduction of compensation. Culpability. Dignity of the human person.

1 Introdução

“Tout le dommage, mais rien que le dommage!”¹ (JOURDAIN, 2010, p. 146). Com essa expressão, o Direito francês inscreveu o princípio da reparação integral num sistema fortemente marcado pela *faute*². Tal fato sinaliza um paradoxo: a obrigação de reparar os danos deve ser medida por um critério objetivo (o dano) num sistema de forte base subjetiva em que a culpa é alçada a pedra angular da responsabilidade civil.

O Código Civil brasileiro (CC) inscreveu em seu art. 944 o princípio segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”, atestando a prevalência do dano sobre a culpa. Porém, em seu parágrafo único apresenta uma cláusula geral de redução equitativa da indenização, permitindo que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, [2020]).

Nota-se uma disparidade entre o *caput* e o parágrafo único do art. 944, o que leva a indagar se há uma “contraofensiva da culpabilidade” ou mesmo um retorno ao voluntarismo jurídico que marcou o sistema de responsabilidade civil moderno, inspirado no liberalismo e no individualismo, que atrelaram a culpa à liberdade ética do indivíduo. Tais indagações norteiam a interpretação da cláusula geral de redução equitativa da indenização, a fim de conciliá-la com o princípio da reparação integral, desfazendo o paradoxo inicialmente anunciado.

Em contraposição à tendência de objetivação da responsabilidade civil e solidarização dos riscos, Viney (1965, p. 210-212) identificou a “contraofensiva da culpabilidade”, que firma a gradação da culpa em grave, leve e levíssima para o estabelecimento da obrigação de reparar os danos. O Direito brasileiro não escapou a esse movimento que identifica a culpa exclusiva da vítima como causa de exclusão do nexo de causalidade e como critério para a redução equitativa da indenização. Se, por um lado, tais casos poderiam ser considerados uma herança do voluntarismo jurídico,

¹ Tradução nossa: “todo o dano, mas nada mais que o dano!”.

² Segundo Lalou (apud VINEY, 1965, p. 207): “La faute est l’acte fait sans droit contre le droit d’autrui”. Tradução nossa: “A culpa é o ato realizado sem direito contra o direito de outrem”.

que busca manter incólume a vontade como fundamento da responsabilidade civil, por outro, decorre do resgate de seu caráter sancionatório ou punitivo em desfavor das condutas culposas (SCHREIBER, 2013, p. 49).

Quer se trate de um ou de outro argumento, assentar a redução equitativa da indenização na culpa foge ao contexto em que se inscreve o princípio da reparação integral, pois ela se volta para um paradigma já superado na responsabilidade civil – centralizado na culpa e no ofensor –, destoando do caráter de instrumento de promoção da vítima e o dano. Com efeito, o presente trabalho tem a finalidade de investigar critérios objetivos que confirmam um caráter humanitário ao parágrafo único do art. 944 do CC, sem que para isso seja preciso retornar ao paradigma de responsabilidade civil do século XIX.

Para cumprir tal objetivo, o trabalho utiliza-se do método dedutivo e do procedimento de pesquisa documental bibliográfico, que parte do contexto da investigação do lugar da culpa da responsabilidade civil para posteriormente localizá-la no princípio da reparação integral, em busca de critérios objetivos para a redução equitativa da indenização.

2 A reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”

A culpa é a pedra angular da responsabilidade civil oitocentista, que inspirou os redatores da codificação francesa de 1804, transpondo-se para os demais códigos que se lhe seguiram no século XIX. Por influência do liberalismo e do individualismo, estabeleceu-se que o dever de reparar os danos só poderia ser imputado ao seu autor quando decorrente do mau uso da liberdade individual (SCHREIBER, 2013, p. 12). Assim, a culpa tornou-se o critério da responsabilidade civil subjetiva, sendo não apenas suficiente, mas necessária para determinar a obrigação de indenizar (TUNC, 1989, p. 56). Trata-se não apenas da condição da responsabilidade, mas da medida da própria reparação (VINEY, 1965, p. 14), de modo que se afirma que “não há responsabilidade sem culpa”.

Essa ligação entre a culpa e a liberdade ética do indivíduo ocultava as verdadeiras razões que levaram à eleição do princípio da culpa como fundamento da responsabilidade civil, que não mais se justificam diante das transformações do grande capital, como afirma Figueira (1989, p. 204):

a incapacidade econômica de uma sociedade mercantil, sujeita a crises freqüentes, e na necessidade de protecção da indústria nascente, cujo desenvolvimento não pode ser onerado por uma responsabilidade civil que não seja baseada na culpa. A iniciativa privada e a livre circulação

das mercadorias impõe, nesta fase do capitalismo concorrencial, que os agentes econômicos, pessoas físicas de fraco poder econômico, numa sociedade onde o seguro é rudimentar, não sejam confrontados com encargos de indenização por factos para os quais não contribuíram culposamente e, por outro lado, que a livre contratação para a circulação das mercadorias não seja dificultada com pretensos prejuízos de credores com os quais os terceiros não se encontram vinculados.

O princípio da culpa está ligado a uma fase do desenvolvimento econômico da sociedade, baseada na produção agrícola e na pequena indústria (FIGUEIRA, 1989, p. 204). Nessas condições, o dano somente seria indenizado quando causado por culpa, pois a sociedade moderna baseava-se num sistema de propriedades individuais, que somente se tutelavam no momento de confronto com o comportamento negligente do ofensor (FIGUEIRA, 1989, p. 204).

O sistema baseado na livre determinação dos sujeitos revelou-se insuficiente diante do desenvolvimento econômico, suscitado pelo advento das sociedades pós-industrializadas. Os acidentes de trabalho, os acidentes de consumo e os danos ao meio ambiente multiplicaram-se, diminuindo a importância da culpa como critério da responsabilidade civil. Para tanto, instituíram-se presunções de culpa, em que se desloca o ônus da prova da vítima para o ofensor, alcançando, por vezes, teor absoluto. Trata-se de uma solução intermediária, que, segundo Schreiber (2013, p. 31),

impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa, ao mesmo tempo em que negava acolhida à teoria do risco como novo fundamento da responsabilidade. Na prática, todavia, as presunções de culpa foram passando, por meio da atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor que isso equivalia a dispensá-la para fins de responsabilização.

Com base no princípio da solidariedade, atribuíram-se os riscos da atividade econômica aos proprietários dos meios de produção. Pelo critério do risco, os empresários passaram a suportar os perigos de sua atividade econômica. Por outro lado, a responsabilidade pelos riscos foi transferida para o sistema de seguros, ensejando o pagamento de prêmios, que entram no custo das mercadorias, arcando toda a coletividade com o ressarcimento dos danos, o que leva a uma socialização das perdas. Passa-se, então, a cogitar da responsabilidade sem culpa, idealizada por um processo de objetivação, que dispensa o nexo de responsabilidade, a culpa e a ilicitude do ato (FIGUEIRA, 1989, p. 202).

As hipóteses de presunção da culpa foram convertidas em responsabilidade objetiva tal como o fez o CC: seu art. 927, parágrafo único, passou a conferir ao juiz o poder de criar hipóteses de responsabilidade objetiva

distintas das já previstas em lei. Adotou-se a “regra geral de responsabilidade objetiva para as atividades de risco”, segundo a qual “incorre na obrigação de indenizar, independente de culpa, sempre que sejam produzidos danos no decurso de atividades determinadas, realizadas no seu interesse ou sob seu controle” (MORAES, 2006b, p. 15).

Forma-se um sistema dualista de responsabilidade civil, no qual subsistem a culpa e o risco. A primeira tem em sua base o modelo de justiça comutativa, cujas regras se concentram na conduta do ofensor, ao passo que a segunda corresponde à justiça distributiva, concentrando-se na vítima e nos danos, ensejando a socialização dos riscos por meio de um sistema de seguro coletivo (MORAES, 2006b, p. 20). Tais mudanças revelam, segundo Moraes (2006b, p. 19), uma

passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código Civil de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código Civil de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado.

O fundamento constitucional desse modelo dualista é o princípio da solidariedade, traduzido no dever de respeito à diferença e responsabilidade para com o outro (MORAES, 2006b, p. 25). Nessa relação, não se exige mais a reciprocidade, característica da garantia de liberdade econômica e atividades empresariais, mas a proporcionalidade, que se ocupa da proteção da pessoa injustamente lesada e da distribuição de suas perdas para a sociedade (MORAES, 2006b, p. 19-26). É possível constatar a relação solidarista entre a vítima do dano injusto e a coletividade, valorizando-se, em última instância,

a pessoa humana (MORAES, 2006b, p. 27) e a reparação integral dos danos por ela sofridos.

Há significativa alteração nos fundamentos da responsabilidade civil. Considerando-se que o art. 2º da Constituição italiana (ITALIA, 2012) é norma diretamente aplicável que exprime os princípios fundamentais da tutela da pessoa humana, interpreta-se a cláusula geral do art. 2.043 do *Codice Civile* (ITALIA, [2019]), segundo a qual o dano injusto supera a concepção tradicional de responsabilidade civil como lesão ao direito subjetivo (FLAMINI, 2013, p. 4). Para tanto, considera-se o princípio da solidariedade como um “parâmetro de confronto do juízo de responsabilidade” que atua como limite interno da conduta do agente e valora situações subjetivas lesadas pelo dano injusto. De acordo com Flamini (2013, p. 5, tradução nossa), “a exigência de injustiça ligada ao princípio da solidariedade torna a cláusula geral uma fórmula aberta, capaz de abarcar todos os casos danosos suscetíveis de serem definidos com base e mesmo como fonte da obrigação ressarcitória”³.

Essa leitura solidarista rompe com a concepção, antes prevalecente no Direito italiano, segundo a qual o dano não patrimonial somente poderia ser ressarcido em casos previstos em lei. Considerando que cabe ao intérprete delimitar a área dos danos merecedores de ressarcimento, o dano injusto é produto de uma lesão, tanto do interesse patrimonial, protegido pelo ordenamento jurídico, como de interesses existenciais protegidos em âmbito constitucional, como a vida, a saúde e a dignidade humana (FLAMINI, 2013, p. 10). Exemplar é o papel exercido pela jurisprudência, ao delinear hipóteses de danos não patrimoniais derivados de lesão a interesses

³No original: “il requisito dell’ingiustizia collegato al principio di solidarietà fa della clausola generale una formula aperta, capace di abbracciare ogni fattispecie dannosa suscettibile di essere definita in base ad esso come fonte dell’obbligazione risarcitoria”.

constitucionalmente previstos, como o fez em relação ao dano biológico (FLAMINI, 2013, p. 8). Tal ruptura baseia-se numa releitura do princípio da solidariedade em âmbito constitucional, como revela Flamini (2013, p. 14, tradução nossa):

O princípio da solidariedade tem um campo geral e unitário pelo qual os comportamentos dos sujeitos devem sempre se uniformizar aos parâmetros constitucionais; portanto, também na execução das prestações de uma relação obrigacional, a solidariedade não é mais unicamente econômica como delineada pelo Código Civil, mas tem fins políticos, econômicos e sociais que exprimem a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos.⁴

Por conseguinte, a responsabilidade civil não se exaure na função de tutela de situações estritamente patrimoniais, mas se configura na lesão à pessoa e às situações existenciais (FLAMINI, 2013, p. 6), já que a leitura constitucional transmuta sua feição, essencialmente patrimonialista, como instituto de defesa da propriedade e das situações subjetivas patrimoniais, para uma concessão personalista, que traz ao primeiro plano as situações existenciais e o seu papel de valores primários do ordenamento jurídico (FLAMINI, 2013, p. 14).

De modo semelhante, os princípios da solidariedade e da justiça distributiva, previstos no art. 3º, I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), moldam novos contornos para a responsabilidade civil no Direito brasileiro (TEPEDINO, 1999, p. 176).

Eles sinalizam uma ruptura com a feição individualista e subjetiva da reparação dos danos e impõem a socialização e objetivação dos critérios de reparação. Concorrem a previsão legislativa de hipóteses de responsabilidade objetiva⁵ e o trabalho tecido pela jurisprudência, ampliando os parâmetros da reparação civil e da repartição social dos danos (TEPEDINO, 1999, p. 176).

Assim, o dano passa a ocupar posição central na responsabilidade civil, na medida em que, sem ele, não subsistirá o dever de indenizar, passando-se a um “direito de danos”. A nova expressão traduz a ideia segundo a qual a vítima de um dano não pode ficar sem reparação. É o princípio da reparação integral, que encontra fundamento no princípio da igualdade de todos perante a lei (LORENZETTI, 2016, p. 370) ou também no princípio da dignidade da pessoa humana, ao determinar a irrestrita compensação dos danos morais (art. 5º, V e X, da CRFB) (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 3).

Em reação a isso, considerando uma possível “imoralidade da doutrina do risco”, o Direito francês buscou preservar o primado da culpa, retirando-lhe o conteúdo moral ou psicológico. Passa-se a caracterizar a culpa como um erro de conduta que não teria sido cometido pelo bom pai de família ou como o dever de não causar dano a outrem, que, uma vez violado, caracterizaria a conduta culposa⁶.

Entretanto, é no princípio da culpa da vítima que se diminui ou até mesmo se exclui a indenização, uma vez que seu papel é redimensionado como pena privada na responsabilidade civil (JOURDAIN, 2010, p. 21). Nesse contexto,

⁴No original: “Il principio di solidarietà ha una portata generale ed unitaria per cui i comportamenti dei soggetti devono sempre uniformarsi ai parametri costituzionali; pertanto anche nell’esecuzione delle prestazioni di un rapporto obbligatorio la solidarietà non è più soltanto economica come delineata dal codice civile, ma ha fini politici, economici e sociali ed esprime la cooperazione e l’eguaglianza nell’affermazione dei diritti fondamentali di tutti”.

⁵Ver art. 5º, V e X; art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII, c; art. 37, § 6º, da CRFB (BRASIL, [2019a]); Lei nº 8.078/1990 (BRASIL, [2017a]).

⁶Viney (1965, p. 87-89) assevera que tais concepções foram elaboradas por autores como Mazeaud, Josserand, Ripert e Savatier, com o propósito de preservar o “primado da culpa” e canalizar a aplicação das novas teorias sobre responsabilidade civil.

Tunc (apud JOURDAIN, 2010, p. 21) identifica um paradoxo: a vítima é penalizada por sua culpa, ao passo que o ofensor frui de um seguro obrigatório, que lhe confere imunidade, restando àquela suportar parcialmente – e, por vezes, na sua integralidade – a carga do dano. A injustiça dessa situação leva o autor a atribuir papel extremamente importante à culpa na responsabilidade por acidentes de veículos, sobretudo porque “a responsabilidade fundada na culpa parece justificável e útil, mesmo se a culpa é mínima e se ela atrai consequências graves [...] a culpa constitui aqui o único meio possível de equilibrar e harmonizar os interesses variados do indivíduo e da sociedade” (TUNC, 1989, p. 130-131, tradução nossa)⁷.

Ao realizar um exame atento dessas situações, Viney (1965, p. 210-212) identificou a “contraofensiva da culpabilidade”, notadamente num movimento de qualificação da culpa em graves, gravíssimas, inescusáveis e intencionais, contrariando a tendência de declínio da responsabilidade individual. Trata-se de verdadeira contradição, que, segundo a autora, logo se desfaz, quando se atenta para a dupla função da culpa no sistema de responsabilidade individual: (i) como condição de reparação dos danos, a culpa exerce um papel indenizatório, que designa o titular do patrimônio como responsável; e (ii) ao definir as ações culpáveis e submetidas a sanção, exerce um papel repressivo e preventivo. Se em seu papel indenizatório, a culpa deve ser desconsiderada para dar lugar a critérios mais eficientes, quando está em jogo a responsabilidade coletiva, ela permanece eficaz como instrumento repressivo da responsabilidade individual. “É, com efeito, com um objetivo preventivo e repressivo, isto é,

⁷ No original: “la responsabilité fondée sur la faute semble justifiée et utile, même si la faute est minime et si elle entraîne des conséquences très lourdes. [...] la faute constitue ici le seul moyen possible d'équilibrer et d'harmoniser les intérêts le variés de l'individu et de la société”.

como instrumento normativo sobre a ação do devedor da indenização que a culpa parece útil como fundamento da ação de responsabilidade” (VINEY, 1965, p. 206, tradução nossa)⁸.

No Direito brasileiro, é possível identificar esse movimento na culpa exclusiva da vítima⁹, como excludente de responsabilidade objetiva e na redução equitativa da indenização (SCHREIBER, 2013, p. 49-50). Tais casos poderiam ser interpretados como herança do voluntarismo jurídico, os quais insistem em manter incólume a vontade como fundamento da responsabilidade civil, rendendo-lhe contornos subjetivistas. Todavia, diversamente, seria possível afirmar que a culpa ainda subsiste, não como fundamento, mas como elemento ou aspecto do juízo de responsabilidade (SCHREIBER, 2013, p. 51). Eis a discussão que compõe o pano de fundo do princípio da reparação integral, uma vez que sua limitação passa a ser delineada pela culpa, no parágrafo único do art. 944 do CC, indagando-se por uma “contraofensiva da culpabilidade”¹⁰.

3 O princípio da reparação integral dos danos

A extensão do direito à reparação do dano é governada pelo princípio da reparação integral¹¹,

⁸ No original: “C'est en effet, pour un but préventif et répressif, c'est-à-dire comme instrument normatif sur l'action du débiteur d'indemnité que la faute apparaît utile à la base de l'action en responsabilité”.

⁹ Afastando o teor subjetivista dessa excludente de responsabilidade, Cavalieri Filho (2009, p. 64) prefere designá-los como “fato exclusivo da vítima”.

¹⁰ Fazendo referência à tendência identificada por Viney, Schreiber (2013, p. 49) utiliza a expressão “contraofensiva da culpa”.

¹¹ Registra-se, com base em Monteiro Filho (2018, p. 5), sua qualificação como princípio, pois “mercê de sua estrutura aberta, observa-se que a reparação integral não procura reger determinado comportamento, tampouco estabelecer parâmetros para a incidência de determinada normativa. Em rigor, traduz pilar essencial da responsabilidade civil,

que consiste na adoção de todas as medidas para que o lesado retorne à situação em que se encontrava anteriormente (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p. 859). Essa relação de equivalência entre a reparação e o dano, embora ausente em disposição expressa da codificação anterior (FACCHINI NETO, 2003, p. 181-182), já orientava a doutrina e a jurisprudência brasileiras (CRUZ, 2005, p. 313-314), que buscavam acomodá-la no art. 1.059 do Código Civil de 1916 (BRASIL, [2002]; SANSEVERINO, 2010, p. 50). O codificador de 2002 inspirou-se nela, ao estabelecer no *caput* do art. 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, [2020]).

É possível notar que a culpa, eventualmente cometida pelo ofensor, não tem lugar quando se mede a extensão do direito à reparação da vítima. Não importariam os graus de culpa do ofensor, seja ela leve ou levíssima, nem sequer o caráter punitivo, afeto à responsabilidade penal. Aqui, a extensão do dano é o critério fundamental da indenização, “deixando claro a prevalência do dano sobre a culpabilidade na fixação da indenização correspondente aos prejuízos ensejados pelo ato ilícito” (SANSEVERINO, 2010, p. 50). Seu fundamento escapa a critérios subjetivos, voltando-se para o princípio da justiça comutativa (SANSEVERINO, 2010, p. 57), pois trata-se de um princípio que decorre da necessidade em restabelecer o equilíbrio destruído pelo dano e recolocar a vítima na situação em que estava anteriormente. Desse modo, a “regra se coadunaria com o deslocamento do foco da responsabilidade civil da figura do ofensor para a da vítima, objetivando-se a mais ampla reparação possível pelos danos por esta sofridos” (BANDEIRA, 2012, p. 10).

verdadeiro mandado de otimização, que visa a promover a reparação completa da vítima, na medida da extensão dos danos sofridos”.

O princípio da reparação integral encontrou desenvolvimento no Direito francês, ao ser enunciado na expressão “todo o dano, mas nada mais que o dano!” (JOURDAIN, 2010, p. 146, tradução nossa)¹². Dessa afirmação resulta a sua dupla função de piso e de teto indenizatório. A primeira busca assegurar a compensação da totalidade dos prejuízos, ao passo que a segunda procura evitar o enriquecimento sem causa do lesado.

No Direito brasileiro, Sanseverino (2010, p. 57) refere-se a essas funções (compensatória e indenitória) e ainda acrescenta uma terceira, a concretizadora. A função compensatória é mais característica a compor o conteúdo do princípio, pois consiste na relação de equivalência entre a indenização e os danos sofridos, atuando como um piso indenizatório, e referida expressamente no art. 944 do CC. A função indenitória, por sua vez, atua como um teto, não autorizando que a indenização ultrapasse a extensão dos prejuízos sofridos, a fim de evitar o enriquecimento sem causa. Dessa forma, o princípio previsto no art. 884 do CC atua como limitador intrassistêmico da norma de reparação integral (SANSEVERINO, 2010, p. 58-62). É também um obstáculo à indenização duplice, pelo mesmo fato, à obtenção de vantagens pelo evento danoso e afasta os *punitive damages* (SANSEVERINO, 2010, p. 63). A concretização da função compensatória é a terceira, para a qual a indenização deve corresponder aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima e avaliados concretamente pelo juiz. Em oposição a uma avaliação abstrata, os danos devem ser avaliados com base em prova produzida no processo, o que não afasta por completo seu controle pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (SANSEVERINO, 2010, p. 76).

¹²No original: “tout le dommage, mais rien que le dommage!”.

A exigência de equivalência entre o dano e a reparação suscita dificuldades quando está em jogo o dano extrapatrimonial. Considerando-se que sua reparação não é mera fórmula matemática, delinea-se uma das principais objeções ao princípio da reparação integral no Direito francês. Citando Viney, Sanseverino (2010, p. 78) assevera que o princípio perde todo seu significado diante de dano extrapatrimonial, uma vez que ele não tem conteúdo econômico. Ademais, a condição financeira da vítima, suas necessidades e seu estado não poderiam ser considerados para aumentar ou restringir o *quantum* indenizatório (JOURDAIN, 2010, p. 146), não sendo de todo razoável uma aplicação irrestrita do princípio a todos e quaisquer prejuízos (SANSEVERINO, 2010, p. 78). Na jurisprudência, de modo diverso, concede-se ao juiz ampla liberdade para estabelecer equitativamente a indenização por tais danos ou, valendo-se de prévia tarifação legislativa de valores indenizatórios, para aplicar o princípio da reparação integral àqueles danos (SANSEVERINO, 2010, p. 266).

Esse contexto reflete-se no Direito brasileiro, uma vez que a doutrina demonstra certa resistência à aplicação do princípio aos danos extrapatrimoniais (SANSEVERINO, 2010, p. 267). A jurisprudência brasileira segue os passos do Direito francês, conferindo ao juiz o poder de quantificar o dano moral. Desse modo, por meio de arbitramento judicial baseado na razoabilidade, ainda que não lhe faça referência expressa, aplica-se o princípio implicitamente. Há, nisso, segundo Sanseverino (2010, p. 269-270), uma aplicação mitigada do princípio da reparação integral no caso de dano extrapatrimonial. Como consequência, rejeita-se a tendência de tarifamento da compensação por danos morais, estabelecida pelo próprio legislador; assegura-se a igualdade de tratamento na fixação das indenizações; evita-se a estipulação de valores excessivamente altos ou muito baixos, que destoem da extensão dos prejuízos sem conteúdo econômico; e cuida-se para que o arbitramento da indenização corresponda ao interesse do bem jurídico lesado (SANSEVERINO, 2010, p. 269-270).

A adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do dano moral, segundo Moraes (2007, p. 306), também influencia o critério da reparação integral. A lesão à dignidade da vítima é suficiente para afastar critérios como a sua condição econômica ou nível social, sendo imprescindível considerar sua singularidade. Para que a reparação do dano seja integral, é necessário valorar as condições pessoais do lesado, de modo a “buscar aproximar a reparação dos danos morais efetivamente sofridos pelas diferentes vítimas, com a finalidade de compensá-las no modo o mais completo possível” (MORAES, 2007, p. 309).

A despeito de o princípio da reparação integral ser a regra, Viney (1965, p. 310) salienta que não é possível esconder que, no Direito francês, os juízes não o afirmam, senão para constantemente o violar. Tal paradoxo

é desenhado pela culpa do autor do dano, cujo grau é apreciado para estabelecer a extensão da condenação. E essa tendência ocorre notadamente em relação ao dano moral, que confere ao juiz ampla liberdade de avaliação, o que resulta numa condenação proporcional à culpa do autor do dano. Viney (1965, p. 310, tradução nossa) ressalta que “os tribunais violam por vezes esse instintivo método de cálculo sob a cobertura da causalidade. Eles vinculam, assim, às culpas graves uma força causal muito mais vasta que às faltas leves e chegam a atribuir-lhe, sem atentado aparente ao princípio da reparação integral”¹³.

Essa reação dos tribunais franceses ao princípio não escapou ao Direito brasileiro. Lopes (1995, p. 398), ao discorrer sobre a repercussão da condição econômica da vítima ou do responsável na composição do dano, apresenta o exemplo de empregada doméstica que consegue, a muito custo, adquirir a casa própria; todavia, no exercício de seu trabalho, esquece uma janela aberta, o que acarreta o furto de uma tela de alto valor de seus patrões. Nesse exemplo, desprezando-se a atual proteção do bem de família, indaga-se: seria justa a perda da casa pela empregada para ressarcir o prejuízo de seus patrões? Ao final, conclui que apenas a inferioridade financeira do infrator poderia interferir na reparação dos danos por equidade, a qual somente influiria “na decisão do Juiz quando a situação de fortuna da vítima ou de sua família pudesse, por sua vez, também influir sobre o montante do prejuízo, como se dá no caso de lesão à pessoa, que pode corresponder a uma perda de um lucro” (LOPES, 1995, p. 398). Assim, está-se diante da discussão sobre a influência do grau de culpa, se levíssima, leve ou grave, na fixação do valor da indenização.

Gonçalves (2003, p. 591) afirma que o CC não admite, em regra, que o grau de culpa do infrator repercuta no valor da indenização. Excepcionalmente, tem-se admitido essa análise, nos termos do parágrafo único do art. 944 do CC, que prevê que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, [2020]; FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 201). Trata-se de cláusula que dá ao juiz o poder de reduzir equitativamente a indenização quando haja excessiva desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano. No entanto, tal norma configura um paradoxo ao restaurar o grau da culpa como critério para a reparação do dano e, ao voltar suas atenções para o ofensor, posiciona-se na contramão da tendência solidarista da res-

¹³No original: “Les tribunaux violent parfois cette instinctive méthode de calcul sous le couvert de la causalité. Ils attachent ainsi aux fautes graves une portée causale beaucoup plus vaste qu’aux manquements légers et parviennent à leur attribuer, sans atteinte apparente au principe de la réparation intégrale”.

ponsabilidade civil, que preza a responsabilidade objetiva e a reparação integral da vítima (BANDEIRA, 2012, p. 12). Abre-se, então, um debate acerca da norma contida no parágrafo único do art. 944 do CC, que tem como pano de fundo a “contraofensiva da culpa”.

4 A dissociação da culpa na interpretação da cláusula geral de redução equitativa da indenização

O princípio da reparação integral pode atuar como limite à reparação ou ser objeto de limites impostos pela lei ou pela vontade das partes, o que pode levar a uma indenização mais reduzida ou mesmo inexistente (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 6). Nesta última perspectiva, a limitação pode incidir sobre a natureza do dano ou sobre o *quantum debeatur*.

Considerando-se a natureza dos danos, o art. 400 do CC subtrai do devedor isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa quando o credor está em mora. Há nisso um afastamento legal do princípio de que todo dano deve ser reparado (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 9), sobretudo na responsabilidade contratual. Igualmente, no art. 392 do CC, afasta-se a responsabilidade contratual da parte que se obrigou gratuitamente quando o dano por ela causado for resultante de culpa. O STJ consolidou esse entendimento na Súmula 145 (BRASIL, [2010]), equiparando o dolo à culpa grave no transporte gratuito. Entretanto, Monteiro Filho (2018, p. 8) salienta que a jurisprudência mais recente tem afastado a caracterização de responsabilidade contratual e do grau de culpa – neste caso, para estabelecer a responsabilidade extracontratual em favor da vítima, prevalecendo o princípio da reparação integral.

Considerando-se o *quantum debeatur*, a primeira limitação legal é encontrada no *caput* do art. 944 do CC, segundo o qual a indenização deve abarcar toda a extensão do dano. Trata-se de regra que se harmoniza com o art. 403 do CC, ao afastar a investigação da culpa no âmbito da responsabilidade contratual: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 11). Considerando tais fatos, os *punitive damages* mostrar-se-iam incompatíveis com o princípio da reparação integral quando se tratasse de danos morais, pois a

dificuldade de precisar a extensão do prejuízo moral somada à preocupação um tanto excessiva dos tribunais brasileiros em evitar o enriquecimento sem causa da vítima têm levado a indenizações muitas vezes ineficazes, atraindo para a discussão acerca do *quantum* indenizatório o argumento

do caráter punitivo, tradicionalmente estranho ao direito civil brasileiro (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p. 859).

O STJ tem adotado o caráter punitivo para a mensuração do valor da indenização dos danos morais. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.680.689/RJ, de relatoria do ministro Herman Benjamin, a 2ª Turma concluiu que a fixação do montante indenizatório deve ser feita com respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Pondera ainda que

[t]ambém devem ser observados, para a fixação da verba, o poder econômico do ofensor, a condição econômica do ofendido, a gravidade da lesão e sua repercussão, não se podendo olvidar da moderação, para que não haja enriquecimento ilícito ou mesmo desprestígio ao caráter punitivo-pedagógico da indenização (BRASIL, 2017b, p. 2).

Em vez de excluírem a indenização, as cláusulas limitativas de responsabilidade podem atuar como um teto indenizatório. É o caso dos arts. 412 e 413 do CC: eles estabelecem que a cláusula penal não pode ultrapassar o valor da obrigação e conferem ao juiz o poder de reduzi-la equitativamente quando se mostre excessiva ou tenha sido parcialmente cumprida (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 17).

As cláusulas que limitam ou excluem o dever de indenizar também atuam como limitação daquele princípio na esfera contratual, decorrente da autonomia privada. Segundo Monteiro Filho (2018, p. 9, grifo do autor), tais cláusulas obrigam o contrato “ao atendimento dos valores constitucionais, fazendo-se mister que os ajustes correspondam à efetiva vantagem para o credor, em *equilíbrio funcional* da relação jurídica”. Considerando tal equilíbrio, a Lei nº 8.078/1990 – que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) – sanciona as cláusulas que limitem ou exonerem a responsabilidade do fornecedor (art. 25), considerando-as abusivas (art. 51, I) (BRASIL, [2017a]). Note-se que, nas relações regidas por essa lei, há, “para fins de tutela do contratante vulnerável, uma sensível diferença em relação ao Código Civil/2002: a prevalência *absoluta* do princípio da *reparação integral dos danos*. Na legislação protetiva do consumidor inexistem tais restrições” (BERGSTEIN; MARQUES, 2017, p. 266, grifos das autoras).

O CDC cuidou de afirmar aquele princípio no art. 6º, VI, entre os direitos básicos do consumidor, o que se mostra incompatível com a cláusula geral de redução equitativa da indenização, prevista no parágrafo único do art. 944 do CC (SANSEVERINO, 2010, p. 126). Esse foi o fundamento utilizado pelo STJ para afastar o teto indenizatório estabelecido pelas Convenções de Varsóvia e de Montreal, em caso de extravio de bagagem no transporte aéreo nacional e internacional (SANSEVERINO,

2010, p. 126). No entanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) contrariou esse entendimento, estabelecendo a prevalência do limite indenizatório em transporte aéreo internacional, por entender que os tratados internacionais prevalecem sobre o CDC¹⁴. Ainda que não mencionado, o STF esvaziou de sentido o princípio da reparação integral nas relações de consumo.

O parágrafo único do art. 944 do CC contém uma exceção ao princípio da reparação integral, ao dispor que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, [2020]). Trata-se de uma cláusula geral, “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (ENGISCH, 1996, p. 229), conferindo ao julgador o poder de criar normas aplicáveis ao caso concreto¹⁵, a despeito da ausência de qualquer modelo de decisão pré-constituído, rendendo-lhe o caráter de uma norma incompleta. Nesse espaço de indeterminação intencional deixado pelo legislador, a cláusula geral desempenha as funções de abertura e mobilidade do sistema jurídico, que, ao mesmo tempo em que o integra de acordo com as mudanças sociais, lhe permite a recepção de elementos extrajurídicos e o retorno dialético a outras disposições internas do sistema (MARTINS-COSTA, 1999, p. 341). Para tanto, a subsunção revela-se insuficiente, requerendo-se a utilização do método tópico, que se instrumentaliza com os *topoi*, definidos como “toda e qualquer ideia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas” (LARENZ, 1997, p. 203). Nesse campo, o texto normativo apresenta como *topoi* a culpa e a equidade para delinear o conteúdo da cláusula de redução da indenização.

¹⁴“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: ‘Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor’. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento” (BRASIL, 2017c, p. 1).

¹⁵Viola (2013) preconiza que o disposto no parágrafo único do art. 944 do CC outorga maior discricionariedade ao magistrado, que não pode, contudo, ser confundida com arbitrariedade. “O poder discricionário outorgado ao juiz para alcançar a solução do caso concreto deve levar em consideração os princípios e valores da sociedade e não os valores pessoais do magistrado. Nesse aspecto, o modo de apreciar a extensão da redução equitativa deverá considerar todas as circunstâncias fáticas em correspondência com os ditames constitucionais [...] Em outras palavras, não basta que o magistrado determine o valor da redução, mas antes, deverá fundamentar adequada e criticamente as razões que o levaram àquele valor” (VIOLA, 2013, p. 241).

A cláusula de redução da reparação integral tem inspiração nos arts. 43 e 44 do Código Suíço das Obrigações¹⁶ e no art. 494º do Código Civil português¹⁷, que também se rendem à culpa, nos termos de sua enunciação. Desse modo, evidencia-se que ela acabou reintroduzindo o elemento subjetivo do ofensor para fins de redução equitativa da indenização. Essa contraofensiva, evidenciada por uma concepção subjetiva ou psicológica, característica do individualismo, contrapõe-se à concepção objetiva ou normativa, característica do solidarismo. A primeira diz respeito à intenção do infrator e tem como requisitos a infração de um dever preexistente, decorrente de ato praticado de forma livre e consciente por um indivíduo, e a previsibilidade do dano (BANDEIRA, 2012). Logo, a culpa estará condicionada à prática de ato que possa ser moralmente atribuído a uma pessoa (NORONHA, 2010). A objetiva ou normativa, por sua vez, tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência, que reconhecem a existência da culpa por meio do *standard* de comportamento do homem médio. Essa modalidade afasta qualquer discussão sobre a graduação da culpa para o reconhecimento do dever de indenizar. Torna-se irrelevante sua natureza levíssima, leve ou grave, procedendo-se à análise do procedimento adotado pelo indivíduo e aquele que seria realizado por um homem diligente, o que afasta qualquer averiguação sobre a intenção do agente (BANDEIRA, 2012).

Todavia, o entendimento do modelo de homem-médio tem-se alterado no espaço e no tempo¹⁸. Surge, pois, a discussão sobre a necessidade da fragmentação do modelo de conduta, valendo-se de padrões de comportamentos determinados para cada situação, mas sem abandonar a abstração. Assim, a constatação da culpa “ganha em objetividade, estimulando o efeito dissuasivo, sem as deficiências de um *standard* unívoco, que, correspondendo simplesmente à moralidade judiciária, acaba por projetar

¹⁶“Art. 43. 1. Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute. 2. Des dommages-intérêts ne peuvent être alloués sous forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés. Art. 44. [...] 2. Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts” (BANDEIRA, 2012, p. 13). Tradução nossa: “1. O juiz determina o modo e a extensão da reparação, de acordo com as circunstâncias e a gravidade da culpa. 2. As perdas e danos não podem ser concedidas na forma de uma prestação periódica se o devedor está, ao mesmo tempo, obrigado a fornecer garantias. [...] Quando o dano não foi causado intencionalmente nem por efeito de uma grave negligência ou imprudência, e sua reparação exporia o devedor ao desconforto, o juiz pode equitativamente reduzir as perdas e danos”.

¹⁷“Quando a responsabilidade se fundar em mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais características do caso o justifiquem” (PORTUGAL, [2019]).

¹⁸Lóbo (2013, p. 308) assevera que o padrão de homem-médio é alterado “no tempo e no espaço, e até mesmo nas classes e profissões, o que bem demonstra a grande dificuldade de caracterizar a culpa”.

um homem médio desconhecido para a média dos homens” (SCHREIBER, 2013, p. 41-43). Nesse contexto, o parágrafo único do art. 944 do CC não se aplica aos atos dolosos ou praticados com culpa grave, para os quais permanece íntegro o princípio da reparação integral. Sua incidência ocorre nas hipóteses de culpa leve ou levíssima, assim compreendidas como o erro de comportamento, no qual todos os indivíduos poderiam incidir (KFOURI NETO, 2006, p. 19). Por conseguinte, a concepção concreta de culpa mostra-se mais pertinente, uma vez que “avalia as especificidades da conduta do agente causador do dano em si e as suas circunstâncias” (SANSEVERINO, 2010, p. 206).

Considerando o papel da culpa na cláusula geral de redução da indenização, poderia parecer paradoxal cogitar sua incidência na responsabilidade objetiva¹⁹²⁰. Para Bandeira (2012), a norma se restringiria à responsabilidade subjetiva, uma vez que a objetiva prescinde de culpa, e não há autorização legal para fazê-lo, ao contrário do que estabelece o art. 494^o do Código Civil português. Compartilhando

¹⁹ Farias, Braga Netto e Rosenvald (2017, p. 205) advertem que “a extensão do parágrafo único do art. 944 à teoria do risco representa uma oportunidade para que o dimensionamento da culpa possa ocupar posição privilegiada na responsabilidade civil. Dessa vez, para estimular todo e qualquer agente econômico que, não obstante o risco inerente à sua atividade, atue no sentido de não medir esforços para mitigar a possibilidade de causar danos a terceiros”.

²⁰ Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 861) advertem que, “no que diz respeito à culpa como parâmetro para a redução da indenização, é de se considerar, todavia, que o conceito não se aplica à responsabilidade objetiva. Como antes explicado, o parágrafo único do art. 944 vem tutelar, justamente as excepcionais hipóteses em que se recomenda a divisão do risco social entre o autor do dano e a vítima. Ora, a responsabilidade objetiva é reservada pelo ordenamento brasileiro às atividades que geram, por si só, risco social excessivo (v. comentário ao art. 927), como a atividade nuclear, a circulação de produtos e serviços etc. Seria contraditório permitir que, naquelas hipóteses em que o legislador considerou que a atividade geraria risco excessivo e por isto dispensou a prova da culpa do agente, o juiz levasse em conta a baixa intensidade da culpa para reduzir a indenização, relançando parte do risco sobre a vítima do dano”.

tal entendimento, Sanseverino (2010, p. 123) reformulou seu posicionamento para sustentar a superação daquele paradoxo: basta substituir a expressão “gravidade da culpa” por “relevância da causa”, autorizando o julgador a reduzir equitativamente a indenização. Trata-se de um deslocamento do nexo de imputação para o nexo de causalidade, conferindo-se à culpa um posicionamento mais correto, não sendo mais vista como elemento de caracterização do ilícito, mas como critério de redução da indenização excessiva (SANSEVERINO, 2010, p. 123-126).

Considerando que a aplicação irrestrita do princípio da reparação integral poderia conduzir a injustiças, a equidade é apresentada pelo codificador de 2002 como uma “erupção tópica dentro do sistema de responsabilidade civil”, que estabelece *topoi* autorizadores de uma exceção àquele princípio (SANSEVERINO, 2010, p. 93-94). Para Amaral (2008, p. 90), é “um critério de decisão que leva em conta a singularidade de cada caso, apresentando-se sob a forma de cláusula geral, no sentido de enunciado de conteúdo variável, a precisar em cada caso”, que pode desempenhar uma função interpretativa, substitutiva ou integrativa. Retomada da concepção aristotélica, como a “justiça do caso concreto”, a equidade exerce uma função integrativa, concedendo ao julgador poderes para corrigir a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa do ofensor e a extensão do dano (SANSEVERINO, 2010, p. 92), dado que a “noção de equitativo aqui deve ser tomada como julgamento justo, senso de justiça, respeito à igualdade dos direitos das partes, para a imposição de uma condenação suficiente à reparação do dano” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 364).

Considerando-se a abertura concedida pela noção de equidade, presente na cláusula geral do parágrafo único do art. 944 do CC, torna-se

possível a utilização de critérios objetivos para a redução da indenização excessiva (BANDEIRA, 2012, p. 15). Nesse sentido, propõe-se com Monteiro Filho (2016, p. 13) que seu conteúdo seja complementado pelo juiz de acordo com os princípios constitucionais. Logo, a utilização da equidade para a fixação do montante da indenização permite que se pondere o patrimônio mínimo do infrator e o do lesado. Desse modo, se “o causador do dano for solvente e tiver capacidade para suportar o encargo da indenização sem recair em pobreza, a aplicação do parágrafo único do artigo 944 é de ser, em princípio, afastada”, pois a “*ratio* do dispositivo deve ser tão somente a de evitar reduzir o causador do dano a um estado de carência” (MONTEIRO FILHO, 2016, p. 12). Corroborava ainda esse entendimento o art. 833 do Código de Processo Civil (BRASIL, [2019b]), ao estabelecer um rol de bens impenhoráveis para assegurar o mínimo existencial do devedor.

Trata-se de um novo *topos* a ser considerado na aplicação da cláusula de redução de indenização: a condição econômica do ofensor. Como adverte Sanseverino (2010, p. 121), quanto maior for a repercussão no patrimônio do autor do dano, maior será a redução do *quantum* indenizatório; quanto menor a repercussão, menor a redução; e, se a repercussão econômica for mínima, o julgador poderá afastar completamente a norma de redução, de modo que a equidade modela o princípio da reparação integral.

Partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, Sanseverino (2010, p. 119) agrega a “existência digna”, prevista no art. 170, *caput*, da CRFB, como outro *topos* a ser considerado para delinear o conteúdo da cláusula geral de redução da indenização. Trata-se de um postulado normativo daquele princípio, capaz de estabelecer a medida de aplicação de normas que concretizam e operacionalizam a ordem econômica, de maneira que, quando estiverem em jogo tão somente interesses patrimoniais, será “plenamente aplicável a norma de redução da indenização, não havendo espaço para a atuação do postulado normativo da existência digna” (SANSEVERINO, 2010, p. 119). Entretanto, se estiverem em jogo danos pessoais, tal postulado atua por inteiro, em face da “prevalência do respeito à vida e à integridade físico-psíquica de uma pessoa, cuja proteção, seja como direitos fundamentais, seja como direitos da personalidade, é prioritária em nosso sistema jurídico” (SANSEVERINO, 2010, p. 119). Em razão dessa prevalência dos interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais, em termos de responsabilidade civil, a “existência digna” bloqueia a possibilidade de redução da indenização, não se mostrando compatível reduzir “os efeitos de graves violações a direitos fundamentais de magnitude do direito à vida, à saúde ou à integridade físico-corporal” (SANSEVERINO, 2010, p. 120).

Como adverte Sanseverino (2009), a autorização para decidir com fundamento na equidade, tal como previsto no parágrafo único do art. 944 do CC, conjuga-se com a “existência digna”, levando à prevalência do princípio da reparação integral nos danos morais:

Nos danos pessoais, assume especial importância a dignidade da pessoa humana, valor e princípio constitucional, consagrado como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), ensejando que o juiz limite a incidência da redução, quando, além de prejuízos puramente materiais, tenham ocorrido danos existenciais, como uma lesão grave (v.g. perda de um membro em decorrência de acidente de trabalho) ou a morte da vítima (v.g. acidente de trânsito ou desastre aéreo). [...] Assim, nos danos pessoais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, deve prevalecer a regra geral consistente na reparação integral dos danos sofridos pelo lesado (SANSEVERINO, 2009, p. 3).

Desenha-se um caráter excepcional para a cláusula geral do parágrafo único do art. 944 do CC, que mitiga o papel nela ocupado pela culpa. Ocorre que a inspiração do preceito é a consideração de certos riscos de danos, “para os quais a situação da vítima muitas vezes contribui, de modo que não é absurdo admitir que, excepcionalmente, o ônus de prejuízos causados por culpa leve do ofensor, seja, em parte, deixado ao encargo da própria vítima” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p. 860). Com efeito, aquela norma não só acarreta a redução do valor da indenização para o causador do prejuízo, como também faz com que o lesado suporte uma parte dos prejuízos. Considerando-se que a vítima foi quem sofreu o prejuízo e tem o direito de ser indenizada integralmente pela perda patrimonial ou moral sofrida – em atendimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da reparação dos danos morais e do direito de propriedade –, o parágrafo único do art. 944 do CC deve ser aplicado com cautela e de forma restritiva²¹.

Para isso, de acordo com Bandeira (2012, p. 15),

a norma somente incidirá permitindo a redução da indenização por dano moral ou material excepcionalmente nas hipóteses em que tal redução se afigure imprescindível à proteção do patrimônio mínimo e da subsistência digna do ofensor, tendo por fundamento, por isso mesmo, a equidade e não o grau de culpa.

²¹ Nesse sentido dispõe o enunciado 46 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, já com a alteração do enunciado 380 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 21).

Configura-se uma transição de critérios subjetivos, delineados por uma “contraofensiva da culpa” para critérios objetivos na interpretação da cláusula geral de redução da indenização (SCHREIBER, 2013, p. 46). Conjugando-se a ideia segundo a qual uma indenização exorbitante violaria o direito fundamental de liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade (CANARIS apud SANSEVERINO, 2010, p. 83), o princípio da reparação integral encontra fundamento constitucional para ser modulado pela equidade, com base em *topoi*, como a condição econômica do ofensor e a existência digna. Dessa forma, a culpa é mitigada como critério para o estabelecimento do *quantum debeatur*, o que é mais coerente com a tendência contemporânea da responsabilidade civil, que a considera como reação ao dano injusto. Não se trata mais de julgá-la como uma forma de punir o culpado ou de ser vista como reação ao ato ilícito, passando a ser considerada, conforme proclamou Rodotà (apud MORAES, 2006a, p. 179), uma “fonte de proteção mínima de direitos fundamentais”, recolocando a vítima e o dano no centro da cláusula geral de redução da indenização.

5 Conclusão

O estágio de desenvolvimento econômico baseado na produção agrícola e na pequena indústria da sociedade novecentista determinou o lugar da culpa na responsabilidade civil. Considerando-se que os empresários não poderiam ser demasiadamente onerados pelos danos causados no exercício de sua atividade profissional, impôs-se ao ofensor a obrigação de indenizar tão somente em razão de seu comportamento culposos.

A mudança desse contexto socioeconômico no século XX determinou que os proprietários dos meios de produção passassem a arcar com

danos gerados pelo desenvolvimento de sua atividade produtiva. O princípio da solidariedade aponta, então, para uma diluição dos riscos e a atenuação da culpa como princípio da reparação civil. Forma-se um sistema dualista de responsabilidade civil, no qual subsistem a culpa e o risco. Os princípios constitucionais contribuíram para a promoção do homem nesse novo desenho da responsabilidade civil, afirmando-se a ideia de que a vítima de um dano não pode ficar sem reparação.

Segundo esse princípio, a extensão do dano é o critério fundamental para a fixação da indenização, deixando-se de lado critérios subjetivos e buscando-se restaurar a situação anterior em que se encontrava a vítima. Nota-se a prevalência do dano sobre a culpa, passando o foco da responsabilidade civil do ato ilícito e seu autor para a vítima e o dano por ela sofrido.

O princípio da reparação integral encontrou notável desenvolvimento no Direito francês, ao estabelecer seu conteúdo: a extensão do dano é, ao mesmo tempo, piso mínimo e teto máximo da indenização. Esse conteúdo é recepcionado pelo Direito brasileiro, pois, além da função compensatória e indenitária, tem função concretizadora, que consiste em estabelecer uma indenização que corresponda aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima e avaliados concretamente pelo julgador.

As dificuldades em delimitar tal conteúdo são sentidas na avaliação do dano moral, uma vez que a consideração de critérios subjetivos, tais como a condição econômica da vítima ou do ofensor, fariam cair por terra a delimitação do dano como critério da reparação. Entretanto, a entrega de um poder equitativo ao julgador levaria à conclusão contrária, já que valorar as condições pessoais do ofendido é imprescindível para realizar uma reparação integral dos danos morais, uma vez idealizados como ofensa à dignidade da vítima.

Depois de ter sido considerada princípio implícito, a reparação integral foi acolhida como princípio expresso no art. 944 do CC. Entre os limites delineados pela regra contida no *caput* desse artigo, o parágrafo único estabelece uma cláusula geral de redução equitativa da indenização. Para tanto, confere um poder de equidade ao julgador, que poderá utilizar-se de *topoi* para preencher aquela norma aberta. Considerando-se que o artigo traz consigo a possibilidade de redução da indenização em face do grau de culpa da vítima, revela-se a “contraofensiva da culpabilidade”, que desloca o princípio da reparação integral de seu contexto: responsabilidade civil como instrumento de proteção da vítima, cujo dano não pode ficar sem reparação.

Para empreender uma interpretação mais coerente do princípio, cogita-se a complementação da cláusula geral de redução equitativa da indenização, que não se atenha aos graus de culpa do ofensor – o que seria paradigma superado na responsabilidade civil –, mas que recorra a elementos objetivos, notadamente presentes em princípios constitucionais. A referência ao princípio da dignidade da pessoa humana suscita: (i) a proteção do patrimônio mínimo do ofensor; (ii) a condição econômica do ofensor, como *topos* capaz de modelar o alcance do princípio da reparação integral; (iii) a “existência digna”, presente no *caput* do art. 170 da CRFB, que permite uma redução equitativa da indenização por danos patrimoniais, permanecendo incólume a reparação dos danos existenciais, com vistas a preservar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à integridade psicofísica. Assim, supera-se o papel da culpa e concebe-se a responsabilidade civil como “fonte de proteção mínima de direitos fundamentais” (MORAES, 2006a, p. 176).

Sobre os autores

Rosalice Fidalgo Pinheiro é doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Universidade Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Paris, França; professora do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil; professora adjunta de Direito Civil da UFPR, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: rosalice@gmail.com

José Roberto Della Tonia Trautwein é mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil), Curitiba, PR, Brasil; doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia no Unibrasil, Curitiba, PR, Brasil; especialista em Direito Constitucional pelo Unibrasil, Curitiba, PR, Brasil; especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná; Curitiba, PR, Brasil; advogado, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: joseroberto@dotti.adv.br

Como citar este artigo

(ABNT)

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia. O princípio da reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”: revisitando a cláusula de redução equitativa da indenização. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 71-92, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p71

(APA)

Pinheiro, R. F., & Trautwein, J. R. D. T. (2020). O princípio da reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”: revisitando a cláusula de redução equitativa da indenização. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 71-92. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p71

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev., modificada e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/35>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BERGSTEIN, Laís; MARQUES, Claudia Lima. Socialização de riscos e reparação integral do dano no direito civil e do consumidor no Brasil. *Conpedi Law Review*, Costa Rica, v. 3, n. 1, p. 250-278, jan./jun. 2017. DOI: http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2017.v3i1.3692. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3692>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.680.689/RJ*. Processual civil e civil. Violação aos arts. 165 e 458 do CPC/1973 não configurada. Fornecimento de água. Indenização por danos morais. Matéria fático-probatória. Incidência da súmula 7/STJ [...]. Recorrente: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – Cedae. Recorrido: Vantuir Silva. Relator: Min. Herman Benjamin, 21 de setembro de 2017b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1637884&num_registro=201701294396&data=20171009&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 145*. No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave. [Brasília, DF]: STJ, [2010]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula145.pdf. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 636.331/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil [...]. Recorrente: Société Air France. Recorrida: Sylvania Regina de Moraes Rosolem. Relator: Min. Gilmar Mendes, 25 de maio de 2017c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>. Acesso em: 31 mar. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília, DF: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 13.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 151-198.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Ed. Caminho, 1989.

FLAMINI, Antonio. Responsabilità civile e Costituzione. *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, Camerino, n. 2, p. 1-15, 2013. Disponível em: https://afg.unicam.it/sites/d7.unicam.it/afg/files/Flamini_Responsabilità.pdf. Acesso em: 31 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações*, arts. 927 a 965. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

ITALIA. *Codice Civile*: Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. [S. l.]: Altalex, [2019]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. [Costituzione (1948)]. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Senato della Repubblica, 2012. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 8e éd. Paris: Dalloz, 2010. (Connaissance du Droit).

KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. *Cadernos de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV*, [Campinas], v. 2, n. 1, p. 15-26, jan./fev. 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073566.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 4. ed. rev. e atual por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de derecho privado: Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 1, p. 1-25, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006a. p. 171-201.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006b.

NORONHA, Fernando. O ato ilícito nos contratos e fora deles. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 515-530. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1).

PORTUGAL. *Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação – Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2019]. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202004010226/diploma?did=34509075&_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice&q=código+civil. Acesso em: 31 mar. 2020.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. O princípio da reparação integral e os danos pessoais. *Carta Forense*, [São Paulo], 2 out. 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/art.s/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 173-197.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2e éd. Paris: Economica, 1989. (Collection Études Juridiques Comparatives).

VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: LGDJ, 1965.

VIOLA, Rafael. Indenização equitativa: uma análise do art. 944, parágrafo único do Código Civil. *Quaestio Iuris*, [Rio de Janeiro], v. 6, n. 1, p. 214-248, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2013.9586>. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9586>. Acesso em: 31 mar. 2020.

A supralegalidade parcial dos tratados de propriedade intelectual

JOÃO PEDRO ACCIOLY

Resumo: Este trabalho analisa o *status* normativo das convenções internacionais sobre propriedade intelectual. Após a sistematização das teorias quanto à hierarquia normativa dos tratados para o Direito brasileiro, discute-se a fundamentalidade material do direito à propriedade intelectual. Com base nessas premissas e defendendo a primazia do conteúdo de cada preceito sobre o seu veículo normativo, propõe-se que sejam lidos e aplicados como supraleais os dispositivos consagradores ou concretizadores de direitos de propriedade intelectual contidos em convenções internacionais.

Palavras-chave: Tratados de propriedade intelectual. Hierarquia normativa. Supralegalidade parcial. Interpretação do Direito interno conforme o internacional.

Normative hierarchy of treaties on intellectual property within Brazilian law

Abstract: This paper analyzes the normative status of international conventions on intellectual property. After a quick review of the theories regarding the normative hierarchy of treaties within Brazilian law, it is discussed the character of intellectual property rights: are they trade or human rights? To what extent? Based on these assumptions and defending the primacy of the content of each precept over its normative venue, it is proposed that intellectual property rights provided or implemented by international conventions should be read and applied as supralegal.

Keywords: Treaties on intellectual property. Normative hierarchy within the Brazilian law. Partial supralegality. Interpretation of domestic law according to international law.

Recebido em 6/11/19
Aprovado em 7/2/20

Nota introdutória

A propriedade intelectual – tanto em sua vertente autoral como no campo industrial – é área do Direito em que fontes internas e internacionais convivem e concorrem com particular intensidade.

Essa característica deriva do fato de que a propriedade – qualquer que seja ela – se sujeita ao princípio da territorialidade;¹ por outro lado, a propriedade imaterial circula em espaço global, que não reconhece fronteiras nacionais nem se limita a elas. Além disso, para evitar distorções concorrenciais, no século XX houve relevante movimento de internacionalização do Direito da Propriedade Intelectual, a fim de garantir bases comuns ao tratamento da matéria no âmbito das ordens jurídicas nacionais, respeitando a soberania e as diferenças socioeconômicas dos Estados (BASSO, 2002).²

Sob o ponto de vista hermenêutico, esses elementos geram grande potencial de conflito, especialmente no Brasil, em que as convenções internacionais são incorporadas ao Direito interno por decreto do presidente da República, após a aprovação congressual, a ratificação e o início da vigência internacional do tratado. Além disso, no ordenamento interno, a disciplina normativa da propriedade intelectual começa expressamente na Constituição e prolonga-se até os atos normativos infralegais editados pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Como resolver as antinomias entre tais normas? Qual *status* hierárquico devem receber, à luz do Direito interno brasileiro, as convenções internacionais sobre propriedade intelectual das quais o Brasil é signatário? Pode-se cogitar de técnicas hermenêuticas próprias para a harmonização das fontes internas e internacionais que regem esse ramo jurídico?

¹No campo da propriedade imobiliária, os Estados costumam inclusive sujeitar as ações relativas a bens imóveis situados em seu território à sua jurisdição exclusiva – o que, na prática, impede a homologação e, com isso, a eficácia de sentenças estrangeiras a esse respeito (e.g., Código de Processo Civil, art. 23, I, II e III) (BRASIL, [2019c]). No âmbito da propriedade industrial, os títulos constitutivos de direitos – e.g., patente ou marca – têm sempre aplicação limitada ao Estado que os tiver emitido (o *princípio da territorialidade* é estabelecido em diversos tratados, desde a Convenção da União de Paris de 1883), embora existam instrumentos de cooperação internacional para facilitar o depósito ou registro perante diversos Estados, como é o caso do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, comumente referido por PCT, e do Protocolo de Madri. No campo dos direitos autorais, a situação é parcialmente distinta. Como independem de registro, eles são protegidos conforme as leis do país em que sua tutela for reclamada, sendo, no geral, irrelevantes a nacionalidade dos autores e o lugar da criação intelectual (Convenção de Berna, art. 5º, n. 2) (BRASIL, 1975).

²O exemplo mais emblemático desse movimento foi a aprovação, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), na Rodada do Uruguai (1994), do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, que costuma ser referido por seu acrônimo em língua inglesa: TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

Proponho, neste artigo, a existência de princípios e regras de propriedade intelectual consagrados em tratados internacionais cujo conteúdo se reveste, à luz da ordem constitucional inaugurada em 1988, de fundamentalidade material e formal. Desse modo, sustento que tais dispositivos – ainda quando veiculados no âmbito de tratados internacionais de caráter predominantemente comercial – devam ser compreendidos como efetivas normas de direitos humanos, o que implica a elevação do seu *status* hierárquico aos olhos do Direito interno brasileiro: de legal para supralegal, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

A consequência prática dessa proposição seria a invalidade das normas internas de propriedade intelectual, ainda que mais recentes, que contrariem regras ou princípios de direitos humanos inscritos em tratados aos quais o Brasil tenha aderido.

Defendo, por fim, que os operadores do Direito da Propriedade Industrial deveriam valer-se de critério hermenêutico que optei por denominar *interpretação do Direito interno conforme o Direito Internacional*. Ou seja, no caso de dispositivos internos plurissignificativos, dever-se-ia escolher a interpretação da norma interna mais compatível com os tratados internacionais de que o Brasil é signatário. E essa lógica pode ser aplicada mesmo que se parta do pressuposto de que inexistem quaisquer disparidades hierárquicas entre eles. O intérprete nacional – notadamente o juiz – deve procurar conciliar, sempre que haja possibilidade hermenêutica, o Direito interno com o Internacional, para não desprezar normas convenientes às quais o Brasil se vinculou e para, inclusive, não expor o Estado a sanções internacionais.

1 A hierarquia normativa dos tratados internacionais para o Direito brasileiro

1.1 As teorias monistas e dualistas

A convivência entre Direito interno e Direito Internacional é observada teoricamente sob duas macroperspectivas distintas. Para os dualistas,³ o Direito de cada Estado e o Direito Internacional constituem sistemas independentes que, conquanto igualmente válidos, não se comunicam (MAZZUOLI, 2016, p. 97-100). Não haveria, assim, possibilidade de antinomias diretas entre o Direito Internacional e o interno. E, para que

³ Entre os formuladores e divulgadores iniciais do dualismo estão Triepel (1966) e Anzilotti (1955).

a norma internacional produzisse efeitos no âmbito interno, seria necessário transformá-la em norma interna, adotando os seus preceitos pela via normativa prevista pela Constituição do Estado respectivo.

Os monistas,⁴ por sua vez, partem da premissa da unidade do ordenamento jurídico. Concebem o Direito como sistema uno que congrega, em si, normas internas e internacionais. Os monistas acreditam, pois, na eficácia direta dos tratados e convenções internacionais no âmbito de cada Estado signatário. Tais acordos – e mesmo as demais fontes do Direito Internacional (v.g., o costume) – estariam aptos a incidir imediatamente nas relações jurídicas de um Estado, sendo desnecessária a sua transformação em norma interna por órgão e pelo rito de legislação previsto na Constituição respectiva.

As concepções teóricas tradicionais sofreram fragmentações e modificações sucessivas, recebendo nomenclaturas múltiplas (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 226). Entre os dualistas, há os que – mais radicais – entendem que a lei, em sentido formal, é o veículo privativo de transformação do Direito Internacional em interno. Outros autores – que costumam ser referidos como dualistas moderados – acreditam que os atos de adoção poderiam revestir-se de forma jurídica menos primaz, inclusive aqueles a cargo de autoridades do Poder Executivo.

No campo dos monistas, as subdivisões também se verificam. Há os que defendem competir à ordem jurídica nacional estabelecer a relação hierárquica entre as normas internas e internacionais (*monismo nacionalista*) e, por outro lado, quem sustente a prevalência absoluta do Direito Internacional sobre o interno (*monismo*

internacionalista). Mais recentemente surgiram também propostas que diferenciam a relação hierárquica entre normas internas e internacionais quando o objeto do conflito diga respeito a direitos humanos – é, por exemplo, o caso do *monismo internacionalista dialógico*, proposto por Mazzuoli (2016, p. 104).

A despeito das inúmeras propostas, tem prevalecido no Direito brasileiro, mesmo no âmbito doutrinário,⁵ a formulação adotada pelo STF⁶ – que, a rigor, não segue qualquer modelo teórico clássico em sua inteireza (MAGALHÃES, 2015). Nesse sentido, muitas vozes têm sustentado, em doutrina, a irrelevância prática da dicotomia teórica (BINENBOJM, 2000) e há mesmo quem proponha o seu completo abandono, aqui (MAGALHÃES, 2015, p. 93) e alhures (BOGDANDY, 2008).

Em relação à produção de efeitos de normas internacionais no âmbito interno, a jurisprudência do STF soma elementos monistas a dualistas para chegar a um terceiro modelo – ainda à procura de um rótulo que bem o defina (LUPI, 2009). É que, embora se entenda exigível um ato de incorporação do tratado internacional ao ordenamento interno (*i.e.*, o decreto de promulgação editado pelo presidente da República), a validade interna fica condicionada – suspensiva e

⁵ Colaciona-se aqui, lateralmente, a provocação espirotuosa feita pelo ministro Eros Grau, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.905, tal qual registrada nos anais do STF: “O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – A minha anotação, Senhor Presidente, vai ser meio antipática. Mas eu já disse isso uma vez e vou repetir: não estou preocupado com a doutrina, a doutrina é que tem que se preocupar conosco. Nós é que definimos o que a doutrina vai ter que dizer depois. Perdoem-me, mas é assim mesmo. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E olha que Vossa Excelência é um doutrinador! O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – A doutrina vai nos acompanhar, podem ficar tranquilos. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Mas a doutrina mantém conosco uma relação de mútuo proveito e nos ajuda muito. O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Não, ela nos acompanha sempre” (BRASIL, 2016, p. 225).

⁶ Vejam-se, por exemplo, os acórdãos proferidos na Carta Rogatória 8.279 AgRg (BRASIL, 1998) e na ADI 1.480 MC (BRASIL, 1997).

resolutivamente – à validade do tratado no plano internacional, de modo que (i) a não ratificação pelo número mínimo de signatários exigidos pela convenção impede o início da vigência do tratado no Brasil; (ii) a extinção do tratado, no plano internacional, faz cessar a sua vigência no plano interno; e, seguindo a mesma lógica, (iii) a denúncia ou retirada do acordo – por ato unilateral do Estado brasileiro – também implica a cessação dos seus efeitos no âmbito da ordem jurídica interna, ainda que já se tenha editado e não se tenha revogado o respectivo decreto de promulgação.

Afastando-nos mais ainda de um modelo dualista, há casos de aplicação direta pelo Poder Judiciário brasileiro de normas internacionais costumeiras não incorporadas ao ordenamento nacional por quaisquer atos normativos internos, como frequentemente ocorre com as imunidades de jurisdição e execução de Estados estrangeiros e organizações internacionais (BRASIL, 1989).

Para o Direito brasileiro, os tratados internacionais são incorporados à ordem jurídica interna mediante a seguinte sequência de atos: (i) negociação, conclusão e assinatura do acordo pelo representante plenipotenciário do Brasil; (ii) exame do teor da convenção pelo presidente da República, com auxílio de ministros de Estado, que, com ela aquiescendo, deve encaminhá-la mediante Mensagem ao Congresso Nacional; (iii) discussão e aprovação, na Câmara dos Deputados e depois no Senado Federal, do texto do tratado mediante decreto legislativo; (iv) depósito do instrumento de ratificação, assinado pelo presidente da República, junto ao Estado ou organização internacional depositária; e (v) promulgação do texto do tratado, traduzido em língua portuguesa, mediante a publicação de decreto presidencial no Diário Oficial da União. Além dessas etapas, a cargo de autoridades brasileiras, a eficácia no plano interno de convenções internacionais fica ainda condicionada, como já referido, ao início da vigência internacional do acordo, para o que se costuma exigir número mínimo de ratificações, e à sua manutenção em vigor.

Esses são os principais – e complexos – contornos do modelo de incorporação e aplicação, no Brasil, de fontes do Direito Internacional.

1.2 Legalidade, supralegalidade, constitucionalidade ou superconstitucionalidade?

Se o modelo brasileiro fosse puramente dualista, não haveria o problema do conflito entre normas internas e internacionais, já que estas precisariam ser convalidadas naquelas pelo órgão parlamentar competente, a fim de produzirem efeitos no âmbito nacional. Nesse caso, a resolução de possíveis antinomias seria primordialmente buscada pelos critérios

tradicionais que a hermenêutica há muito fornece, sendo irrelevante se o conteúdo de uma das normas em conflito deriva de acordos internacionais. Do ponto de vista técnico-jurídico, tratar-se-ia sempre de conflito entre normas internas. Não é isso que ocorre, contudo. Em que pese a necessidade de promulgação por meio de decreto presidencial, o fato de a norma derivar de tratado internacional é relevante para a definição do seu *status* hierárquico no interior do ordenamento brasileiro.

A jurisprudência do STF a respeito disso pode ser assim sistematizada: (i) os tratados em geral têm *status legal*, de modo que a prevalência entre tratados e leis internas conflitantes deve ser determinada pelos critérios cronológico e da especialidade; (ii) os tratados sobre direitos humanos incorporados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a])⁷ equivalem às *emendas constitucionais*; (iii) os tratados sobre direitos humanos incorporados de *modo ordinário* (item 1.1, *supra*) têm, no plano interno, *status supralegal*, mas infraconstitucional, de modo que não podem ser revogados por leis supervenientes, mas podem sê-lo por emendas constitucionais.

Em âmbito teórico-doutrinário, abundam propostas alternativas. Há, por exemplo, internacionalistas que defendem que os tratados internacionais de direitos humanos devam valer diretamente no plano interno, desde a ratificação pelo rito ordinário, com *status* constitucional ou mesmo supraconstitucional (PIOVESAN, 2012). Para os fins deste artigo, contudo, não é oportuno esmiuçá-las.

Como inexistem tratados a respeito de propriedade intelectual incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB, resta atribuir o grau hierárquico *legal* ou *supralegal* a tais convenções, na linha da jurisprudência do STF e conforme a qualificação ontológica que se faça do seu conteúdo.

2 A fundamentalidade do direito à propriedade intelectual na ordem constitucional brasileira e sua qualificação como direito humano

Não há claras diferenças ontológicas entre direitos fundamentais e direitos humanos. A principal distinção entre eles estaria no *locus* de consagração. Os primeiros corresponderiam aos direitos da pessoa humana reconhecidos e tutelados “na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015,

⁷“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, [2019a]).

p. 297). A expressão *direitos humanos*, por sua vez, costuma ser empregada em relação a fontes do Direito Internacional, o que lhe empresta um verniz de validade universal.

Quanto ao conteúdo, ambas as categorias se referem ao conjunto de prerrogativas básicas de que todo ser humano deve ser titular, por ser intrinsecamente digno. É o princípio da dignidade da pessoa humana, cerne gravitacional das ordens constitucionais contemporâneas, que serve de critério basilar para a atribuição de tais qualidades (ANDRADE, 1987, p. 85). Deve-se, pois, aplicar tais nomenclaturas aos direitos que concretizem as exigências do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 1998, p. 109).

Essas formulações teóricas nem de longe diminuem a incerteza e a subjetividade no manejo conceitual dos direitos fundamentais e humanos, dada a vagueza e ductibilidade semântica – em certa medida propositadas⁸ – do princípio da dignidade da pessoa humana.

No plano da teoria constitucional e da filosofia moral, costuma-se apontar como corolários mais imediatos da dignidade humana o direito à vida, à liberdade e à igualdade, mas também os direitos políticos, os sociais e as garantias processuais. De todo modo, tanto os direitos humanos como os fundamentais são produtos de uma construção histórica permanente. E, no curso da história, há momentos em que corpos políticos socialmente legitimados deliberam por inscrever expressamente dada posição jurídica no catálogo de direitos fundamentais, constantes

⁸No contexto de assembleias nacionais constituintes plurais e, especialmente, no âmbito de organizações internacionais multilaterais, a locução *dignidade da pessoa humana* foi capaz de forjar consensos entre grupos profundamente heterogêneos, e mesmo antagonísticos, justamente por sua imprecisão conceitual. De modo semelhante, esse princípio costuma ser invocado, ao mesmo tempo, por polos opostos em debates constitucionais moralmente controversos para sustentar suas respectivas posições. Daí decorrem as principais críticas e propostas de operacionalização ao aludido princípio. Sobre o tema, ver Barroso (2012) e Sarmento (2016).

da Constituição respectiva, ou em rol de direitos humanos formalmente estabelecido por tratado internacional.

As objeções e ponderações doutrinárias, por mais oportunas e válidas, não têm o condão de, por exemplo, despir de tal natureza um direito inscrito no art. 5º da CRFB, sob o título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. A fundamentalidade formal – isto é, a atribuição textual de caráter fundamental a dado direito pela CRFB – dispensa quaisquer perquirições acerca de sua fundamentalidade material (ZISMAN, 2009). De igual modo se dá com os direitos humanos que sejam reconhecidos, como tais, por acordo internacional.

A análise da fundamentalidade material de um direito só terá lugar quando a Constituição não o tiver inserido no correspondente catálogo.⁹ Partindo dessa análise ontológica, o STF já emprestou caráter fundamental a direitos constantes de normas topograficamente posicionadas fora do catálogo, inclusive para fins de controlar – por se tratar de *cláusula pétrea* (CRFB, art. 60, § 4º, IV) – a validade material de emendas à Constituição.¹⁰

A mesma lógica parece-me aplicável aos direitos humanos contemplados em tratados internacionais. Quando os acordos – seja por seu escopo, seja pela literalidade do dispositivo pertinente – atribuírem a dada posição jurídica caráter de direito humano, é essa a natureza jurídica que os operadores do Direito lhe devem emprestar, inclusive no que se refere à mutação de sua hierarquia normativa no ordenamento brasileiro, após os trâmites necessários à sua regular incorporação.

⁹No caso brasileiro, como se sabe, o catálogo formal de direitos fundamentais corresponde ao Título II da CRFB.

¹⁰O primeiro precedente da Corte nesse sentido é a ADI 939 MC (BRASIL, 1993), que se refere ao princípio da anterioridade tributária (CRFB, art. 150, III, b). Anos mais tarde, houve caso idêntico (ADI 3.685) (BRASIL, 2006) relacionado ao princípio da anualidade eleitoral (CRFB, art. 16).

Quando o critério formal se mostrar insubsistente, haverá campo para proceder a análises de mérito – ponto que será retomado no tópico seguinte. No entanto, parece oportuno assinalar desde logo que a positivação expressa de um direito – no rol de direitos fundamentais constitucionalmente definidos ou em catálogo de direitos humanos constante de tratado internacional – serve de forte indício quanto à sua fundamentalidade material, na linha da historicidade que deve nortear a identificação e a aplicação dos direitos fundamentais e humanos.

Chega-se, finalmente, à propriedade intelectual. A constatação inicial é a de que a CRFB dedica três incisos do art. 5º para tutelar a matéria.¹¹ Ou seja, de modo claro e inequívoco, o Constituinte emprestou fundamentalidade formal aos direitos de propriedade intelectual, tanto no ramo autoral quanto no industrial.

O direito de propriedade foi consagrado e divulgado, até por razões históricas evidentes (visto que surge, constitucionalmente formatado, no contexto das revoluções burguesas), como um dos principais direitos fundamentais de primeira geração. Aliás, a lógica dessa geração de direitos fundamentais é perfeitamente compatível com a tutela da propriedade intelectual: proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado e das maiorias transitórias. A defesa dos direitos dos autores e inventores insere-se nessa dinâmica contramajoritária, antiorganicista, que dá a tônica dos direitos constitucionais de primeira dimensão. Parece incompatível com o valor da dignidade humana admitir que um inventor ou autor que se dedique laboriosamente ao seu ofício e desenvolva diversas invenções ou criações socialmente úteis fique desamparado pela ordem jurídica quanto ao direito de colher frutos econômicos decorrentes de suas invenções ou criações.¹²

¹¹ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (BRASIL, [2019a]).

¹² Parece oportuno sublinhar que apenas os direitos de propriedade intelectual decorrentes de atividades humanas com nítidas dimensões criativas devem ser considerados como dotados de fundamentalidade material e, quando consagrados em documentos internacionais, dotados da natureza de direitos humanos. Assim, os direitos de indicação geográfica, por exemplo, seriam despidos de tais qualificações. Idêntica conclusão seria aplicável à proteção *sui generis* conferida, especialmente no âmbito da União Europeia, às bases de dados de conteúdo não original.

É evidente no contexto atual, e especialmente sob a égide da profundamente compromissória CRFB, que direito fundamental algum assume feições absolutas. Ao determinar a proteção dos direitos de autores de inventos industriais “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do país”, por exemplo, em nada a Constituição menoscaba o direito à propriedade industrial. O próprio direito à propriedade, de bases romanas e previsão constitucional desde o século XVIII, só é tutelado pela CRFB na medida em que atenda à sua função social (art. 5º, XXIII), podendo inclusive ser suprimido, por meio da desapropriação, mediante justa e prévia indenização, se assim recomendar o interesse público (art. 5º, XXIV).

No plano internacional, organizações multilaterais do maior relevo reconhecem a propriedade intelectual como direito humano (CARVALHO, 2007, p. 102). Diversos tratados internacionais também emprestam tutela expressa aos direitos do autor e do inventor, a começar pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, [1948]): “Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria”.

A propriedade intelectual, em seus dois ramos, também é objeto do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e internalizado no Brasil por meio do Decreto nº 591, de 6/7/1992.¹³

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Protocolo de São Salvador – firmado entre os Estados-Partes do Pacto de São José da Costa Rica – também contempla expressamente a proteção da propriedade intelectual como direito humano.¹⁴

¹³ Observe-se o teor do art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural; b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações; c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor. 2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora. 4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura” (BRASIL, 1992).

¹⁴ O Protocolo de São Salvador foi promulgado, no Brasil, pelo Decreto nº 3.321, de 30/12/1999. Determina seu art. 14: “1. Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a: a) participar na vida cultural e artística da comunidade; b) gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico; c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondam em virtude de produções científicas, literárias ou artísticas de sua autoria. 2. Entre as medidas que os Estados-Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, deverão figurar as necessárias para a conservação, o desenvolvimento e a divulgação da ciência, da cultura e da arte. 3. Os Estados-Partes neste Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora. 4. Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da

Da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos colhem-se diversos casos de violações a direitos de propriedade industrial que foram interpretados como ofensas a direitos humanos, inclusive com a aplicação analógica do dispositivo convencional referente à “proteção da propriedade”, como um gênero.¹⁵

Não é preciso ir tão longe, contudo. Além de ser dotada de fundamentalidade material, em razão do seu conteúdo, os direitos de propriedade intelectual são expressamente tutelados como direitos fundamentais pela CRFB e como direitos humanos por diversos tratados de que o Brasil é signatário – o que lhes confere fundamentalidade formal.

3 Parâmetros instrumentais para a qualificação de normas internacionais como direitos humanos

Partindo da exposição do tópico anterior relativa à fundamentalidade formal e material, esta seção analisa parâmetros práticos para a qualificação de normas internacionais como direitos humanos, fator que, para o Direito brasileiro, implica a recepção qualificada daquelas com *status* supralegal na ordem jurídica interna.

Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que a elevação hierárquica dos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro ocorre não com base em procedimento especial de aprovação do acordo, mas com fundamento no *conteúdo* da convenção. Se é o *conteúdo*, e não a *forma*, que justifica o incremento hierárquico das normas de origem

cooperação e das relações internacionais no que diz respeito a assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a incentivar maior cooperação internacional nesses campos” (BRASIL, 1999).

¹⁵ Application No. 73049/01, 2017: “71. More recently, in [the case of] *Melnychuk v. Ukraine*, which concerned an alleged violation of the applicant’s copyright, the Court reiterated that Article 1 of Protocol No. 1 was applicable to intellectual property. [...] 78. These elements taken as a whole suggest that the applicant company’s legal position as an applicant for the registration of a trademark came within Article 1 of Protocol No. 1, as it gave rise to interests of a proprietary nature. It is true that the registration of the mark – and the greater protection it afforded – would only become final if the mark did not infringe legitimate third-party rights, so that, in that sense, the rights attached to an application for registration were conditional. Nevertheless, when it filed its application for registration, the applicant company was entitled to expect that it would be examined under the applicable legislation if it satisfied the other relevant substantive and procedural conditions. The applicant company therefore owned a set of proprietary rights – linked to its application for the registration of a trade mark – that were recognized under Portuguese law, even though they could be revoked under certain conditions [such as a successful third-party challenge]. This suffices to make Article 1 of Protocol No. 1 applicable in the instant case and to make it unnecessary for the Court to examine whether the applicant company could claim to have had a ‘legitimate expectation’” (COUNCIL OF EUROPE, 2007). Application No. 12633/87, 1990: “The Commission notes that under Dutch law the holder of a patent is referred to as the proprietor of a patent and that patents are deemed, subject to the provisions of the Patents Act, to be personal property which is transferable and assignable. The Commission finds that a patent accordingly falls within the scope of the term ‘possessions’ in Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)” (COUNCIL OF EUROPE, 1990).

internacional que protegem direitos humanos perante o ordenamento brasileiro, não se pode (i) pensar nos tratados internacionais como blocos monolíticos, como se eles invariável e necessariamente contivessem uma só espécie de norma; nem (ii) negar natureza de direitos humanos a normas internacionais com base em elementos formais ou orgânicos do acordo internacional que lhes sirva de veículo.

O primeiro ponto recomenda que a natureza e, por conseguinte, o *status* hierárquico de tratados internacionais incorporados ao ordenamento brasileiro sejam aferidos com base no *conteúdo de cada dispositivo* do acordo.

É comum que tratados centralmente dedicados a proteger direitos humanos contenham preceitos, em geral na parte final do acordo, que desbordem temática, tratando, por exemplo, de obrigações de custeio entre as Partes ou definindo regras de comunicação entre elas.¹⁶ A menos que se comprove a vinculação destas últimas normas com a efetiva proteção dos direitos humanos visados pela convenção, não parece razoável emprestar-lhes tal natureza e tratá-las como disposições supralegais no contexto da ordem interna.

O movimento oposto parece ainda mais frequente. Tratados comerciais ou mesmo acordos internacionais de cooperação não raro trazem dispositivos que consagram, promovem, ponderam ou densificam a proteção de direitos humanos. Por exemplo, um acordo de cooperação militar multilateral para o combate a organizações terroristas que tenha cláusulas garantindo direitos básicos aos prisioneiros deve ser, nessa parte, e apenas nessa parte, considerado e aplicado como tratado de direitos humanos.

A rigor, não se deveria sequer falar que tratados internacionais de direitos humanos recebem hierarquia supralegal quando incorporados ao Direito brasileiro. Tecnicamente mais correto seria considerar que, perante a ordem jurídica interna brasileira, normas de Direito Internacional especificamente consideradas – conveniais ou costumeiras – gozam de hierarquia supralegal quando tutelam direitos humanos.

¹⁶ “A Convenção Europeia é composta de três partes. Na primeira (Título I, arts. 2º a 18) são elencados os direitos e liberdades fundamentais, essencialmente civis e políticos, como o direito à vida, à proibição da tortura, à liberdade, à segurança, a um processo equitativo, à vida privada e familiar, à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, à liberdade de expressão, de reunião e de associação, ao casamento, a um recurso efetivo, à proibição de discriminação etc. Na segunda parte (Título II, arts. 19 a 51) a Convenção regulamenta a estrutura e funcionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos (v.g., o número de juízes, sua eleição, duração do mandato, questões sobre admissibilidade e arquivamento de petições, sobre intervenção de terceiros, sobre as sentenças da Corte, sua fundamentação e força vinculante, competência consultiva da Corte, privilégios e imunidades dos juízes etc.). E, finalmente, na terceira parte (Título III, arts. 52 a 59) a Convenção estabelece algumas disposições diversas, como as requisições do Secretário-Geral do Conselho d[a] Europa, poderes do Comitê de Ministros, reservas à Convenção, sua denúncia etc.” (MAZZUOLI, 2010, p. 353).

Pode ser útil para equacionar a discussão aqui proposta a doutrina relativa ao *status* normativo de dispositivos contidos em leis complementares que não versem a respeito de matérias reservadas a elas.¹⁷ Conforme jurisprudência assentada no STF,¹⁸ “os dispositivos que integram formalmente uma lei complementar, mas disciplinam matéria que não está sujeita a legislação desse tipo, conservam a natureza de dispositivos de lei ordinária, podendo, inclusive, ser alterados por legislação ordinária posterior”. Do mesmo modo, como a sobrelevação do grau hierárquico dos tratados de direitos humanos decorre basicamente do seu conteúdo e não do processo, órgão ou outros aspectos formais de aprovação do acordo, esses últimos elementos não devem ser considerados para tanto.

Os casos concretos que serão analisados no tópico subsequente ajudarão a ilustrar os parâmetros, para a identificação de normas de direitos humanos contidas em tratados internacionais, propostos nesta seção.

4 A supralegalidade parcial dos tratados de propriedade intelectual

Além de tutelada, em termos latos, no título *Dos Direitos e Garantias Individuais* da CRFB e em diversos tratados de direitos humanos, a propriedade intelectual é também objeto de convenções internacionais específicas.¹⁹ Esses acordos, como se verá, têm diferentes escopos.

Entre os tratados administrados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI),²⁰ por exemplo, há: (i) *acordos de classificação*, que estabelecem sistemas taxonômicos internacionais para

¹⁷ “Quando a lei complementar extravasa do seu âmbito material de validade, para disciplinar matéria de competência de legislação ordinária da União, é substancialmente lei ordinária. Como não é rótulo, o *nomen juris* que caracterizará o fenômeno, nem tampouco o simples *quorum* de aprovação, a ‘lei complementar’ será, em verdade, lei ordinária, podendo ser revogada – é claro – por outra lei ordinária editada pela União” (BORGES, 1975, p. 27).

¹⁸ “É doutrina pacífica, em face do direito constitucional federal, que só se exige lei complementar para aquelas matérias para as quais a Carta Magna Federal, expressamente, exige essa espécie de lei, o que implica dizer que os dispositivos que integram formalmente uma lei complementar, mas disciplinam matéria que não está sujeita a legislação desse tipo, conservam a natureza de dispositivos de lei ordinária, podendo, inclusive, ser alterados por legislação ordinária posterior” (BRASIL, 1984, p. 797).

¹⁹ Destacam-se as seguintes: Convenção de Berna, Convenção da União de Paris, Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio (TRIPS), Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT), Tratado de Budapeste, Acordo Neuchatel, Protocolo de Madri e Convenção de Roma. Além de acordos de direitos humanos e de convenções específicas, há tratados regionais ou mesmo bilaterais que contêm disposições a respeito do tema.

²⁰ Os 26 tratados administrados pela OMPI podem ser acessados em World Intellectual Property Organization ([20--]).

padronizar o registro ou depósito de direitos de propriedade intelectual;²¹ (ii) *acordos de cooperação*, que criam mecanismos para permitir e facilitar a proteção, em múltiplos Estados signatários, de direitos de propriedade intelectual;²² e (iii) *acordos de proteção*, que efetivamente criam direitos e deveres em matéria de propriedade intelectual.²³

Fora do sistema da OMPI, há pactos específicos sobre propriedade intelectual administrados por outras organizações internacionais. O exemplo mais relevante é o Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio (TRIPS), administrado pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

Como se advertiu, os tratados internacionais não devem ser considerados blocos monolíticos, mas a sistematização feita pela OMPI pode ajudar-nos a melhor compreender o conteúdo típico – e, com isso, o *status* hierárquico – das normas de propriedade intelectual veiculadas por tratados internacionais.

As normas internacionais de cooperação ou classificação, em matéria de propriedade intelectual, devem ser incorporadas ao ordenamento brasileiro com *status* de lei ordinária, podendo ser derogadas por leis posteriores aprovadas pelo Congresso Nacional.

As normas internacionais que efetivamente consagram ou concretizam direitos de propriedade intelectual devem ser incorporadas ao direito brasileiro com *status* supralegal, de modo que o Congresso não possa derogá-las mediante atos normativos infraconstitucionais.

Não se ignora que os direitos de propriedade intelectual devam ser produtos de uma ponderação complexa entre direitos humanos e interesses públicos vários, todos de grande valor axiológico. O que se defende – com base na jurisprudência cristalizada do STF – é que as escolhas veiculadas em tratados internacionais devam prevalecer sobre aquelas constantes em leis internas, ainda que posteriores.

Em matéria de normas protetivas a direitos de propriedade intelectual, o Direito interno só prevalecerá sobre o Direito Internacional quando houver ressalva nesse sentido no respectivo tratado. Por exemplo, a Convenção de Berna, firmada em 1886 e internalizada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 75.699/1975 (art. 7º, item 1), prevê que os direitos autorais

²¹ A OMPI administra atualmente quatro acordos de classificação: o Acordo de Locarno, relativo a desenhos industriais; o Tratado de Nice, referente a marcas; o Tratado de Estrasburgo, a respeito das patentes; e o Acordo de Viena, que trata dos elementos figurativos de marcas.

²² A OMPI administra atualmente seis acordos de cooperação: o Tratado de Budapeste, o Tratado de Lisboa, o Tratado de Haia, o Acordo de Madri, o Protocolo de Madri e o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT).

²³ Esse portal eletrônico relaciona quinze tratados internacionais administrados pela OMPI para a proteção de direitos de propriedade intelectual.

compreendem “a vida do autor e cinquenta anos depois de sua morte”; a Lei nº 9.610/1998, por sua vez, em seu art. 41, estabelece que “[o]s direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil” (BRASIL, [2019b]).

Nesse caso, não exatamente por ser a norma mais protetiva (pois sempre há interesses constitucionais e internacionalmente tutelados em oposição quando se define o escopo de proteção de direito de propriedade intelectual),²⁴ deve prevalecer o disposto pela lei de direitos autorais brasileira, porque a Convenção de Berna (art. 7º, item 6) dispõe que “[o]s Países da União têm a faculdade de conceder uma duração de proteção superior àquelas previstas nos parágrafos precedentes” (BRASIL, 1975).

Caso interessante pode ser extraído do TRIPS, que, ao vedar discriminações quanto à proteção patentária que tenham por base o local em que se deu e o setor tecnológico a que pertence a invenção (art. 27, item 1), assegura que o autor de qualquer invento industrial possa obter uma carta-patente de escopo e validade uniformes (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994). A vedação à discriminação patentária foi incorporada ao Direito brasileiro como norma supralegal, de modo que não encontrarão validade jurídica discriminações anteriores ou posteriores que se façam nessa matéria por via legislativa.

Essa questão foi recentemente enfrentada – e mal enfrentada, com a vênia devida – pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial 1.721.711/2018. A ministra relatora, sem dedicar maiores reflexões à natureza jurídica das normas supostamente conflitantes, asseverou:

²⁴ De modo que o critério da primazia da norma mais protetiva invariavelmente esbarraria na indagação: *mais protetiva a quê?*

No que concerne ao argumento de que entendimento no sentido ora exposto violaria o disposto no Acordo TRIPS, pois este veda tratamento discriminatório entre setores tecnológicos (art. 27.1), é necessário consignar que, cuidando-se de conflito envolvendo tratado internacional e lei interna, o Supremo Tribunal Federal assentou que vigora no Brasil um sistema que lhes atribui paridade hierárquica, daí resultando que eventuais dicotomias devem ser solucionadas pelo critério da especialidade ou pelo critério cronológico (BRASIL, 2018, p. 15).

Ora, sendo os direitos de propriedade intelectual matéria de fundamentalidade formal e material à luz da CRFB, devem as normas constantes de acordos internacionais prevalecer sobre aquelas positivadas em leis internas, ainda que posteriores.

Uma vez mais: não se ignora a existência de razões – e mesmo de princípios jurídicos – a possibilitar ou, em algumas visões, a recomendar flexibilizações na proteção de direitos de propriedade intelectual. Repita-se: em matéria de confronto entre direitos de natureza principiológica, abre-se espaço para a conformação dos direitos colidentes pelos poderes constitucionalmente legitimados. Porém, se houver conformações dissonantes no âmbito normativo interno e internacional, prevalece esta última.

5 Interpretação do Direito interno conforme o Direito Internacional

No âmbito da jurisdição constitucional, a interpretação conforme a Constituição surgiu como técnica decisória capaz de evitar a declaração de inconstitucionalidade de preceitos legais ambíguos,²⁵ por meio da fixação judicial de uma forma

²⁵ Nos últimos anos, diante da expansão (quantitativa e qualitativa) do uso da técnica, o instituto tem sido objeto de

constitucionalmente viável de interpretá-los. Em geral, a técnica leva ao afastamento, motivado por juízo de inconstitucionalidade, de leituras mais imediatas do texto normativo, para estabelecer exegese compatível com a Constituição, dentre as possibilidades semânticas abertas pelo elemento gramatical da norma.

Acredito que a técnica hermenêutica surgida da jurisdição constitucional pode ser analogicamente aplicável quando determinada matéria seja concorrentemente disciplinada por fontes do Direito interno e do Direito Internacional, tanto nos casos em que houver desnível hierárquico entre elas, quanto nos de paridade.

É conhecida a lição, tantas vezes repetidas pelo ministro Eros Grau, segundo a qual, “[n]ão se interpreta o Direito em tiras; não se interpretam textos normativos isoladamente, mas sim o Direito, no seu todo” (GRAU, 2009, p. 73). Antes de solver antinomias pelos critérios hermenêuticos tradicionais (o hierárquico, o cronológico e o da especialidade), o intérprete deve buscar conciliar as fontes normativas concorrentes, buscando alcançar, por meio da interação delas, sentido único que seja coerente com os limites semânticos de ambas.

Quando normas internas e internacionais compartilham objeto comum, é preciso submetê-las a processo interpretativo sistemático.²⁶ Em caso de precedência hierárquica do Direito Internacional sobre o interno, não há dúvida: deve-se buscar extrair do texto normativo interno interpretação que se concilie com o Direito Internacional, sob pena de condená-lo à inva-

revisões críticas da doutrina especializada. Nesse sentido, ver Silva (2006).

²⁶ “Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma” (MAXIMILIANO, 2011, p. 104).

lidade – na modalidade *inconvenionalidade* (MAZZUOLI, 2009). Daí falarmos em *interpretação do Direito interno conforme o Direito Internacional*.

Indo além, contudo, acredito que essa técnica hermenêutica deve ser empregada para harmonizar fontes internas e internacionais concorrentes ainda quando não haja disparidade hierárquica entre elas. Ao contrário do que alguns precedentes sugerem, não é trivial adotar interpretação do Direito interno que, na prática, revogue em âmbito nacional a incidência de normas convenientes internalizadas; primeiro, porque isso é expressamente vedado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) – da qual o Brasil é signatário²⁷; segundo, porque, a despeito de eventual revogação no plano interno, o tratado continua a vigor no plano internacional – e violações às normas convenientes podem sujeitar o Estado brasileiro às sanções previstas em cada acordo, implicando, de todo modo, prejuízos reputacionais tão indesejáveis quanto evitáveis para o Brasil como ator da comunidade internacional.

Apontamentos conclusivos

Concluídas as etapas de aprovação e internalização, a hierarquia normativa dos tratados internacionais deve ser determinada com base no conteúdo de cada dispositivo, desconsiderando-se a matéria predominante, o título e os órgãos de negociação, depósito e administração de cada acordo.

As normas constantes de convenções internacionais que enunciem ou concretizem direitos de propriedade intelectual devem receber *status*

²⁷ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969, art. 27: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (BRASIL, 2009).

supralegal perante o ordenamento interno brasileiro, de modo que atos normativos internos infraconstitucionais, mesmo que posteriores, não as possam derogar.

A despeito de relações de hierarquia normativa, é recomendável também evitar antinomias contornáveis entre fontes distintas que regulem a matéria pelo critério hermenêutico da *interpretação do Direito interno conforme o Direito Internacional*. O intérprete nacional – notadamente o juiz – deve procurar conciliar, sempre que haja possibilidade hermenêutica, o Direito interno com o Internacional, para não desprestigiar normas convenientes às quais o Brasil se vinculou e para não prejudicar a reputação do País, expondo-o a sanções internacionais.

Sobre o autor

João Pedro Accioly é mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Direito Público na UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado.

E-mail: jacciolyteixeira@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

ACCIOLY, João Pedro. A supralegalidade parcial dos tratados de propriedade intelectual. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 93-112, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p93

(APA)

Accioly, J. P. (2020). A supralegalidade parcial dos tratados de propriedade intelectual. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 93-112. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p93

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di diritto internazionale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1955.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASSO, Maristela. O regime internacional de proteção da propriedade intelectual da OMC/TRIPS. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002. p. 113-169.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 6, n. 3/4, p. 397-413, July/Oct. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mon015>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/6/3-4/397/654420>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Educ, 1975.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

_____. *Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

_____. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. *Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Brasília, DF: Presidência da República, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

_____. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.721.711/RJ*. Recurso Especial. Propriedade intelectual. Medicamentos. Patente *Mailbox*. Sistema transitório. Acordo TRIPS. Prazo de vigência. Regra específica. 20 anos contados da data do depósito [...]. Recorrente: Alexion Pharmaceuticals, Inc. Recorrido: Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 17 de abril de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1699525&num_registro=201702619910&data=20180420&formato=PDF. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade (medida cautelar). I.P.M.F. (Imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira) [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Sydney Sanches, 15 de setembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346704>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade – Convenção nº 158/OIT – Proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa [...]. Requerente: Confederação Nacional do Transporte – CNT; Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de setembro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.905/MG*. Competência normativa – Comercialização de títulos de capitalização – disciplina. A teor do disposto no artigo 22 da Constituição Federal [...]. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Interessado: Governador do Estado de Minas Gerais; Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau. Redator do acórdão: Min. Marco Aurélio, 16 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14276103>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.685/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CF [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Min. Ellen Gracie, 22 de março de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental em Carta Rogatória 8.279/AR*. Mercosul – Carta Rogatória passiva – Denegação de exequatur – Protocolo de medidas cautelares (Ouro Preto/MG) – inaplicabilidade, por razões de ordem circunstancial [...]. Agravante: Coagulantes Argentinos S/A. Relator: Min. Celso de Mello, 17 de junho de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>. Acesso em: 17 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Apelação Cível 9.696/SP*. Estado estrangeiro. Imunidade de jurisdição. Causa trabalhista. 1. Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista [...]. Apelante: Genny de Oliveira. Apelada: Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Min. Sydney Sanches, 31 de maio de 1989. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 103.629/SP*. Servidores públicos. Transformações de cargos ou funções decorrentes da Lei Complementar Estadual nº 318/83 [...]. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrida: Eya de Souza Santos. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de outubro de 1984. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=195824>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos*. São Paulo: Atlas, 2007.

COUNCIL OF EUROPE. European Commission of Human Rights. *Smith Kline & French Laboratories Ltd. against the Netherlands*: (Application no. 12633/87). 4 October 1990. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-738&filename=001-738.pdf&TID=ihgdqbxnfi>. Acesso em: 14 fev. 2020.

_____. European Court of Human Rights (Grand Chamber). *Case of Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*: (Application no. 73049/01). 1. The case originated in an application

(no. 73049/01) against the Portuguese Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an American company, Anheuser-Busch Inc. (“the applicant company”), on 23 July 2001 [...]. 11 January 2007. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-78981%22%5D%7D>. Acesso em: 14 fev. 2020.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours*, [s. l.], n. 14, p. 231-331, 1926.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista?: anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 46, n. 184, p. 29-45, out./dez. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194945>. Acesso em: 13 fev. 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 78-96, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3604>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3604>. Acesso em: 13 fev. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. comemorativa, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [s. l.], v. 18, n. 71, p. 345-374, abr./jun. 2010.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496913>. Acesso em: 14 fev. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.]: OHCHR, [1948]. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 13 fev. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, [São Paulo], v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35221/34021>. Acesso em: 14 fev. 2020.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Tradução de Amílcar de Castro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 17, n. 6, p. 7-64, 1966. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/993>. Acesso em: 14 fev. 2020.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *WIPO administers 26 treaties including the WIPO Convention*. [S. l.]: WIPO, [20--]. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*. Marrakesh: WTO, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [s. l.], v. 17, n. 67, p. 32-51, abr./jun. 2009.

Impactos das demandas judiciais no dever do Estado de prestar assistência farmacêutica

CLOVIS DEMARCHI

DOUGLAS CRISTIAN FONTANA

Resumo: O artigo tem o propósito de demonstrar, por meio de uma pesquisa bibliográfica sob o método lógico-dedutivo, os problemas que as demandas judiciais de fornecimento de medicamentos podem causar quando desrespeitam a delimitação administrativa de competências para o fornecimento de medicamentos. Visa discutir os problemas que tais demandas geram no orçamento público, à luz da repartição federativa de competências. O artigo está dividido em quatro tópicos: o primeiro trata do direito à saúde; a seguir, é analisada a saúde como dever fundamental; no terceiro, analisam-se o modelo federativo brasileiro e a formatação administrativa das competências dos entes federados; ao final, são apresentados os argumentos relativos aos problemas e distorções que o fornecimento de medicamentos em demandas judiciais pode causar ao orçamento público e à eficiência da prestação do serviço. Os problemas são de duas espécies, jurídicos e orçamentários, e influenciam negativamente na eficiência do serviço de assistência farmacêutica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Deveres fundamentais. Saúde. Assistência farmacêutica. Competências federativas.

Impacts of legal demands on duty of the State of providing pharmaceutical assistance

Abstract: The article proposes to demonstrate, through a bibliographic research under the deductive reasoning, which problems that the judicial demands of supply of medicines can cause when they disrespect the administrative delimitation of competences for of medicines supply. It aims to discuss the problems that the judicial demands of medicines supply generate in the public budget, in the light of the federal division of competences. The article is divided into four topics. The first deals with the right to health, next, health is analyzed as a fundamental duty. In the

Recebido em 18/11/19
Aprovado em 20/2/20

third are analyzed the Brazilian federative model and the administrative formatting of the competences of the federated entities. At the end are presented the arguments related to the problems and distortions that the supply of medicines in lawsuits can cause to the public budget and the efficiency of the provision of the service. The problems are of two kinds, legal and budgetary, both negatively influencing the efficiency of the pharmaceutical care service.

Keywords: Fundamental rights. Fundamental duties. Health. Pharmaceutical care. Federative competences.

1 Introdução

Por se tratar de um dos mais importantes direitos sociais e por ser um direito que gera alto impacto financeiro para que seja integralmente atendido, o direito à saúde, como direito do cidadão e dever fundamental do Estado, tem gerado inúmeras discussões, especialmente referentes à assistência farmacêutica.

Com efeito, as dificuldades do Estado brasileiro para garantir o fornecimento de medicamentos aos necessitados acabaram gerando, ao longo dos anos, um sem-número de demandas judiciais objetivando constranger os entes da federação a fornecerem medicamentos para os mais diferentes tratamentos. Atualmente essas demandas judiciais têm provocado significativo impacto nos orçamentos públicos, o que causa severa intervenção judicial na programação financeira, especialmente dos estados e municípios, que por vezes têm importante parcela dos seus recursos destinada a atender às determinações judiciais.

Além disso, há um quadro jurisprudencial que entende o dever estatal de fornecer medicamentos como um dever solidário, relegando aos demandantes a escolha de contra qual ente da federação ajuizará a demanda para exigir os medicamentos. Esse entendimento jurisprudencial desconsidera que há uma delimitação legislativa de competências e obrigações no âmbito da assistência farmacêutica, na medida em que as demandas judiciais simplesmente ignoram essa programação administrativa federativa, embora se tenha delineado qual entre os entes federativos deve comprar e fornecer cada tipo de medicamento.

Nesse contexto, o artigo apresenta como cerne da pesquisa os problemas que as demandas judiciais de fornecimento de medicamentos podem causar quando desrespeitam a delimitação administrativa de competências

para fornecimento de medicamentos. Em virtude disso, o presente artigo objetiva discutir os problemas, especialmente de ordem financeira, que as demandas judiciais de fornecimento de medicamentos geram no orçamento público, à luz da repartição federativa de competências delineada no dever fundamental do Estado de fornecer medicamentos.

Para isso, o artigo está dividido em quatro partes. A primeira consiste num estudo sobre o direito à saúde, sua eficácia como direito social e o impacto que as demandas judiciais de medicamentos podem causar no orçamento público, tendo como exemplo o estado de Santa Catarina. Na segunda, é abordada a saúde como dever fundamental do Estado. Na terceira parte, são analisados o modelo federativo brasileiro e a formatação administrativa das competências dos entes federados na aquisição e fornecimento de medicamentos. Na parte final, apresentam-se os argumentos relativos aos problemas e distorções que o fornecimento de medicamentos em demandas judiciais, sem o respeito à delimitação das competências administrativas dos entes da federação, pode causar ao orçamento público e à eficiência da prestação do serviço.

O estudo foi realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização do método lógico-dedutivo.

2 Direito à saúde e sua eficácia como direito social

Os direitos fundamentais, a despeito de algumas classificações geracionais apresentadas por parcela relevante da doutrina, podem ser divididos em dois grandes grupos: direitos civis (direitos de defesa) e direitos sociais (direitos a prestações).

Os direitos de defesa são os que exigem uma abstenção do Estado como preservação

de parcela de liberdade dos indivíduos. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), eles estão, em sua maioria, contidos nas disposições do art. 5º, cujo § 1º estabelece que “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, [2019a]).

Os direitos a prestações, por sua vez, buscam obter do Estado alguma atuação positiva. Para Alexy (2017, p. 499), “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.

Essa definição revela a grande polêmica relativa aos direitos sociais: a questão financeira, pois a atuação positiva do Estado para implementar direitos a prestações sempre envolve custo financeiro. Desse modo, quando o Estado é chamado a promover essa modalidade de direitos, surge o problema da escassez orçamentária. Observa-se que “as necessidades são infinitas e os recursos são limitados, [...] o direito à saúde é prestacional [...] envolve recursos financeiros, conclui-se facilmente que as decisões judiciais procedentes implicam gastos públicos com consequente influência no orçamento” (PEDRON; DUARTE NETO, 2018, p. 108-109).

Esse problema fica bastante claro quando se observam, por exemplo, dados sobre valores despendidos por determinação judicial para o fornecimento de medicamentos em Santa Catarina. Números compilados pelo Tribunal de Contas desse estado têm mostrado uma alta intervenção judicial no orçamento público em razão das demandas relativas a medicamentos. Segundo os dados do Tribunal, referentes às contas prestadas pelo governo do estado relativas ao exercício financeiro de 2016, da receita total de R\$ 17,04 bilhões foi aplicado em ações e serviços públicos de saúde o valor de R\$ 2,18 bilhões, equivalentes a 12,82% da receita líquida

total. Desses recursos, os valores aplicados na assistência farmacêutica alcançaram R\$ 153,42 milhões (SANTA CATARINA, 2017, p. 44).

Um dado que chama atenção é que, em 2016, Santa Catarina gastou R\$ 118,15 milhões em razão de sentenças judiciais. Desse valor, R\$ 12,27 milhões foram despendidos em procedimentos e a maior parte, R\$ 100,88 milhões, foi gasta com medicamentos (SANTA CATARINA, 2017, p. 51). Portanto, em 2016, cerca de 65,7% (R\$ 100,88 milhões) do valor total gasto por Santa Catarina com assistência farmacêutica (R\$ 153,42 milhões) foram determinados por sentenças judiciais.

Entre 2013 e 2016, o histórico total de gastos (procedimentos e medicamentos) ordenados por demandas judiciais é o seguinte: R\$ 148,32 milhões em 2013, R\$ 122,30 milhões em 2014, R\$ 135,52 milhões em 2015 e R\$ 118,15 milhões em 2016 (SANTA CATARINA, 2017, p. 51). Esses números mostram o impacto direto das decisões judiciais no orçamento público, especialmente na assistência farmacêutica. Isso se deve, em grande parte, ao problema da eficácia dos direitos sociais. Ao contrário do que ocorre com os direitos civis, a eficácia dos direitos sociais sofre alguns temperamentos, especialmente decorrentes do custo de implementação. Sarlet (2015, p. 265-384) adverte que, em relação a tais direitos, a norma prevista no artigo 5º, § 1º, da CRFB deve ser interpretada no sentido da máxima eficácia dos direitos sociais, sem que isso implique a máxima transformação em direitos subjetivos – até porque a noção de direito subjetivo também sofre relativização decorrente da natureza diferenciada dos direitos sociais.

Com o objetivo de resolver o problema da eficácia dos direitos sociais, Alexy (2017, p. 512) apresenta um modelo baseado na proporcionalidade. O autor afirma que pode ser considerada como garantida uma posição no âmbito do direito a prestações: (a) quando o princípio da

liberdade fática a exigir de forma premente, e se (b) o princípio da separação dos Poderes e o princípio democrático (inclusive as competências orçamentárias), bem como (c) os princípios materiais colidentes (especialmente os relativos à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em pequena medida pela garantia constitucional da posição prestacional (direito social) e pelas decisões judiciais que a levem em consideração.

Esse modelo apresentado por Alexy permite uma avaliação da garantia de direitos sociais, inclusive nas ações judiciais, com base nas condições do caso concreto, por meio do sopesamento. Sarlet (2015, p. 365) reconhece nesse modelo de Alexy “a melhor solução do problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto (baseada na proporcionalidade)”.

No caso brasileiro, o direito à saúde é um dos mais importantes direitos sociais previstos na CRFB¹. As prestações relativas à saúde se materializam por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), que consiste numa rede regionalizada e hierarquizada, mas descentralizada, que oferece atendimento para toda a população, por meio de atuações tanto preventivas quanto assistenciais. As ações de saúde prestadas pelo Poder Público são realizadas pelos três entes da federação e financiadas por recursos da Seguridade Social², além dos respectivos orçamentos de cada ente.

O fornecimento de medicamentos é parcela significativa do direito à saúde e, quando se aborda o tema no âmbito dos direitos, muitas

¹“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, [2019a]).

²“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, [2019a]).

vezes se ignora que direitos quase sempre envolvem deveres, pois, quando alguém tem direito a algo, significa que outrem tem algum dever relativo a isso. Nesse sentido, “pode-se dizer que direito e dever são como o verso e o reverso de uma mesma moeda” (BOBBIO, 2004, p. 73).

É necessário, pois, abordar especialmente o fornecimento de medicamentos no âmbito dos deveres fundamentais do Estado.

3 Saúde: dever fundamental do Estado

Como já se observou, a saúde é direito social que impõe prestações positivas ao Estado para a sua realização. No entanto, é preciso observar que a saúde não é apenas um direito dos indivíduos em face do Estado, mas também um dever do Estado. Trata-se, pois, de um dever fundamental do Estado em face dos indivíduos.

Nabais (2015, p. 64) define deveres fundamentais como “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”. Essa posição jurídica seria passiva, autônoma, subjetiva, individual, universal, permanente e essencial.

Na visão de Peces-Barba Martínez (2004), deveres fundamentais são deveres jurídicos referentes a dimensões básicas da vida do homem na sociedade, notadamente a bens de fundamental importância para a satisfação das necessidades básicas ou que afetam importantes setores da organização e funcionamento das instituições, ou para o exercício dos direitos fundamentais no âmbito constitucional.

Em certo sentido, os deveres fundamentais são deveres dos membros de uma comunidade para com ela. Significa dizer que são compromissos para a realização dos valores da comunidade como Estado organizado (NABAIS, 2015, p. 101). Nesse cenário, é possível estabelecer algumas distinções, notadamente entre deveres fundamentais clássicos e exigíveis dos indivíduos e deveres fundamentais alinhados com o Estado social, de conteúdo social, econômico e cultural, os quais se impõem a toda a comunidade e ao próprio Estado.

Os deveres fundamentais clássicos constituem pressupostos de existência e funcionamento do Estado democrático. Em razão disso, não podem deixar de ser reconhecidos e exigidos. Como exemplo desses deveres é possível citar o dever de defender o País, o de prestar o serviço militar, o de pagar impostos, o de votar. São deveres com conteúdo cívico-político e relacionam-se com a outra face dos direitos fundamentais de liberdade, a participação política, uma vez que exprimem o compromisso dos cidadãos para com o Estado do qual participam (NABAIS, 2015, p. 103).

Por outro lado, no modelo constitucional inspirado no Estado Social – ou seja, com amplo leque de direitos sociais que se impõe ao Estado –, surgem deveres econômicos, sociais e culturais associados ou conexos com direitos sociais, os quais estão sob a tutela dos valores sociais que a CRFB privilegiou. O titular ativo desses deveres não é o Estado (como ente político), mas a comunidade. Exemplos dessa categoria são o dever de trabalhar, o de cultivar a terra, o de proteger a saúde, o de defender o meio ambiente, o de organizar a escolaridade obrigatória, o de preservar o patrimônio cultural, entre outros. Importa destacar que, especificamente em relação à saúde, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, tais deveres ultrapassam a órbita nacional, pois são de toda a humanidade (NABAIS, 2015, p. 103).

Diante da característica dos direitos sociais, sobretudo do direito à saúde, pode-se dizer que o dever fundamental de defender a saúde não é apenas uma imposição constitucional exigível pela comunidade em face dos indivíduos, mas uma demanda comunitária exigível dos indivíduos, da comunidade e do próprio Estado, como ente responsável pela preservação do interesse público.

Na CRFB, esse dever fundamental do Estado foi previsto de forma expressa no art. 196³, que reconhece a saúde como direito de todos. O fornecimento de medicamentos, como fator significativo para a preservação da saúde, está incluído nesse dever do Estado, que deve articular-se no âmbito de suas competências federativas para cumprir tal dever.

Em razão disso, cabe estudar como o Estado brasileiro definiu suas competências federativas relativamente ao fornecimento de medicamentos.

4 O modelo federativo brasileiro no dever fundamental de fornecer medicamentos

Segundo Magalhães (2000), o federalismo brasileiro é centrífugo e inovador, uma vez que instituiu um modelo de três níveis, ao conceder autonomia aos municípios, inclusive com poder constituinte decorrente. No que diz respeito ao aspecto centrífugo, o autor lembra que ele é muito importante na interpretação da Constituição, além de explicar o modelo federativo brasileiro, extremamente centralizado. Com efeito, o federalismo centrífugo representa uma concentração central do poder político, emanando desse centro o poder em direção aos demais entes

³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, 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” (BRASIL, [2019a]).

da federação. Magalhães defende que essa tendência centralizadora da União deva ser considerada inconstitucional.

A essa característica centrífuga do federalismo brasileiro soma-se outra característica importante: a assimetria. Segundo Oliveira (2012, p. 10-11), a assimetria numa federação é predicado identificador de desigualdades na conformação constitucional entre os entes federados ou das relações intergovernamentais por eles realizadas. As assimetrias podem ser de natureza *fática* (questões culturais, históricas, econômicas etc.) ou *de direito* (fórmulas legais de distribuição de competência entre os entes). No federalismo assimétrico, as assimetrias *de fato* dão origem às assimetrias *de direito*. De modo geral, a ideia do federalismo assimétrico funda-se na compreensão de que dentro de um Estado federal há desigualdades regionais que precisam ser consideradas no processo de descentralização do poder, de modo a promover uma transformação dos desníveis mediante a equalização das diferenças. Ao fim e ao cabo, trata-se de considerar as diferenças para promover a igualdade material no modelo federativo constitucional (OLIVEIRA, 2012, p. 29-35). A aplicação da ideia de federalismo assimétrico ao pacto federativo brasileiro, na visão de Oliveira (2012, p. 182), tem como objetivo eliminar a discriminação de partes que não gozam de destacada posição político-econômica, assim como impedir a padronização absoluta do tratamento constitucional dispensado aos entes da federação.

Essa ideia de impedir um tratamento padronizado das competências federativas é essencial para o dever de preservação da saúde, especialmente na questão relativa à assistência farmacêutica, uma vez que o entendimento atual do tema pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁴ (solidariedade entre os entes da federação) pode gerar efetivas distorções, especialmente de natureza financeira.

⁴O STF tem atualmente uma jurisprudência consolidada em repercussão geral firmada no Recurso Extraordinário 855.178 RG/SE (BRASIL, 2015). Nessa decisão, o STF definiu que o tratamento médico aos necessitados se insere no rol de deveres do Estado, sendo dos entes da federação a responsabilidade solidária. Em razão disso, o Tribunal entendeu que o polo passivo da demanda que requer fornecimento de medicamentos pode ser composto por qualquer um deles (União, estado ou município), conjunta ou isoladamente. Esse entendimento, por se tratar de repercussão geral, tem sido aplicado pela Corte. As principais razões por que o STF sustenta esse entendimento estão baseadas, centralmente, na leitura do art. 196 da CRFB. Segundo o Tribunal, o dispositivo deixa claro que há um dever do Estado (União, Distrito Federal, estados e municípios) na prestação da saúde. Além disso, o art. 23, II, da CRFB estabelece a competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde. Segundo o STF, desses dispositivos decorre a legitimidade passiva desses entes nas demandas cuja causa de pedir são prestações relativas à saúde. O Tribunal também argumenta que o fato de o SUS ter adotado um sistema descentralizado na prestação dos serviços, bem como conjugado os recursos para aumentar a qualidade e acesso aos serviços, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre os entes. Embora reconheça que há todo um sistema organizado de competências no âmbito do SUS, mediante descentralização e repartição de aplicação de recursos, o STF considera esse sistema apenas como reforço da obrigação solidária entre tais entes.

Por fim, cabe considerar que o federalismo brasileiro, a partir da promulgação da CRFB, também é cooperativo. Essa conclusão é extraída com base no art. 23 da CRFB⁵, que trata da competência comum entre a União, o Distrito Federal, os estados e os municípios, mais especificamente no parágrafo único desse dispositivo legal, que atribui a leis complementares a fixação de normas de cooperação entre os entes da federação, com vistas ao equilíbrio entre desenvolvimento nacional e bem-estar social. A delimitação de competências comuns e o modelo cooperativo para o equilíbrio do desenvolvimento e bem-estar representariam a assunção de um verdadeiro federalismo cooperativo, o qual atribuiria aos entes da federação o compartilhamento das responsabilidades e a cooperação para o alcance dos objetivos nacionais.

Em matéria de saúde, especialmente a assistência farmacêutica, essa tese de cooperação é por demais óbvia, já que se trata de um comando constitucional (art. 196 da CRFB). No entanto, é preciso observar que assumir um modelo de

cooperação não significa dizer que todos fazem tudo e ao mesmo tempo. Ao contrário, é muito possível, e mesmo desejável, um modelo de atribuição e divisão de responsabilidade, o que seria um modelo cooperativo mais racional.

Esse modelo de repartição de competências foi inicialmente delineado em norma constitucional e expandiu-se para a legislação infraconstitucional. A delimitação constitucional encontra-se nos arts. 196 a 199 da CRFB. O art. 196 define que o direito à saúde é dever do Estado, devendo garanti-lo por políticas públicas de acesso universal e igualitário. Por outro lado, o art. 197 determina que a regulamentação dos serviços e ações da saúde seja feita por meio de lei. Essa lei foi editada sob o nº 8.080, em 19/9/1990. Trata-se da lei do SUS, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Essa lei apresenta nos arts. 16, 17 e 18 a distribuição das competências de cada um dos entes da federação (BRASIL, [2017a]).

De modo geral, podem-se resumir as responsabilidades de cada ente nos seguintes termos: a) a União tem a responsabilidade de coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos, além de planejar e fiscalizar o SUS em todo o País; b) os estados, por sua vez, devem criar suas próprias políticas de saúde e ajudar na execução das políticas nacionais aplicando recursos próprios, assim como devem auxiliar técnica e financeiramente os municípios e executar supletivamente as ações e serviços de saúde. Ademais, os estados coordenam sua rede de laboratórios e hemocentros, definem os hospitais de referência e gerenciam os locais de atendimentos complexos da região; c) os municípios devem garantir os serviços de atenção básica à saúde na sua localidade, mesmo que em parceria com os demais entes federativos.

Evidentemente, tais competências são um resumo do que consta na lei do SUS. No entanto,

⁵“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII – preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII – fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (BRASIL, [2019a]).

a este estudo interessa a competência relativa à assistência farmacêutica, apresentada de maneira bastante genérica na Lei nº 8.080/1990. Coube aos três entes da federação – em especial à União, no seu papel de organizadora do SUS – melhor definir as competências na assistência farmacêutica. Com essa finalidade, ao longo das últimas décadas o Ministério da Saúde editou inúmeras portarias. Recentemente, elas foram agrupadas como Portarias de Consolidação. No caso específico da competência para a aquisição e o fornecimento de medicamentos, a questão é tratada no Anexo XXVII da Portaria de Consolidação nº 2, de 28/11/2017 (BRASIL, [2020]).

Trata-se de um verdadeiro pacto federativo pela saúde no qual os entes da federação se organizaram de modo a melhor atender às demandas relativas à saúde, racionalizando a gestão e a prestação do serviço. O modelo de assistência farmacêutica no âmbito do SUS é dividido em três grandes grupos: componente básico, componente especializado e componente estratégico.

O componente básico⁶ – segundo o art. 34 do Anexo XXVII da Portaria de Consolidação nº 2 – destina-se à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da atenção básica à saúde. O art. 39 desse Anexo⁷ prevê que a responsabilidade pela aquisição dos medicamentos constantes no componente básico é dos estados, Distrito Federal e municípios. Há, porém, ressalva nos arts. 35 e 36 do Anexo⁸ que atribui ao Ministério da Saúde a aquisição de insulina humana NPH 100UI/ml e de insulina regular 100 UI/ml, bem como os medicamentos e insumos contraceptivos do Programa Saúde da Mulher, constantes nos Anexos I e IV da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

O componente especializado da assistência farmacêutica⁹, segundo o art. 48 do Anexo XXVII, é uma estratégia de acesso a medicamentos

⁶“Art. 34. O Componente Básico da Assistência Farmacêutica destina-se à aquisição de medicamentos e insumos, incluindo-se aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da Atenção Básica à Saúde” (BRASIL, [2020]).

⁷“Art. 39. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis pela seleção, programação, aquisição, armazenamento, controle de estoque e prazos de validade, distribuição e dispensação dos medicamentos e insumos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, constantes dos Anexos I e IV da RENAME vigente, conforme pactuação nas respectivas CIB” (BRASIL, [2020]).

⁸“Art. 35. Cabe ao Ministério da Saúde o financiamento e a aquisição da insulina humana NPH 100 UI/ml e da insulina humana regular 100 UI/ml, além da sua distribuição até os almoxarifados e Centrais de Abastecimento Farmacêutico Estaduais e do Distrito Federal. Parágrafo Único. Compete às Secretarias Estaduais de Saúde a distribuição da insulina humana NPH 100 UI/ml e da insulina humana regular 100 UI/ml aos Municípios. Art. 36. Cabe ao Ministério da Saúde o financiamento e a aquisição dos medicamentos contraceptivos e insumos do Programa Saúde da Mulher, constantes do Anexo I e IV da RENAME vigente” (BRASIL, [2020]).

⁹“Art. 48. O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde” (BRASIL, [2020]).

caracterizada pela busca de garantia de integralidade do tratamento medicamentoso em nível ambulatorial. Os medicamentos que fazem parte do componente especializado são divididos em três grupos (art. 49 do Anexo XXVII): o Grupo 1, que trata dos medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo parte deles de aquisição centralizada (Grupo 1A) e parte de aquisição descentralizada, mediante transferência de recursos (Grupo 1B); o Grupo 2, em que a responsabilidade de aquisição é das secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal; e, por fim, o Grupo 3, em que figuram os medicamentos de responsabilidade das secretarias de Saúde dos municípios e do Distrito Federal¹⁰.

De acordo com o art. 50 do Anexo¹¹, os critérios gerais para a definição de cada grupo são: complexidade do tratamento da doença, garantia de integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado e manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS.

Por sua vez, o art. 51 dispõe que o Grupo 1 é definido pelos seguintes critérios: maior complexidade do tratamento da doença, refratariedade ou intolerância à primeira e/ou à segunda linha de tratamento, medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica e medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde¹².

¹⁰“Art. 49 [...] I – Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em: a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; II – Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e III – Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica” (BRASIL, [2020]).

¹¹“Art. 50. Os grupos de que trata o art. 49 são definidos de acordo com os seguintes critérios gerais: I – complexidade do tratamento da doença; II – garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; e III – manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS” (BRASIL, [2020]).

¹²“Art. 51. O Grupo 1 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos: I – maior complexidade do tratamento da doença; II – refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento; III – medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e IV – medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde” (BRASIL, [2020]).

Conforme o art. 52, o Grupo 2 é definido pelos critérios de: menor complexidade do tratamento da doença em relação ao Grupo 1 e refratariedade ou intolerância à primeira linha de tratamento¹³.

Por fim, segundo o art. 53, o Grupo 3 é definido de acordo com os medicamentos constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica¹⁴.

Os medicamentos dos Grupos 1 e 2 constam no Anexo III da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), ao passo que os medicamentos do Grupo 3 estão no Anexo I da mesma relação.

Quanto à aquisição e distribuição dos medicamentos, há uma delimitação de competências para cada grupo. Segundo o art. 96 do Anexo XXVII da Portaria de Consolidação nº 2 do Ministério da Saúde, a responsabilidade pela programação, armazenamento e distribuição dos medicamentos dos Grupos 1A e 1B é das secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal. No entanto, a aquisição dos medicamentos do Grupo 1A é do Ministério da Saúde e a aquisição dos medicamentos do Grupo 1B é das secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal¹⁵. Contudo,

cabe observar que, embora a aquisição do Grupo 1B seja realizada pelo estado, os recursos para tanto são repassados pelo Ministério da Saúde, conforme determina o art. 49. Diferentemente, a aquisição dos medicamentos do Grupo 2 é de responsabilidade das secretarias dos estados e do Distrito Federal, conforme prevê o art. 97 do Anexo XXVII da portaria do Ministério da Saúde¹⁶. Por fim, a aquisição dos medicamentos do Grupo 3 é de responsabilidade das secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos municípios, segundo determina o art. 98 do mesmo Anexo XXVII¹⁷.

É importante observar que, de acordo com a Portaria de Consolidação nº 6 do Ministério da Saúde (BRASIL, [2019b]) – a qual fixa critérios e mecanismos de repasse de valores no âmbito do SUS entre os entes da federação –, a União acaba contribuindo com o repasse de recursos tanto para os estados quanto para os municípios para auxiliá-los na aquisição dos medicamentos de suas respectivas competências.

Há ainda o componente estratégico da assistência farmacêutica que, segundo o Rename 2017, se destina à garantia do acesso a medicamentos (Anexo II) e insumos (Anexo IV) para o controle de doenças e agravos específicos com potencial impacto endêmico, muitas vezes relacionados a situações de vulnerabilidade social e pobreza. A aquisição é realizada pelo Ministério da Saúde,

¹³“Art. 52. O Grupo 2 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos: I – menor complexidade do tratamento da doença em relação ao Grupo 1; e II – refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento” (BRASIL, [2020]).

¹⁴“Art. 53. O Grupo 3 é definido de acordo com os medicamentos constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica” (BRASIL, [2020]).

¹⁵“Art. 96. A responsabilidade pela programação, armazenamento e distribuição dos medicamentos dos Grupos

1A e 1B é das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, sendo a responsabilidade pela aquisição dos medicamentos do Grupo 1A do Ministério da Saúde e dos medicamentos do Grupo 1B das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal” (BRASIL, [2020]).

¹⁶“Art. 97. A responsabilidade pela programação, aquisição, armazenamento e distribuição dos medicamentos do Grupo 2 é de responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal” (BRASIL, [2020]).

¹⁷“Art. 98. A responsabilidade pela programação, aquisição, armazenamento e distribuição dos medicamentos do Grupo 3 é das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios e está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica” (BRASIL, [2020]).

que distribui esses itens aos estados e Distrito Federal, aos quais cabem o armazenamento e a distribuição aos municípios (BRASIL, 2017b, p. 32).

Em termos gerais, esse é o quadro atual de distribuição de competências para a assistência farmacêutica no âmbito do SUS. Nesse quadro, o que mais importa ressaltar é a clara delimitação dos medicamentos que serão adquiridos e fornecidos por cada ente da federação. Tal delimitação representa um verdadeiro pacto federativo de cooperação entre União, Distrito Federal, estados e municípios com o fim de melhor promover a assistência farmacêutica no País. Esse pacto de distribuição de competências evidentemente visa criar um sistema mais eficiente no atendimento aos necessitados, delimitando o campo de atuação de cada ente federativo, notadamente em razão das diferenças de capacidade financeira de cada um, assim como em razão da abrangência de cada demanda. Tal modelo de repartição de competências é uma forma de dar eficiência ao Estado no cumprimento do dever fundamental de preservar a saúde das pessoas.

Todavia, como também já se observou neste estudo, a jurisprudência ignora essa divisão de responsabilidades nas demandas de fornecimento de medicamentos, uma vez que reconhece uma responsabilidade solidária de todos os entes da federação no fornecimento de medicamentos, deixando ao indivíduo a escolha de contra qual ente prefere demandar, independentemente da repartição de competências delineada na legislação atual.

Podem-se apresentar algumas observações acerca do impacto que esse entendimento jurisprudencial pode causar no sistema federativo de fornecimento de medicamentos, com consequência direta no orçamento público dos Estados.

5 Assistência farmacêutica no SUS: refutando a solidariedade dos entes da federação no dever de fornecer medicamentos

Diante dos dados apresentados, já se pode perceber que – embora haja uma delimitação clara no âmbito do SUS para as responsabilidades de aquisição e fornecimento de medicamentos entre os entes da federação – esse pacto federativo tem sido ignorado pela jurisprudência, especialmente do STF, que continua reconhecendo a solidariedade entre os entes da federação nas demandas por medicamentos. Também já se notou, nos números apresentados, que as demandas por assistência farmacêutica têm um alto percentual de intervenção judicial no orçamento de Santa Catarina.

Esse entendimento jurisprudencial de solidariedade sem necessidade de demandar contra todos os entes da federação – e ainda podendo es-

colher contra quem demandar, independentemente da distribuição de competências para cada tipo de medicamento – gera evidentes distorções jurídicas e orçamentárias, que podem ser de três espécies: a) escolha do juiz mais complacente com o interesse da demanda; b) escolha política do ente da federação a demandar; e c) violação do pacto federativo.

A primeira delas é bastante óbvia: tendo em vista que a justiça federal não tem unidades estabelecidas em todas as comarcas do País, bem como pelo fato de suas unidades abrangerem, por vezes, mais de uma comarca da justiça estadual, o autor da demanda de medicamentos, com base nessa possibilidade de escolher contra quem demandar, pode também escolher o juiz que entender seja o mais complacente com esse tipo de demanda, ou seja, aquele cujo entendimento seja mais flexível para o deferimento de sua pretensão. Desse modo, se o juízo federal for mais interessante, ele promove a ação contra a União. Por outro lado, se o juízo estadual for “melhor” aos olhos do demandante, faz-se a ação contra o estado. Trata-se de evidente violação do princípio do juiz natural, permitindo-se uma verdadeira escolha do juiz para o caso, o que não se deveria permitir.

A segunda questão envolve a escolha política. Sabe-se que muitos municípios têm orçamento reduzido e não dispõem de capacidade financeira para fornecer tratamentos de elevado custo. Sabedor desse fato, não é impossível imaginar que uma demanda de fornecimento de medicamentos possa ser proposta contra um município para que forneça medicamento de alto custo. Isso criaria um sério problema administrativo e poderia desestabilizar a administração financeira daquele município, ou seja, um prato cheio para as críticas políticas dos adversários, tema diretamente relacionado com as disputas municipais pelos cargos políticos. E não se duvide: isso existe de forma bastante latente nas cidades pequenas, onde as desavenças políticas costumam ser bastante acirradas. Com efeito, há casos em que um único medicamento para uma pessoa compromete o orçamento anual da saúde de um pequeno município. Ainda assim, no rigor da jurisprudencial atual, o demandante poderia exigir tal medicamento apenas desse município.

A terceira espécie de distorção jurídica é a violação do pacto federativo. Quando a jurisprudência define o dever de prestar assistência farmacêutica relativamente a qualquer medicamento por qualquer ente da federação, por mera escolha do beneficiário, tal decisão implica grave ofensa ao pacto federativo, pois, na medida em que para a União, estados e municípios se fixou uma delimitação de competências no fornecimento de medicamentos, tal delimitação decorre do poder político baseado na autonomia administrativo-política de tais entes. Esse tipo de organização decorre diretamente dos comandos previstos no art. 198 da

CRFB, especialmente no modelo descentralizado e hierarquizado, além do comando contido no § 3º do mesmo dispositivo, que possibilita a divisão das despesas por meio de lei.

Já se observou neste estudo que o Brasil vive um federalismo que concentra poder na União, que há uma assimetria em relação aos poderes e competências de cada ente, assim como o dever de cooperação entre eles. Não há como conjugar responsabilidade orçamentária no âmbito do SUS dentro de um modelo descentralizado de repartição de competências sem considerar que os entes da federação têm autonomia política para delimitar suas formas de atuar. Quando afasta essa delimitação de competências, a jurisprudência fere o pacto federativo, pois se insere indevidamente no campo político e desorganiza as competências administrativas.

Claro que se pode argumentar que a decisão judicial apenas reconhece o comando constitucional de solidariedade para garantir o integral direito à saúde. Contudo, esse argumento esvai-se quando se percebe que a divisão de competências em momento algum fere ou diminui o integral direito à saúde; ao contrário, visa garanti-lo de modo mais eficiente, dentro de um sistema organizado que permita a cada ente estabelecer uma programação orçamentária para a aquisição dos medicamentos.

Além disso, não há dado efetivo algum que mostre que a competência solidária e a possibilidade de livre escolha contra quem demanda judicialmente seja melhor garantidora da eficiência no sistema de fornecimento de medicamentos. Ao contrário, os números (já descritos no início deste estudo) mostram que a interferência orçamentária causada por essa jurisprudência sobremaneira desastrosa gera alto grau de intervenção judicial no orçamento público. Mais que isso: gera despesas indevidas, especialmente para os estados, uma vez que, ao serem obrigados a fornecer determinados

medicamentos, obriga-os a pagarem contas que não seriam deles, mas da União, sem prévia programação financeira e mesmo sem recursos para tanto. Por isso, é preciso compreender que a ideia de solidariedade viola o pacto federativo, gerando graves distorções na programação financeira dos entes.

Essa compreensão permite abordar o segundo tipo de distorções, as orçamentárias. Os números já apresentados neste estudo mostraram que em 2016 cerca de 65% do orçamento da assistência farmacêutica em Santa Catarina foram destinados ao cumprimento de decisões judiciais. Todavia, além desse problema grave, há fatores mais profundos que pioram o quadro.

Quando não se respeita a delimitação de competências no fornecimento de medicamentos, ocorre uma séria distorção: muitas demandas são formuladas contra o estado de Santa Catarina requerendo medicamentos de alta complexidade, os dos Grupos 1A e 1B, que deveriam ser pagos pela União. Em razão disso, quando é obrigado a fornecer medicamentos dos referidos Grupos 1A e 1B, o estado está sendo compelido a comprar medicamentos com recursos próprios, quando na verdade tais medicamentos deveriam ser adquiridos com recursos da União. Esses valores que, por ordem judicial, o estado gasta com tais medicamentos não são ressarcidos pela União. Logo, embora a União seja a detentora dos recursos para comprar os medicamentos, quem paga a conta da demanda judicial contra o estado é exclusivamente este, sem nunca ser ressarcido, pois não há previsão legal para isso. Nem é preciso falar dos municípios, que, no caso de Santa Catarina, são de pequeno porte em sua grande maioria e não têm condições de fornecer assistência farmacêutica integral. Essa distorção interfere de forma gravíssima no orçamento do estado, uma vez que tais medicamentos costumam ser de custo elevado.

É certo o comando constitucional para a assistência integral à saúde. Contudo, é impossível negar que a jurisprudência da solidariedade na competência para fornecer os medicamentos, sem considerar as delimitações administrativas para a aquisição, que decorre também da CRFB e do próprio pacto federativo, distorce bastante o orçamento público, sobretudo o dos estados, como ocorre em Santa Catarina. Não faz o menor sentido continuar determinando que os estados (ou municípios), com orçamentos limitados, continuem cobrindo despesas que deveriam ser realizadas pela União, cujo orçamento é imensamente maior.

Igualmente, não faz sentido interpretar na CRFB a solidariedade dos entes da federação no fornecimento dos medicamentos sem considerar o pacto federativo e os comandos que determinam a organização das competências descentralizadas e a divisão dos recursos financeiros na manutenção do SUS. É preciso, portanto, rediscutir a jurisprudência do STF e avançar para um modelo mais condizente com a gestão administrativa da assistência farmacêutica, de modo a tentar eliminar as indevidas distorções orçamentárias e jurídicas que essa jurisprudência tem causado.

6 Conclusão

Este estudo propôs-se a analisar o direito à saúde no âmbito do dever fundamental do Estado de prestar assistência à saúde, especificamente na questão da delimitação federativa de competências para o fornecimento de medicamentos.

Estudou-se inicialmente o direito à saúde no âmbito dos direitos sociais, como direito a prestações positivas do Estado, observando-se que a eficácia dessa modalidade de direitos fundamentais é temperada pela proporcionalidade,

haja vista seu alto impacto financeiro sobre o orçamento público. Foi possível também identificar a saúde no âmbito dos deveres fundamentais, exigíveis do indivíduo, da comunidade e do Estado. Este último, aliás, é sujeito passivo do direito à saúde por previsão constitucional expressa, de modo que cabe ao Estado prestar o serviço de saúde pública aos necessitados. Nesse serviço está incluído o fornecimento de medicamentos.

Em seguida, analisou-se o modelo federativo nacional, o qual concentra a maior parte do poder e dos recursos no centro, ou seja, na União. Também se observou que a CRFB procurou construir um modelo federalista cooperativo, no qual os entes procuram delimitar suas competências a fim de dar eficiência máxima aos serviços públicos que prestam.

Ainda no âmbito das competências, estudou-se o modelo atual de prestação de assistência farmacêutica pelos três entes da federação (União, estados e municípios). Foi possível constatar que administrativamente se delimitaram de forma clara os papéis dos entes da federação e sua responsabilidade pela aquisição e fornecimento de medicamentos, conforme três grandes categorias, chamadas componente básico, especializado e estratégico de atendimento à saúde.

Retomando o problema de pesquisa: que problemas as demandas judiciais de fornecimento de medicamentos podem causar quando desrespeitam a delimitação administrativa de competências para o fornecimento de medicamentos? Constatou-se que as demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos, amparadas em jurisprudência do STF, não respeitam essa delimitação de competências federativas, podendo cada demandante escolher contra qual ente federativo pretende demandar judicialmente, independentemente da categoria do medicamento que deseja receber.

Verificou-se também que esse entendimento jurisprudencial gera significativas distorções na prestação do serviço de saúde, tanto de ordem jurídica quanto orçamentária, pois, além de permitir escolhas políticas (e não técnicas) sobre quem fornecerá o medicamento requerido judicialmente, ainda imprime pesado ônus financeiro, obrigando estados e municípios a custearem medicamentos que, segundo a repartição federativa das competências, seriam de responsabilidade da União, sem que os primeiros possam sequer obter ressarcimento dos valores gastos.

É preciso, pois, repensar esse entendimento jurisprudencial e rever a questão da competência no fornecimento de medicamentos, de modo a garantir o direito à saúde de todos e fazer os entes federativos cumprirem seu dever fundamental de fornecer os medicamentos para a preservação da saúde, sem que isso provoque instabilidade orçamentária e distorção nas responsabilidades de cada ente na aquisição de medicamentos a serem fornecidos.

Sobre os autores

Clovis Demarchi é doutor e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Itajaí, SC, Brasil; professor no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica na Univali, Itajaí, SC, Brasil; membro do grupo de pesquisa em Direito, Constitucionalismo e Jurisdição no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica na Univali, Itajaí, SC, Brasil.

E-mail: demarchi@univali.br

Douglas Cristian Fontana é mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, SC, Brasil; doutorando em Ciência Jurídica na Univali, Itajaí, SC, Brasil; juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Seara, SC, Brasil.

E-mail: douglas.fontana@tjsc.jus.br

Como citar este artigo

(ABNT)

DEMARCHI, Clovis; FONTANA, Douglas Cristian. Impactos das demandas judiciais no dever do Estado de prestar assistência farmacêutica. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 113-130, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p113

(APA)

Demarchi, C., & Fontana, D. C. (2020). Impactos das demandas judiciais no dever do Estado de prestar assistência farmacêutica. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 113-130. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p113

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. (Teoria & Direito Público).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 21 fev. 2020.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de setembro de 2017*. Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. [Brasília, DF]: Ministério da Saúde, [2020]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html. Acesso em: 21 fev. 2020.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria de Consolidação nº 6, de 28 de setembro de 2017*. Consolidação das normas sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde. [Brasília, DF]: Ministério da Saúde, [2019b]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0006_03_10_2017.html. Acesso em: 28 fev. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*: RENAME, 2017. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2017b. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf. Acesso em: 21 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência [...]. Recorrente: União. Recorrida: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de março de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em: 21 fev. 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). *Pacto federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. (Coleção Mandamento. Caderno de Pesquisa, 1).

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2015. (Teses de Doutorado).

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. *Federalismo assimétrico brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. (Derechos Humanos y Filosofía del Derecho).

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99. Acesso em: 21 fev. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. *Para onde vai o seu dinheiro 15*: versão simplificada do parecer prévio sobre as contas prestadas pelo governador do Estado ao Tribunal de Contas de Santa Catarina. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, 2017. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/content/para-onde-vai-o-seu-dinheiro-15#prettyPhoto>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

A interpretação dos Tribunais de Justiça do Sul do Brasil acerca do crime continuado

DANI RUDNICKI
GRAZIELE COSTANZA

Resumo: Este artigo aborda a aplicação e a interpretação do crime continuado pelos Tribunais de Justiça do Sul do Brasil. Busca analisar e comparar decisões dos Tribunais sobre o tema e saber a qual política criminal (Movimento de Lei e Ordem ou Garantismo) as suas decisões podem ser vinculadas. Para isso, realizou-se pesquisa empírica do Direito, tendo sido encontradas 381 decisões e utilizadas 227 dentre elas. Essas decisões, datadas de período compreendido entre 3/7/2017 e 29/12/2017, foram separadas em tabelas com indicação da espécie de crime, quantidade de infrações praticadas, modo de execução, tempo e local de cada crime, se houve ou não o reconhecimento da continuidade delitiva, qual a fração de aumento da pena e, em caso de negativa, o porquê da não aplicação do instituto. Conclui-se que esses Tribunais utilizam ambas as políticas criminais como base para a interpretação do crime continuado.

Palavras-chave: Crime continuado. Garantismo. Jurisprudência. Movimento de Lei e Ordem. Pesquisa empírica.

Interpretation of the Courts of Appeal of the South of Brazil about continued crime

Abstract: This work deals with the study of the application and enforcement of continued crime, according to the understanding of the Courts of Appeal of the South of Brazil. The goals are to analyze and compare decisions of the Courts on the subject; and to know to which criminal policy (Law and Order or Penal Guaranty) the Courts decisions are bound. The resulting decisions were separated into tables for further analysis: kind of crime, how many offenses, mode of execution, time and place of every crime, if the continued crime was recognized. The methodology used corresponds to the qualitative and empirical research of the law. From the analysis of the data, it is possible to realize that there

Recebido em 6/11/19
Aprovado em 1/3/20

are both interpretations, based on the Penal Guaranty as in the Law and Order Movement.

Keywords: Continued crime. Penal Guaranty. Jurisprudence. Law and Order. Empirical research.

1 Introdução

O presente trabalho aborda a aplicação e a interpretação do crime continuado pelos Tribunais de Justiça do Sul do Brasil. Busca saber como eles interpretam o crime continuado por meio da análise e da comparação de suas decisões sobre o tema e a qual política criminal (Lei e Ordem ou Garantismo) elas estão vinculadas. Afinal, como todo instituto jurídico, sua aplicação desvela complexidade, pois o Direito (Penal) pode ser aplicado (ou interpretado) de formas diversas, conforme a política criminal adotada pelo Estado, e assim pode seguir uma linha mais liberal ou repressiva.

Procurou-se trabalhar com duas políticas criminais que defendem propostas antagônicas: uma com medidas expansionistas do Direito Penal e outra, minimalista. Entre as consideradas expansionistas – Direito Penal do Inimigo e Lei e Ordem –, escolheu-se a segunda, pois a primeira não se mostra cabível no Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, em que todas as pessoas devem ser consideradas cidadãs, não classificadas como inimigas do Estado. Entre as minimalistas, Direito Penal Mínimo e Garantismo Penal, optou-se pela última.

O Movimento de Lei e Ordem (WILSON, 2013), com fundamento na insegurança da sociedade, utiliza-se de penas diferenciadas para cada “tipo de pessoa”, com base nos antecedentes, em questões subjetivas, para definir o caráter e a quantidade de pena a ser aplicada no caso concreto. Wilson defende medidas de política criminal subjetivas, baseadas na pessoa do condenado, mencionando uma aplicação diferenciada da pena, de acordo com a história criminal do indivíduo e não simplesmente com a gravidade do fato. Em nome da defesa da sociedade, legitima-se a ampliação dos poderes de intervenção do Estado para o combate do mal. Busca-se a aplicação de penas mais severas (SHECAIRA, 2009, p. 170).

Representado pela obra *Direito e razão*, do italiano Luigi Ferrajoli, o Garantismo Penal caracteriza-se como um modelo normativo de Direito que busca minimizar a violência e aumentar a liberdade, por intermédio de vínculos (limites) impostos à função punitiva do Estado para garantir os direitos dos cidadãos. Desse modo, como modelo normativo, só pode

ocorrer num Estado Democrático de Direito, no qual o poder estatal deriva do ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 2002). A lei penal é tida como último recurso e deve visar à defesa do mais fraco, opondo-se ao poder excessivo de castigar (STOCK; RUDNICKI, 2012, p. 55). Há a defesa de um Direito Penal mínimo, baseado em parâmetros de máximo bem-estar possível aos não desviados e de mínimo mal-estar aos desviados (AGUILERA GARCÍA, 2014, p. 69).

Embora haja obras científicas a respeito da continuidade delitiva, o presente estudo mostra-se relevante pelo fato de não se perceber a existência de trabalhos dedicados a analisar as decisões de Tribunais com relação a esse instituto. Além disso, a pesquisa da jurisprudência traz à ciência do Direito maior rigor metodológico, ao permitir lidar com a realidade e criar sensibilidade para a dogmática jurídica (LOPES; WATANABE; SADEK; SALLES, 2013, p. 18). Por isso, optou-se pela análise de 227 julgados de três Tribunais de Justiça: os do Rio Grande do Sul (TJRS), Santa Catarina (TJSC) e Paraná (TJPR).

Trata-se de pesquisa qualitativa, pois o objetivo não é estatístico, mas de análise do conteúdo das decisões; empírica, mediante a análise de acórdãos e decisões judiciais, tal como preconizado por Lopes, Watanabe, Sadek e Salles (2013); indutiva incompleta ou científica (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 86), uma vez que se parte da análise dessas decisões (dados específicos) para inferir verdades gerais acerca do crime continuado.

Sendo inviável a pesquisa de todos os julgados, realizou-se um recorte temporal para efetuar o trabalho. Foram “descartadas” decisões que não tratam especificamente da continuidade delitiva, como as de *habeas corpus* e de admissão de Recurso Especial, as repetidas e aquelas em que houve reconhecimento da extinção da punibilidade.

Quanto à jurisprudência nos sites dos Tribunais, a pesquisa se assemelha. Nas ferramentas de busca dos sites, inseriu-se o termo *crime continuado* entre aspas¹, limitando-se a decisões com julgamento entre os dias 3/7/2017 e 29/12/2017². No TJRS³, havia 205 decisões, das quais 77 foram descartadas, restando 128 decisões; no TJSC⁴, o resultado foi

¹ Utilizaram-se os operadores booleanos entre aspas. Tais operadores são códigos e símbolos disponíveis nos bancos de dados eletrônicos, utilizados para auxiliar na pesquisa realizada pelos usuários. Os operadores booleanos podem ser explícitos (exemplo, “e”, “ou”, “prox”) ou implícitos (exemplo, “;”, “()”, “-”, “{”, “%”). Assim, na pesquisa booleana, junta-se, na busca em banco de dados eletrônico, termos com o auxílio desses operadores (VEÇOSO; PEREIRA; PERRUSO; MARINHO; BABINSKI; WANG; GUERRINI; PALMA; SALINAS, 2014, p. 113).

² Optou-se por começar e terminar o período da pesquisa com dias úteis. Visto que os dias 1/7/2017 e 2/7/2017, bem como 30/12/2017 e 31/12/2017, não eram dias de semana, mas sábados e domingos, o recorte temporal estabelecido foi de 3/7/2017 a 29/12/2017 para os três Tribunais.

³ Ver Rio Grande do Sul (c2010).

⁴ Ver Santa Catarina ([20--]).

de 82 decisões, sendo 45 delas descartadas, restando 37; por fim, no TJPR⁵, foram obtidas 94 decisões, sendo 32 descartadas, restando 62. Neste artigo são citadas 21 decisões do TJRS, 12 do TJSC e 11 do TJPR, escolhidas por apresentarem argumentos centrais relativos ao tema, de modo a melhor caracterizá-lo e abordá-lo.

Dessa forma, o texto inicia-se com a apresentação do crime continuado (conceito, origem, previsão legal, teorias) e depois apresenta os resultados obtidos na pesquisa jurisprudencial e empírica.

2 Crime continuado

O crime continuado é instituto penal criado por razões de política criminal e configura-se quando o agente pratica duas ou mais infrações, sob semelhantes circunstâncias de tempo, modo de execução, lugar, entre outras similaridades. Para tais condutas, o Código Penal (CP) (BRASIL, [2019b]) estabelece tratamento mais benéfico, por meio da aplicação de uma das penas (a mais grave) referente a um dos crimes-parte da continuidade delitiva, aumentada por determinada fração.

Não sendo conhecido ou previsto pelos sistemas jurídicos romano, bárbaro e canônico, o instituto foi formulado pelos glosadores⁶ e pós-glosadores⁷ (séculos XIV e XV) e sistematizado pelos práticos italianos (séculos XVI e XVII), entre os quais se destaca Prospero Farinacio. Lyra (1958, p. 439) afirma que o instituto foi criado devido a um sentimento de humanidade desses práticos italianos; Carrara (1956, p. 360) menciona sua benignidade: “os quais, por tôda [sic] sorte de estudos tentavam tornar mais rara a pena de morte infligida ao terceiro furto”. Eles pretendiam mitigar o rigor excessivo de determinadas penas, em especial, a de furto, punido com a morte quando praticado pela terceira vez.

No CP, o crime continuado está previsto no art. 71, que apresenta duas modalidades do instituto: a comum (ou simples), prevista no *caput*, e a qualificada (ou específica), no parágrafo único.

Acerca da fundamentação teórico-dogmática, existem três teorias para justificar a existência do instituto. A primeira, a teoria da benignidade,

⁵ Ver Paraná ([20--]).

⁶ Os glosadores, juristas da Idade Média, desempenhavam um papel predominantemente teórico. Eram responsáveis pelas glosas, comentários ao texto romano, que estudavam e pelo qual tinham grande respeito; todavia, não pretendiam utilizá-lo de forma prática: objetivavam comprová-lo como “instrumento de razão da verdade da autoridade” (LOPES, 2012, p. 118-120).

⁷ Os pós-glosadores, ou comentadores, eram conhecidos como grandes conselheiros dos príncipes, comunas e particulares. Eles emitiam opiniões e pareceres e contribuíram para harmonizar os direitos locais (LOPES, 2012, p. 120).

reflete as razões históricas que sustentam a constituição do instituto, que, por meio da unificação dos crimes praticados sucessivamente, buscava mitigar a severidade punitiva e impedir a aplicação da pena capital; atualmente, visa à não aplicação de punições excessivas, resultantes do concurso material de crimes (SZNICK, 1994, p. 94). A segunda teoria, a da utilidade processual, sustenta que o instituto do crime continuado existe em face da conveniência prático-processual, para evitar sobrecarga ao Poder Judiciário em ter de instruir e julgar fatos iguais (FAYET JÚNIOR, 2018, p. 166-167). A terceira é a teoria da mitigação (ou diminuição) da culpabilidade, segundo a qual o crime continuado se encontra fundamentado no fato de haver uma culpabilidade menos censurável, por meio do aproveitamento de uma mesma oportunidade. Sustenta que, após cometer o primeiro delito, o agente teria mais facilidade em praticar os seguintes, o que levaria a uma diminuição da culpabilidade (FAYET JÚNIOR, 2018, p. 167-169).

Quanto à natureza jurídica e seus desdobramentos, existem três teorias que procuram explicá-la: a teoria da unidade real (ou teoria da realidade natural), a teoria da ficção jurídica (ou unidade fictícia limitada) e a da unidade jurídica (ou mista). A primeira afirma ser o crime continuado uma realidade real e natural, em virtude de as diversas ações serem uma parcial realização do resultado total (SZNICK, 1994, p. 87-88). A teoria da ficção jurídica foi criada por Carrara (1956, p. 364), que observou o desenvolvimento do instituto na história; essa corrente afirma que os crimes são vários, mas passam a ser considerados como crime único em razão de uma ficção. Os seguidores da teoria da unidade jurídica ou mista afirmam que o crime continuado não é uma unidade real ou uma ficção, mas uma figura criada pelo legislador, com existência própria e objetivos estabelecidos. Assim, não é crime único nem concurso de delitos, mas outra categoria de crime, um *tertium genus*; a existência da unidade delitiva é decorrente da lei, de modo que é uma unidade jurídica (PIMENTEL, 2006, p. 5; FAYET JÚNIOR, 2018, p. 160-161).

Quanto aos requisitos ou elementos configuradores do crime continuado, os entendimentos compõem três teorias: a subjetivo-objetiva, a objetiva pura e a subjetiva. A teoria subjetivo-objetiva exige, além dos requisitos externos, o subjetivo, constituído na unidade de dolo, de resolução ou de desígnio (DOTTI, 2014, p. 4). Para a teoria subjetiva, preferida por Lyra (1958, p. 443), o que determina a caracterização do instituto do delito continuado é o elemento subjetivo (unidade de resolução), não sendo importantes os aspectos objetivos das diversas condutas do agente; dessa forma, a relevância está no valor subjetivo, aquilo que inspirou o agente a praticar os atos constantes da cadeia delitiva. A teoria objetiva pura (ou puramente objetiva) afirma que, para a caracterização do

instituto, basta a presença dos requisitos externos (DOTTI, 2014, p. 4; LYRA, 1958, p. 441); ela foi a escolhida pelo legislador brasileiro quando da redação do art. 71 do CP, já que não prevê a necessidade da unidade de desígnios do agente: basta a demonstração da homogeneidade de forma objetiva, por meio das circunstâncias exteriores que envolvem a prática dos delitos.

Diante disso, para que o crime continuado seja reconhecido, é necessária a presença dos seguintes requisitos: a) pluralidade de condutas; b) pluralidade de crimes da mesma espécie; c) condições de tempo; d) condições de lugar; e) maneira de execução; e f) outras condições semelhantes.

No que diz respeito à pluralidade de condutas, é preciso que o agente tenha praticado duas ou mais ações ou omissões. Não basta a pluralidade de ações puramente naturais, mas elas devem ser juridicamente puníveis, típicas (POSADA MAYA, 2011, p. 88).

Sobre o conceito de crimes da mesma espécie há duas correntes. Os adeptos da primeira entendem que crimes da mesma espécie não são só os previstos no mesmo artigo da lei, mas também os que ofendem ao mesmo bem jurídico e que apresentam características fundamentais em comum. Dessa forma, é possível a continuidade delitiva entre furto e roubo, roubo e extorsão, estelionato e qualquer fraude (FRAGOSO, 2006, p. 448; DOTTI, 2014, p. 3).

Não há critério definido a respeito do tempo em que os delitos são praticados, mas a razoabilidade do lapso que há entre as condutas, juntamente com os outros elementos da continuidade delitiva, serve para informar se o caso é de crime continuado ou de outra espécie concursal delitiva (CARVALHO, 1999, p. 7).

Quanto ao requisito lugar, é possível encontrar entendimentos no sentido de que semelhantes condições de lugar ocorrem quando os crimes são praticados em cidades diferentes da

mesma região metropolitana, na mesma região socioeconômica, entre comarcas vizinhas, locais próximos um do outro, entre outras. Entretanto, o critério do local, assim como os demais, não pode ser interpretado com rigor excessivo, a fim de que não se deixe de reconhecer o crime continuado quando a distância entre os locais onde ocorreram as condutas seja maior ou menor (CARVALHO, 1999, p. 7).

O critério da maneira de execução relaciona-se à forma como os crimes foram praticados. Deve haver semelhança entre os atos praticados (FAYET JÚNIOR, 2018, p. 297). Entretanto, não significa a necessidade de uma identidade absoluta entre os delitos. A homogeneidade do *modus operandi* não pode ser interpretada com rigor a ponto de exigir-se que cada ação criminosa seja uma cópia idêntica da anterior (FRANCO; STOCO, 2007, p. 397).

O legislador incluiu o requisito das *outras condições semelhantes*; para Carvalho (1999, p. 8), são as de oportunidade e de situação que ensejam o delito, de modo a flexibilizar melhor a aplicação do instituto e levar em consideração o princípio do livre convencimento motivado.

Muito se discutiu acerca da aplicação do crime continuado quando praticado contra bens personalíssimos. O parágrafo único do art. 66 do Código Penal de 1969 (BRASIL, [1978]) afirmava a impossibilidade do reconhecimento do instituto quando os delitos ofendiam bens jurídicos inerentes à pessoa, exceto quando ações ou omissões dirigidas contra a mesma vítima. O Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecia crime continuado em crimes de roubo com vítimas diferentes, mas não o aceitava em homicídios. Nesse sentido, em 1984, o STF editou a súmula 605: “Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida” (BRASIL, 1984b). Ela foi prejudicada quando adveio o parágrafo único do art. 71 do CP – por meio da Lei nº 7.209/1984 (BRASIL, 1984a) –, que prevê

o crime continuado em sua forma específica. Para seu reconhecimento, além da presença dos requisitos já mencionados acerca do crime continuado simples, é necessário também que os delitos sejam: a) dolosos; b) praticados contra vítimas diversas; e c) praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

Esse parágrafo único permite a aplicação do instituto em caso de agressão a bens pessoais; entretanto, estabelece tratamento mais rigoroso ao prever a possibilidade de o julgador aumentar a pena de um dos delitos, se iguais, ou a mais grave até o triplo. Isso, conforme Araújo (1987, p. 6), para combater com maior rigor a criminalidade profissional, organizada e violenta. Assim, no referido parágrafo, que prevê o crime continuado específico, enquadram-se os agentes que praticam crimes sob essas condições, sendo o *caput* do artigo para os demais casos.

Para a determinação da pena nos casos de crime continuado, o CP adotou o sistema da exasperação (CARVALHO, 1999, p. 2). Presentes os requisitos configuradores do delito continuado comum, aplica-se a pena de um dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada de um sexto a dois terços (art. 71, *caput*). Reconhecido o crime continuado específico, quando da aplicação da pena, o juiz considerará a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e outras circunstâncias do crime, e poderá aumentar a pena de um dos crimes, se iguais, ou aplicar a mais grave, se diferentes, até o triplo – observando as regras do parágrafo único do art. 70 e o art. 75, ambos do CP.

3 A interpretação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

O crime continuado é visto pelo TJRS como uma criação político-criminal relacionada ao

propósito de evitar a soma das penas, de humanizá-las e de ressocializar a pessoa presa. Na decisão expressa no Agravo em Execução nº 70.073.969.859, da Sexta Câmara Criminal, o relator afirma:

impende registrar que a ficção legal da continuidade delitiva foi criada por injunções de política criminal, a fim de evitar a soma resultante das penas derivadas de concurso material de crimes e a eternização do cumprimento das penas privativas de liberdade aplicadas, assim humanizando a sua execução e restringindo-a ao estritamente necessário e razoável para a retribuição modelar do injusto, na direção da ressocialização do condenado (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

Todavia, a despeito de declarações no sentido de haver um entendimento menos rigoroso em relação à interpretação dos requisitos do crime continuado, há exceções, conforme cita o Agravo em Execução nº 70.074.643.545, julgado pela Sexta Câmara Criminal:

registro que, em regra, me filio às correntes jurisprudenciais menos rígidas em relação à presença dos pressupostos objetivos ao reconhecimento da continuidade delitiva, no sentido de (a) admiti-la entre crimes diversos, se ofendem o mesmo bem jurídico, (b) entre crimes qualificados e simples, (c) quando praticados no lapso temporal superior a um mês e o (d) modo de execução é semelhante, dispensando-se a identidade absoluta do *modus operandi*. As exceções, por outro lado, ficam por conta de crimes envolvendo violência real e/ou grave ameaça, dependendo da configuração de cada caso concreto (RIO GRANDE DO SUL, 2017f).

Na maior parte das decisões analisadas, verifica-se inflexibilidade no interpretar esses requisitos. Conforme o Tribunal, crimes da mesma espécie são apenas aqueles previstos no mesmo artigo legal, com mesma tipificação

penal. Exemplo disso é a decisão da Apelação Crime nº 70.075.396.697, da Terceira Câmara Criminal, que trata de réu condenado por praticar lesão corporal contra sua ex-companheira (art. 129, § 9º, do CP) e ameaçar a mesma vítima (art. 147 do CP) no mesmo dia, 12/7/2015, na cidade de Guaíba, RS. Ao decidir, os desembargadores entenderam que “não se mostra viável o acolhimento do pedido de reconhecimento do crime continuado (art. 71 do CP), na medida em que não se afiguram crimes da mesma espécie” (RIO GRANDE DO SUL, 2017r).

Em relação ao requisito *condições semelhantes de tempo*, verificou-se a necessidade de o intervalo entre um delito e outro da cadeia delitiva não superar a 30 dias, conforme decisão do Agravo em Execução nº 70.072.906.597, da Segunda Câmara Criminal: “intervalo de tempo não superior a 30 dias, lapso que tem sido aceito pela jurisprudência como parâmetro de ‘condições semelhantes de tempo’ para o reconhecimento da continuidade delitiva” (RIO GRANDE DO SUL, 2017a). Isso ocorre também na Apelação Crime nº 70.072.775.539, da Sétima Câmara Criminal, cuja decisão menciona:

Observados os limites das condenações, verifico a presença de todos os elementos necessários para o reconhecimento da continuidade delitiva, considerando serem os *delitos cometidos reiteradamente com diferença menor que 30 dias* na mesma cidade, apresentando todos os fatos similaridade quanto ao *modus operandi* (RIO GRANDE DO SUL, 2017k, grifo nosso).

O TJRS reconheceu a continuidade delitiva entre os fatos. Embora exista essa interpretação a respeito do lapso necessário para a presença do crime continuado entre os crimes, verificou-se o reconhecimento do instituto quando o intervalo de tempo ultrapassava os 30 dias em três casos.

No primeiro, objeto da decisão da Apelação nº 70.074.112.897, da Sexta Câmara Criminal, o réu foi acusado pela prática de três roubos realizados em veículo coletivo, em Passo Fundo, majorados pelo emprego de arma (art. 157, 2º, I, do CP)⁸: o primeiro delito ocorreu em 2/5/2016; o segundo, em 4/5/2016; e o terceiro, em 3/10/2016. Nos três fatos, o agente ameaçou a mesma vítima, cobrador, com uma faca, e exigiu a entrega do dinheiro presente no caixa do ônibus. Na decisão, houve a confirmação da condenação do réu e a manutenção da continuidade delitiva, já reconhecida em sentença:

em que pese tendesse a não aplicar o crime continuado entre todos os fatos, porquanto separado o terceiro dos demais por cinco meses (02/05/2016,

⁸ Caso julgado antes da alteração promovida pela Lei nº 13.654, de 23/4/2018 (BRASIL, 2018b), que alterou o CP. Entre essas alterações, a revogação do inciso I do § 2º do art. 157.

04/05/2016 e 03/10/2016), ratifico a disposição sentencial, até porque inexistente recurso da acusação quanto ao ponto (RIO GRANDE DO SUL, 2017n).

No segundo caso, Apelação Crime nº 70.072.581.911, da Sexta Câmara Criminal, o apelante foi condenado por praticar 13 estelionatos (art. 171, *caput*, do CP). A decisão relata que, por meio de uma empresa de construção, juntamente com outros coautores, o réu firmou contratos com as vítimas com a promessa de que procederia à construção de casas de alvenaria; porém, embora recebesse os valores referentes às obras, não efetuava o projeto. Os delitos foram praticados entre 1º/9/2005 e 14/6/2007. Em alguns crimes, mais de 30 dias haviam transcorrido entre o cometimento de um e o de outro. Ainda assim, o Tribunal afirmou que

é necessária a realização de ressalvas acerca do requisito temporal. De fato, há alguns crimes que foram praticados em um intervalo de tempo que excede ao critério extralegal de 30 dias fixado pela jurisprudência. Contudo, tenho de convir que o não preenchimento isolado desse parâmetro não é suficiente para que se desconsiderem as demais circunstâncias presentes no caso concreto que conduzem à conclusão de um entrelaçamento entre as condutas delituosas (RIO GRANDE DO SUL, 2017j).

Ou seja, o julgador entendeu insuficiente a não implementação do intervalo de 30 dias para não reconhecer a continuidade delitiva quando, ao considerar as demais circunstâncias que envolvem o caso, houver indicação de um “entrelaçamento entre as condutas delituosas”. Assim reconheceu, com o acréscimo de 2/3 à pena determinada para um dos crimes. Todavia, encontrou-se decisão de indeferimento da continuidade delitiva entre fatos cometidos em dias subsequentes:

No caso dos autos, verifica-se que as ameaças foram praticadas contra a mesma pessoa, mas em contexto e datas diferentes: no dia 19/12/2015, o acusado foi até a casa da vítima e ameaçou-lhe dizendo que iria matá-la; no dia 20/12/2015, o réu telefonou para a ofendida e lhe ameaçou de cortar-lhe o pescoço com um facão.

Portanto, não há semelhança quanto às condições de tempo e de maneira de execução.

Aplicável, pois, a regra do cúmulo material (RIO GRANDE DO SUL, 2017s).

O requisito *semelhantes condições de lugar* relaciona-se a crimes cometidos numa mesma comarca, como se verifica nas decisões do Agravo em Execução nº 70.074.297.706, da Oitava Câmara Criminal: “Em que pese haja homogeneidade temporal, local nos delitos – Comarca Cachoeira do Sul –, além de que se trata de crimes de roubos majorados, inviável

acolher o pleito defensivo” (RIO GRANDE DO SUL, 2017e) e do Agravo em Execução nº 70.074.241.365, da mesma Câmara: “Em que pese haja homogeneidade temporal, local nos delitos – Comarca de Pelotas –, além de que se tratam de crimes de roubos majorados e simples, inviável acolher o pleito defensivo” (RIO GRANDE DO SUL, 2017d). Ou na mesma cidade, conforme decisão no Agravo em Execução nº 70.074.794.967, da Oitava Câmara Criminal, no qual o crime continuado não foi reconhecido, entre outros motivos, porque realizado em cidades diferentes:

os delitos narrados nos processos nºs 130/2.15.0001973-1, 154/2.16.0000196-2 e 096/2.15.0001121-4 foram perpetrados em lugares distintos, já que o primeiro contempla increpações [sic] patrimoniais praticadas no Município de São Sepé, ao passo que no segundo as condutas delitivas se deram em Agudo, enquanto o último na Comarca de Faxinal do Soturno (RIO GRANDE DO SUL, 2017g).

Entretanto, encontrou-se argumento indicativo de que se poderia aplicar o crime continuado quando as cidades são diferentes, mas próximas entre si:

Entre as cidades de Montenegro e Soledade há distância de 175 (cento e setenta e cinco) quilômetros. Quanto a Lajeado, esta é localizada a mais de 60 (sessenta) quilômetros de distância de Montenegro, e 112 (cento e doze) quilômetros de Soledade, distâncias que afastam a possibilidade de reconhecimento do instituto em questão, pois não preenchido o requisito da localidade (RIO GRANDE DO SUL, 2017c).

Desse modo, pode-se inferir que, se as distâncias fossem menores entre essas cidades (Lajeado, Montenegro e Soledade), a continuidade delitiva se caracterizaria. Cabe mencionar que, nas situações em que o crime continuado é reconhecido em sentença, ainda que cada fato da cadeia delitiva tenha sido praticado em cidades diferentes, o Tribunal de Justiça tende a manter esse reconhecimento, desde que não haja impugnação, quanto à questão, pelo Ministério Público (RIO GRANDE DO SUL, 2017p).

O elemento configurador *maneira de execução* relaciona-se à forma utilizada pelo réu ao praticar cada delito, embora também confundido com os próprios elementos do tipo, como se verifica no Agravo em Execução nº 70.072.906.597, da Segunda Câmara Criminal, no qual se afirma serem os crimes com “o *modus operandi* semelhante, já que se trata de delitos de roubo, praticados com emprego de arma” (RIO GRANDE DO SUL, 2017a).

Assim, observa-se o modo de realização de cada fato, exemplificado na Apelação nº 70.074.297.367, julgada pela Sétima Câmara Criminal: “com *modus operandi* semelhante, no qual J. A. e F. pegavam mercadorias

e fugiam no veículo VW/Gol no qual L. já os esperava” (RIO GRANDE DO SUL, 2017o). Porém, ao analisar cada caso, os desembargadores gaúchos têm verificado as circunstâncias que envolvem a prática do delito, exigindo que os fatos tenham acontecido em contextos semelhantes, como no Agravo em Execução nº 70.075.618.678, da Sexta Câmara Criminal:

Com efeito, o primeiro fato delituoso (processo-crime nº 021/2.09.0006225-0) consistiu em assalto a pedestre, praticado em via pública, no período noturno e mediante ameaça exercida com arma branca (faca). Já o segundo roubo (processo-crime nº 021/2.10.0008065-9) foi perpetrado mediante emprego de violência (feriu a vítima com uma faca) e com restrição à liberdade, tendo D., na ocasião, ingressado no veículo da vítima no momento em que esta havia parado o automotor em um cruzamento. Quanto ao terceiro roubo (processo-crime nº 021/2.08.0003328-2), o fato-subtração foi perpetrado mediante o concurso de agentes, por volta das 5h, em via pública, ocasião em que D. e outro indivíduo, ambos munidos de facas, abordaram a vítima e subtraíram os pertences desta (RIO GRANDE DO SUL, 2017h).

Neste último, o julgador também observou que os fatos tinham sido praticados em contextos diferentes: “em via pública”, “à noite”, “em um cruzamento”. Desse modo, o crime continuado não foi reconhecido porque a maneira de execução de cada delito era diferente em relação aos demais.

Embora a jurisprudência, de forma geral, exija que cada delito seja executado com formas bem claras de semelhança, as quais beiram à identidade, a Apelação Crime nº 70.075.333.187, da Quinta Câmara Criminal, destoa no sentido de declarar ser “irrelevante, para fins de reconhecimento do crime continuado, o fato de um furto ser praticado mediante escalada e o outro pelo rompimento de obstáculo” (RIO GRANDE DO SUL, 2017q). Isto é, não exige que os fatos sejam realizados com o mesmo proceder. Foram consideradas as outras condições, não sendo a maneira de execução óbice para o reconhecimento da continuidade delitiva.

Além dos elementos objetivos mencionados acima, presentes na legislação, há decisões que afirmam (exemplo, Agravo em Execução nº 70.074.067.950, da Terceira Câmara Criminal) a exigência da implementação do requisito subjetivo, sendo “necessário o preenchimento de requisitos objetivos (condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetivo (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos)” (RIO GRANDE DO SUL, 2017c). Essa unidade de desígnios refere-se ao “liame subjetivo indicador de que os vários ilícitos perpetrados resultam de plano previamente elaborado pelo agente” (RIO GRANDE DO SUL, 2017l).

A existência da unidade de desígnios depende do entendimento pessoal de cada julgador, do que cada um entende do caso concreto, se

houve ou não o intuito de cometer um único delito, como demonstrado na Apelação Crime nº 70.070.331.160, da Segunda Câmara Criminal:

tendo sido os delitos cometidos nas mesmas circunstâncias de tempo, local e modo de execução, com violência à pessoa contra vítimas diferentes, podendo o segundo fato ser havido como continuação do primeiro, entendendo que a hipótese dos autos é a de crime continuado e não de concurso material, como reconhecido na sentença (RIO GRANDE DO SUL, 2017i).

Entretanto, uma desembargadora interpretou que “a situação não permite o reconhecimento da continuidade delitiva, porque não se observa que o condenado tivesse agido com intuito global de cometer um único delito ao efetuar os disparos de arma de fogo contra as duas vítimas” (RIO GRANDE DO SUL, 2017i). Isso demonstra que o elemento *unidade de designios* acaba dependendo do entendimento subjetivo do julgador, do que ele compreende acerca do caso concreto – se houve ou não o intuito de praticar um único delito –, o que também é contraditório, uma vez que, se cometeu mais de um crime doloso, a pessoa tinha a intenção de realizar dois crimes. O crime continuado é uma ficção, não significa que foi realizado apenas um crime, visto que o art. 71 menciona que “os demais devem ser tidos como continuação do primeiro”, mas na realidade não o são. Apresentam-se como delitos por si sós, mas que se encontram numa cadeia delitiva.

Verifica-se ainda que em parte das decisões, quando identifica a habitualidade delitiva, o julgador deixa de reconhecer a continuidade delitiva:

Assim, ainda que a lei não defina a “habitualidade criminosa”, cumprindo a cada julgador reconhecê-la no caso concreto, o fato de o apenado possuir seis condenações perpetradas no ano de 2007, demonstra fazer o condenado do crime o seu meio de vida, o que descaracteriza o crime continuado (RIO GRANDE DO SUL, 2017a).

Questões pessoais do agente (vida pregressa, seus antecedentes) também são utilizadas para determinar se ele está apto ou não a receber o benefício do crime continuado. No Agravo em Execução nº 70.074.241.365, da Oitava Câmara Criminal, afirmou-se haver “homogeneidade temporal, local nos delitos – Comarca de Pelotas –, além de que se trata de crimes de roubos majorados e simples”, mas foi considerado inviável o reconhecimento da continuidade delitiva entre os fatos, porque se entendeu que “a aplicação do instituto penal encontra óbice na intensa incursão do segregado em atividades ilícitas, a revelar que fazia do crime seu meio de vida” (RIO GRANDE DO SUL, 2017d). Desse modo, segundo os julgadores, tal “situação não pode ser entendida como continuidade delitiva, sob pena de beneficiar aquele que reiteradamente infringe o

ordenamento jurídico mediante repetidos ataques ao patrimônio alheio, na medida em que essa atuação caracteriza habitualidade criminosa” (RIO GRANDE DO SUL, 2017d).

Também se verifica tal entendimento na Apelação Crime nº 70.074.063.942, da Oitava Câmara:

Ademais, inadmissível a concessão do benefício aos casos em que estampada a *perseveratio in crimine ou a consuetudo deliquendi*, visto que tais circunstâncias não constituem motivo de diminuição da pena, mas causa de sua exasperação, pois evidenciam incapacidade de o agente adaptar-se à ordem legal (RIO GRANDE DO SUL, 2017m).

Assim, o Tribunal acaba por distinguir o agente classificado como criminoso habitual daquele não identificado com essa marca. Faz diferenciação entre os réus, não os trata com igualdade; distingue-os, determinando quem pode e quem não pode beneficiar-se das consequências da aplicação do crime continuado. Ao proceder assim, o TJRS age conforme as ideias do Movimento de Lei e Ordem, uma vez que diferencia o agente, apontando quem merece ou não tratamento mais benéfico, com base nos seus antecedentes.

4 A interpretação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Para o TJSC, o crime continuado constitui “mera ficção jurídica com vista a impedir, em determinados casos, a aplicação das regras dos concursos formal ou material, embora, na prática, existam vários delitos” (SANTA CATARINA, 2017g).

Quanto à interpretação dos requisitos legais, o elemento *mesma espécie* é compreendido como os crimes tipificados no mesmo artigo legal.

Entre as decisões objeto da pesquisa, a Apelação Criminal nº 0002614-18.2014.8.24.0042, da Primeira Câmara Criminal, demonstra tal constatação. Trata-se de pedido com a finalidade de aplicar o crime continuado em duas ações penais distintas. Na primeira, ao réu foi imputada a prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006) (BRASIL, [2019c]); na segunda, a prática de associação para o tráfico (art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006). Desse modo, entendeu-se que

[d]e qualquer modo, não há de ser reconhecida a continuidade delitiva entre nenhuma das referidas ações penais: em relação à primeira, porque nem sequer houve a imputação do mesmo tipo penal (lá, tráfico de entorpecentes; aqui, associação para o tráfico) (SANTA CATARINA, 2017i).

Cabe mencionar que, de acordo com a Apelação Criminal nº 0000557-56.2015.8.24.0021 (SANTA CATARINA, 2017f), julgada pela Quinta Câmara Criminal, não faz diferença os crimes pertencentes à cadeia delitiva serem praticados de forma tentada ou consumada. Nesse caso, o réu teria praticado três roubos no mesmo dia – o primeiro, consumado; os demais, tentados. Isso não foi óbice para a aplicação do instituto.

Quanto ao *tempo*, é considerado aceitável o lapso de 30 dias entre o cometimento de um crime e outro. A Apelação Criminal nº 0004538-89.2016.8.24.0011, da Segunda Câmara Criminal, menciona a impossibilidade de reconhecer o crime continuado quando do pedido realizado pelo réu E., que havia praticado dois crimes de roubo. Um no dia 1º/7/2016 e outro no dia 26/8/2016. Em sentença, o juiz havia aplicado o instituto; entretanto, segundo a Câmara,

não era o caso de reconhecer a continuidade delitiva, porque não preenchidos seus

requisitos. Entre o primeiro fato (1^o/7/2016) e o segundo (26/8/2016) transcorreram quase dois meses, lapso superior ao que a jurisprudência orienta como aceitável para o reconhecimento da ficção jurídica, que é de 30 dias (SANTA CATARINA, 2017k).

Porém, foi mantida a decisão singular quanto ao ponto, pelo fato de que a aplicação do concurso material agravaria a situação do apelante sem haver recurso ministerial. Entretanto, na decisão da Apelação Criminal nº 0008987-97.2011.8.24.0033, julgada pela Terceira Câmara de Direito Criminal, o réu, sócio e administrador de uma empresa, deixou de recolher valores referentes ao ICMS (art. 2^o, II, da Lei nº 8.137/1990) (BRASIL, [2011]) em 10/6/2010, 10/7/2010 e 10/9/2010:

o apelante deixou de recolher os impostos da empresa [...] em junho/2010, julho/2010 e setembro/2010, ou seja, por três vezes, de forma que os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro, já que praticados nas mesmas condições de tempo, local e modo de execução (fls. III e IV), nos termos do art. 71, *caput*, do Código Penal (SANTA CATARINA, 2017m).

Percebe-se que, embora entre os fatos tenha decorrido período superior a 30 dias, isso não foi mencionado como empecilho para a aplicação da continuidade delitiva.

Quanto às *condições de lugar*, há entendimentos diversos. No que diz respeito à região, cita-se a Apelação Criminal nº 0002329-81.2013.8.24.0067, da Terceira Câmara Criminal, em que o agente que praticou dez crimes de estelionato em diversos bairros da cidade de São Miguel do Oeste e na cidade de Bandeirantes teve a continuidade delitiva reconhecida (SANTA CATARINA, 2017h). A Apelação Criminal nº 0008872-55.2014.8.24.0006, da Segunda Câmara Criminal, trata de pedido referente a

nove roubos (art. 157, § 2^o, I, II e V, do CP): três praticados na cidade de Barra Velha, um em Itajaí, dois em Balneário Piçarras, dois em Penha e um em Navegantes. Quando da análise do pedido, argumentou-se que

[n]o caso, os crimes descritos nos itens 2 e 6 da denúncia encontram certa similitude objetiva: foram cometidos em concurso de agentes, mediante o emprego de arma (revólver e faca, respectivamente), tendo como principal objetivo a subtração de veículos (fim não alcançado no fato 6 por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, conforme relatado pela vítima Daniel). Ainda, entre os fatos transcorreu período de um mês (15.10.2014 e 15.11.2014) e ambos foram praticados numa mesma região (entre os locais descritos na peça acusatória há uma distância de 20 quilômetros entre Barra Velha e Penha) (SANTA CATARINA, 2017l).

Todavia, no Agravo de Execução Penal nº 0004701-70.2017.8.24.0064, da Primeira Câmara Criminal, o delito continuado não foi reconhecido. No caso, o agravante solicitou a aplicação do instituto a quatro condenações. Entre os argumentos para o indeferimento está o de que os delitos foram praticados em bairros distintos e cidades diferentes (SANTA CATARINA, 2017b). No Agravo de Execução Penal nº 0005125-15.2017.8.24.0064, da Quinta Câmara Criminal, referente à prática de dois roubos, o crime continuado foi reconhecido, entre outros fatores, pelo fato de terem ocorrido “na mesma localidade (cidade de Itajaí)” (SANTA CATARINA, 2017c).

Quanto à *maneira de execução*, verificam-se argumentos no sentido de ser necessário haver “identidade no *modus operandi*”, conforme se constata no Agravo de Execução Penal nº 0001734-39.2017.8.24.0036, da Segunda Câmara Criminal: “[n]o caso, embora os delitos cometidos pela apenada sejam da mesma

espécie, não se vislumbra identidade no *modus operandi*. Isso porque, Jurema negociava com duas quadrilhas diferentes e dispunha, para tal, de equipes diversas para prestar-lhe apoio” (SANTA CATARINA, 2017a).

Assim, em virtude de a agente praticar os delitos com apoio de equipes diferentes, o crime continuado deixou de ser aplicado por não estar preenchido o requisito “semelhantes condições de maneira de execução”. Também no Agravo de Execução Penal nº 0005125-15.2017.8.24.0064, da Quinta Câmara Criminal, é possível verificar argumento acerca da forma de agir do réu: “com o mesmo *modus operandi*, ou seja, exercendo grave ameaça fazendo menção de portar arma de fogo com o objetivo de reduzir a possibilidade de reação das vítimas e facilitar a subtração” (SANTA CATARINA, 2017c).

Além dos elementos objetivos, o TJSC entende ser necessário haver a implementação do subjetivo, ou seja, o Tribunal adota a teoria objetivo-subjetiva:

A aplicação da ficção jurídica da continuidade delitiva exige, além do preenchimento dos requisitos objetivos mencionados no art. 71 do CP, que os delitos subsequentes sejam havidos como continuação do primeiro, havendo entre eles uma unidade de desígnios. A teoria objetiva-subjetiva é amplamente aceita pela jurisprudência (SANTA CATARINA, 2017l).

Segundo o entendimento do TJSC, esse elemento é “consubstanciado na relação contextual entre os delitos, porquanto, pela dicção do art. 71 do Código Penal, para a configuração de tal ficção jurídica ‘devem os [crimes] subsequentes ser havidos como continuação do primeiro” (SANTA CATARINA, 2017e). De acordo com o Agravo de Execução Penal nº 0005601-53.2017.8.24.0064, da Segunda Câmara Criminal,

[a] afirmação de que o apenado preenche os critérios objetivos e subjetivos do crime continuado (ficção jurídica) é inócua e descabida, pois não basta que os crimes tenham ocorrido nas mesmas condições de tempo e lugar, torna-se imprescindível a demonstração do liame subjetivo entre as condutas criminosas, sendo que os delitos pelos quais cumpre pena atualmente não possuem correlação subjetiva para a caracterização da continuidade delitiva, restando demonstrado que a receptação e a adulteração de sinal identificador de veículo automotor eram condutas habituais no cotidiano da atividade laboral exercida, o que afasta a incidência da continuidade delitiva (SANTA CATARINA, 2017d).

Dessa forma, para a implementação do elemento subjetivo, não pode ficar demonstrado que o agente praticava as condutas delitivas de forma habitual. No Agravo de Execução Penal nº 0001734-39.2017.8.24.0036, em que a agente foi condenada pela prática de corrupção passiva (art. 317 do CP), assinala-se:

vislumbra-se habitual a prática criminosa. Isso porque além de realizar a conduta diversas vezes, com quadrilhas diferentes e contar com verdadeira rede de apoio, a reeducanda fazia da atividade ilícita um segundo meio de sustento. Tanto é que de uma das quadrilhas J. percebia importâncias mensais, como se um salário fosse, para repassar as informações sobre fiscalizações policiais na localidade (SANTA CATARINA, 2017a).

No Agravo de Execução Penal nº 0005809-33.2017.8.24.0033, da Quarta Câmara Criminal, o réu foi condenado pela prática de três roubos circunstanciados, cometidos no mesmo dia, mediante o uso de arma de fogo, em cidades vizinhas. O crime continuado não foi aplicado, porque ausente o liame subjetivo. Segundo a Câmara, “os crimes praticados pelo reeducando não são fatos isolados, fazendo crer que se trata de criminoso habitual, uma vez que, além das condenações que pretende unificar, ostenta condenações em outras ações penais” (SANTA CATARINA, 2017e).

No TJSC, pois, faz-se distinção entre o criminoso habitual e o eventual: este tem direito de cumprir pena menor; aquele, não. Desse modo, infere-se que, segundo o entendimento do Tribunal, o delito continuado é instituto criado para beneficiar apenas criminosos eventuais. E o reconhecimento da habitualidade delitiva depende do entendimento de cada julgador. No caso mencionado no Agravo de Execução Penal nº 0005125-15.2017.8.24.0064, da Quinta Câmara Criminal, o juiz de primeiro grau entende tratar-se de criminoso habitual; porém, para o TJSC, o caso não era de criminoso habitual, visto que

o apenado não possuía antecedentes criminais ou qualquer outro indicativo que demonstrasse que ele fazia do crime seu meio de vida, o que afasta a alegação do togado singular de não estar comprovado o requisito subjetivo para o deferimento do benefício (SANTA CATARINA, 2017c).

Percebe-se que, além da exigência de ser identificada a unidade de desígnios entre as condutas praticadas, o agente não pode ser considerado criminoso habitual, devido ao modo de agir do agente e de seus antecedentes.

Destaca-se que, nas decisões referentes a crimes contra a economia (crimes tributários), apesar da ocorrência de práticas subsequentes e com alta duração da continuidade, não foi mencionado o argumento da delinquência habitual, o de fazer do crime o meio de vida. Nos casos que tratam desses crimes, a defesa solicitava o reconhecimento de crime único e o afastamento do crime continuado, o que era negado. Na Apelação Criminal nº 0002702-64.2012.8.24.0062, julgada pela Terceira Câmara de Direito Criminal, o réu, condenado pela prática do crime tipificado no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, por ter deixado de recolher o ICMS,

no valor total de R\$ 311.189,91, entre os meses de junho e setembro de 2011, solicita o não reconhecimento da continuidade delitiva, mas de delito único, pois foi uma só a notificação fiscal; entretanto, a Câmara houve por bem manter o crime continuado:

o pedido de afastamento da continuidade delitiva, ao argumento de que há nos autos apenas uma notificação fiscal, não merece acolhimento, porquanto: “Não há falar em concurso material quando os agentes, em identidade de condições de tempo, lugar e forma de execução, reiteraram no não recolhimento do ICMS, [...], que deveria ter sido pago mensalmente até o décimo dia subsequente à apuração, sendo possível flexibilizar o trintídio caracterizador da continuidade delitiva, diante da peculiaridade inerente aos delitos tributários, sobretudo quando evidenciado um vínculo entre as condutas omissivas” (SANTA CATARINA, 2017j).

Dessa forma, percebe-se uma inclinação também do TJSC às ideias do Movimento de Lei e Ordem ao fazer distinção entre os agentes praticantes de crimes tributários e crimes considerados “predatórios” – tais como roubo e furto, conforme menciona Wilson (2013) –, ao argumentar sobre delinquência habitual, ou crime como meio de vida, apenas nestes crimes e não naqueles. Percebe-se haver seletividade quanto aos crimes que devem ser combatidos, geralmente os praticados pela camada mais pobre e pouco instruída da sociedade, como é o caso dos delitos patrimoniais (FUZARI, 2015, p. 34).

Em situações em que estão presentes o concurso formal de crimes e crime continuado entre os delitos praticados, o TJSC entende por aplicar apenas uma das frações de aumento, a do crime continuado, por ser mais abrangente, seguindo o princípio do *non bis in idem*, como se percebe na Apelação Criminal

nº 0004538-89.2016.8.24.0011, da Segunda Câmara Criminal, em que o agente R. foi condenado por cometer crimes de roubo. A primeira conduta resultou na subtração de pertences de dez vítimas e a segunda, na de três. Portanto, dois concursos formais de crimes, ambos ocorridos em estabelecimento comercial. Quando da aplicação da pena, a Câmara entendeu haver *bis in idem* caso fossem utilizadas as duas frações de aumento, a referente ao concurso formal e a do crime continuado; assim, usou somente a fração referente à continuidade delitiva. Ao agir de tal modo, o Tribunal procura não punir a pessoa duas vezes pelo mesmo crime e, ao mesmo tempo, utiliza proporcionalidade de acordo com a gravidade dos efeitos do crime, resultando em menos restrição da liberdade do cidadão, o que é objetivo do Garantismo Penal.

5 A interpretação do Tribunal de Justiça do Paraná

No TJPR, o crime continuado é entendido como “uma ficção jurídica, inspirada em motivos de política criminal, concebida com a finalidade de beneficiar o réu” (PARANÁ, 2017i). Para seu reconhecimento,

é necessária a presença cumulativa de quatro requisitos: 1) pluralidade de condutas (o agente deve praticar duas ou mais condutas, ou seja, mais de uma ação ou omissão); 2) pluralidade de crimes da mesma espécie (segundo a jurisprudência, quando o Código Penal estabelece crimes da mesma espécie, ele exige que sejam crimes previstos no mesmo tipo penal, protegendo igual bem jurídico); 3) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução, entre outras; 4) unidade de designio (PARANÁ, 2017i).

Para que os crimes sejam considerados da mesma espécie, é preciso que estejam previstos

no mesmo artigo penal. Na Apelação Criminal nº 1.595.154-1, da Terceira Câmara Criminal, o réu pede a aplicação da continuidade delitiva entre os delitos de falsificação de documento público (art. 297 do CP) e organização criminosa (art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013) (BRASIL, [2019d]). Ao decidir, a Câmara indeferiu o requerimento, pois

o acusado foi condenado por dois delitos elencados em diferentes diplomas legais, cujos bens jurídicos são completamente distintos, não sendo hipótese de reconhecimento de crime continuado, mas sim de concurso material de crimes, aplicando-se a regra do art. 69 do Código Penal, consoante efetuado na r. sentença condenatória (PARANÁ, 2017d).

A Apelação Criminal nº 1.633.470-6, da Primeira Câmara Criminal, também trata de indeferimento do instituto, já que os crimes são de espécies distintas. Segundo ela, o réu praticou três fatos típicos: ameaça (art. 147 do CP), constrangimento ilegal (art. 146 do CP) e vias de fato (art. 21 da Lei de Contravenções Penais) (BRASIL, [2018a]), todos no mesmo dia e no mesmo lugar: “as infrações penais em questão não são da mesma espécie, embora praticadas no mesmo contexto, não atendendo assim, o que preconiza o art. 71, *caput*, do Código Penal” (PARANÁ, 2017a). Nesse caso, os dois primeiros crimes estavam previstos no CP, sendo crimes contra a liberdade pessoal, ou seja, que atingem o mesmo bem jurídico; e o terceiro, previsto na Lei de Contravenções Penais. Entretanto, não foi aplicado o crime continuado nem mesmo entre os dois primeiros fatos.

Para o preenchimento do requisito *condições semelhantes de tempo*, é necessário que entre os delitos haja um interregno não maior que 30 dias. Na Apelação Criminal nº 1.610.974-1, da Segunda Câmara Criminal, o réu foi condenado por praticar quatro crimes de uso de documento falso (art. 304 do CP) nos dias 18/11/2010, 7/12/2010, 7/6/2011 e 30/7/2012.

Considerando as datas dos fatos delituosos, há possibilidade de aplicação do crime continuado entre o 1º e 2º fatos, que foram consumados com intervalo temporal de menos de um mês entre ambos. Entre os demais fatos não há tal possibilidade, pois ocorreram mais de seis meses depois dos primeiros, de modo que não resta atendido o requisito das condições de tempo (PARANÁ, 2017e).

Na maioria dos casos, a locução *semelhantes condições de lugar* é interpretada como a necessidade de os fatos terem sido praticados na mesma comarca ou cidade, ou em comarcas próximas, como se observa do Agravo em Execução nº 1.723.177-9, julgado pela Quarta Câmara Criminal, em que o réu postulou a unificação das penas referentes a dois processos em que respondia por tráfico de drogas. No primeiro, os fatos ocorreram na cidade de Londrina e, no segundo, em Apucarana.

Ao decidir, a Câmara considerou não estar presente o requisito espacial: “o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que, para configurar o crime continuado, nos termos do art. 71 do Código Penal as Comarcas em que os delitos foram praticados podem ser distintas, porém, no máximo, vizinhas, o que não é o caso dos autos” (PARANÁ, 2017i).

Entretanto, na Apelação nº 1.685.631-2, da Quarta Câmara Criminal, em que o réu praticou dois furtos tentados em Paranaguá, o pedido foi indeferido, pois

não foram praticados nas mesmas condições de tempo e lugar, considerando que o 1º fato foi praticado em 11 de agosto de 2015, nas adjacências do Hospital João Paulo II localizado na Avenida Belmiro Sebastião Gomes, Bairro Divinéia, enquanto que o 2º fato em 14 de outubro de 2015, Praça Ciro Abalem, Bairro Vila Bela, Ilha dos Valadares, ambos na cidade e Comarca de Paranaguá/PR (PARANÁ, 2017f).

Assim, embora praticados na mesma cidade, o elemento *lugar* não foi entendido como presente, pelo fato de os delitos terem ocorrido em bairros diferentes.

Para a implementação do requisito *maneira de execução*, é levado em consideração o modo como o agente atuou durante a ação criminosa. Na Apelação Criminal nº 1.711.335-0, julgada pela Quinta Câmara Criminal, o réu foi condenado pela prática de dois crimes de roubo (art. 157, § 2º, I e II, do CP). Quando do deferimento do crime continuado, a Câmara assim dispôs:

Na espécie, verifica-se que os crimes de roubo majorado (fatos 01 e 02) foram praticados em datas próximas, com intervalo de apenas três dias entre um e outro, tendo o acusado agido de maneira similar, adentrando nos estabelecimentos comerciais com um capacete na cabeça e acompanhado de outro agente não identificado, ameaçando as vítimas

com o auxílio intimidador de uma arma de fogo e subtraindo certa quantia em dinheiro (PARANÁ, 2017b).

Para o reconhecimento da continuidade delitiva, é necessária também a presença do elemento subjetivo, a unidade de desígnios. Ela, porém, é afastada quando não se entende que um fato decorre do outro, por meio do aproveitamento das mesmas condições. Verifica-se isso no Agravo em Execução nº 1.680.860-3, da Terceira Câmara Criminal, em que o réu solicita o reconhecimento da continuidade delitiva entre dois processos em que fora condenado pela prática de dois roubos, um em 26/10/2012 e outro em 10/11/2012 na cidade de Colorado:

além de os delitos terem sido executados em horários diferentes, um de dia e outro à noite, a execução deles foi completamente diversa, ou seja, os delitos de furto objeto dos presentes autos encerram desígnios autônomos, na medida em que referidos crimes não foram praticados com o aproveitamento das mesmas relações e oportunidades oriundas da situação inicial, decorrendo de vontades diversas do agente. Logo, prontamente se percebe que os delitos não se trataram de um desdobramento de um ao outro, mas sim de vontades autônomas (PARANÁ, 2017g).

A habitualidade delitiva também afasta o crime continuado:

a habitualidade criminosa descaracteriza a continuidade delitiva, ante a exigência de evitar a premiação de criminosos contumazes.

Nesses termos, pouco importa que os crimes apontados estejam marcados por eventual semelhança, posto que o intuito do legislador foi justamente a oposição ao crescimento da criminalidade, não sendo possível subverter o ânimo legislativo para indevidamente premiar o recorrente por não internalizar a norma penal e optar por viver às custas do patrimônio alheio (PARANÁ, 2017i).

Assim, a pessoa considerada criminosa habitual não tem direito a receber tratamento mais benéfico advindo do instituto, tal como menciona o Agravo em Execução nº 1.697.428-6, da Terceira Câmara Criminal: “A continuidade delitiva é, em verdade, ficção jurídica que não se submete a critérios rígidos de aferição, jamais podendo ser utilizada para beneficiar o sentenciado contumaz, cujos atos não possuem nenhum encadeamento lógico” (PARANÁ, 2017h). A questão subjetiva, pois, é utilizada para negar o pedido do instituto benéfico aos casos concretos. Assim, há características do Movimento de Lei e Ordem nas decisões do TJPR, uma vez que tal interpretação coopera para essa política de expansionismo penal, a qual, segundo Silva Sánchez (2001, p. 21-22), é consequência de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que, por meio da legislação penal, busca uma solução fácil para os problemas sociais, procurando tranquilizar a opinião pública.

Quando presentes o concurso formal e o crime continuado entre os fatos da cadeia delitiva, o Tribunal entende que deve ser aplicada apenas a majoração referente ao crime continuado:

É oportuno referir que, neste aspecto, a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se no sentido de que a majoração da pena, inicialmente pelo concurso formal e posteriormente pelo crime continuado, configura indevido *bis in idem*, devendo ser excluído o acréscimo decorrente do concurso formal (PARANÁ, 2017c).

Dessa forma, há o entendimento de que a aplicação da exasperação do crime continuado juntamente com a do concurso formal fere o princípio do *non bis in idem*. Ao assim decidir, o Tribunal segue princípios do Direito Penal garantista ao procurar aplicar uma pena menor, mais proporcional diante da situação concreta.

6 Conclusões

Os Tribunais de Justiça do Sul do Brasil têm apresentado interpretações semelhantes quanto ao reconhecimento do crime continuado. Em relação ao requisito *mesma espécie de crimes*, os três entendem ser necessário que os delitos estejam previstos no mesmo artigo legal, podendo estar na forma tentada ou consumada os fatos objetos da continuidade delitiva. Percebe-se uma interpretação restritiva desse elemento, uma vez que não são vistos como da mesma espécie os crimes que atingem o mesmo bem jurídico. Isso faz com que, na prática, seja mais difícil caracterizar o crime continuado, uma vez que quem comete crime de roubo e furto – portanto, patrimoniais – não tem direito ao tratamento benéfico. Tal conduta aproxima esses Tribunais do Movimento de Lei e Ordem, que defende a aplicação de penas mais duras.

O requisito temporal, de forma geral, é implementado quando não há interregno maior do que 30 dias entre um fato e outro da cadeia delitiva; mas há exceções. Existem argumentos do TJRS afirmando que esse prazo não é absoluto e, no TJSC, encontrou-se decisão favorável ao reconhecimento do crime continuado entre crimes tributários com lapso superior a 30 dias. Ao assim proceder, o TJRS atua com pensamento garantista, pois, ao decidir por reconhecer o crime continuado entre crimes com lapso de mais de 30 dias e aplicar pena menor ao réu, vai ao encontro de uma minimização do Direito Penal.

Quanto à interpretação do requisito espacial, os Tribunais diferenciam-se. O Tribunal gaúcho afirma que os crimes devem ser praticados na mesma comarca ou cidade; o TJSC, na mesma região, cidade, bairro ou cidades vizinhas; o TJPR, na mesma comarca, cidade ou comarcas próximas, embora exista decisão de indeferimento da continuidade delitiva, nesse Tribunal,

porque não preenchido o elemento *lugar*, ainda que os fatos tenham ocorrido na mesma cidade. Os argumentos no sentido de reconhecer o crime continuado quando os delitos ocorrem no mesmo município ou comarca trazem maior facilidade para enquadrar o caso concreto no art. 71 do CP e, portanto, de o réu obter tratamento mais benéfico, com a diminuição da pena a ser aplicada – o que vai ao encontro do pensamento garantista, com a aplicação da menor pena possível, dentro do caso concreto. Entretanto, os argumentos relativos à necessidade de as práticas ocorrerem no mesmo bairro oferecem maior dificuldade de qualificar o crime como continuado; portanto, a pena será maior, em consonância com o Movimento de Lei e Ordem.

Sobre a *maneira de execução*, os três Tribunais consideram a forma como o agente atua. Entretanto, há argumentos tanto no sentido de bastar uma semelhança quanto de ser necessária uma identidade – o mesmo *modus operandi* – para reconhecer o crime continuado.

Os Tribunais de Justiça do Sul entendem a necessidade da presença do elemento subjetivo, caracterizado pela unidade de desígnio, a qual não é caracterizada quando o agente pratica as condutas delitivas de forma habitual. Uma vez identificada a habitualidade delitiva, o crime continuado é descaracterizado, dado que o criminoso habitual não tem direito a tratamento mais benéfico. O TJPR chega a mencionar que aplicar o crime continuado a esses casos seria uma “premiação de criminosos contumazes”. Desse modo, há tratamento diferente entre aquele que pratica crimes de forma recorrente e aquele que os comete ocasionalmente. Os Tribunais demonstram uma postura próxima do Movimento de Lei e Ordem, que defende medidas de política criminal subjetivas, baseadas na pessoa do condenado.

Decisões baseadas na análise de questões pessoais do agente – quem ele é, sua personalidade, se é um criminoso profissional ou não – vão contra as determinações de documentos internacionais de direitos humanos, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 24 determina: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1969]). E contraria também o direito à igualdade, o qual, além de ser princípio base do Garantismo, está previsto no art. I da Declaração Universal de Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, [1948]) e também no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, [2019a]).

Assim, quando os Tribunais de Justiça entendem, em grau de recurso, pela manutenção do reconhecimento do crime continuado – desde que inexistente impugnação do Ministério Público quanto ao ponto –,

os Tribunais seguem um dos princípios do Garantismo Penal, o do acusatório ou separação entre juiz e acusação.

Pode-se afirmar que os Tribunais de Justiça do Sul do Brasil aplicam tanto as concepções do Movimento de Lei e Ordem quanto do Garantismo Penal. Quando entendem o crime continuado como forma de política criminal cujo fim é evitar a soma das penas, de modo a humanizá-las, com o objetivo da ressocialização da pessoa presa, denotam uma visão garantista, com o fim de limitar o poder punitivo do Estado, o qual, ao entender os fatos como enquadrados no crime continuado, aplica pena menor ao agente – ou seja, defendem um direito penal mínimo (AGUILERA GARCÍA, 2014, p. 69). O mesmo ocorre quando, mediante um juízo de razoabilidade e considerando o caso concreto, entendem possível a ultrapassagem dos 30 dias e não deixam de aplicar o instituto benéfico por questão ínfima (de dias a mais do que os 30), seguindo a linha garantista.

Porém, quando interpretam os requisitos da continuidade delitiva de forma rígida, de modo a dificultar o enquadramento dos fatos ao instituto – como quando determinam crimes da mesma espécie serem apenas aqueles previstos no mesmo artigo legal, com mesma tipificação penal –, sua atuação resulta numa pena maior do agente; desse modo, aumenta o poder punitivo do Estado, uma identificação com o Movimento de Lei e Ordem.

Sobre os autores

Dani Rudnicki é doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; professor da Universidade La Salle, Canoas, RS, Brasil.
E-mail: danirud@hotmail.com

Graziele Costanza é mestra em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), Porto Alegre, RS, Brasil; graduada em Direito pelo UniRitter, Porto Alegre, RS, Brasil.
E-mail: grazicostanza@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

RUDNICKI, Dani; COSTANZA, Grazielle. A interpretação dos Tribunais de Justiça do Sul do Brasil acerca do crime continuado. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 131-160, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p131

(APA)

Rudnicki, D., & Costanza, G. (2020). A interpretação dos Tribunais de Justiça do Sul do Brasil acerca do crime continuado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 131-160. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p131

Referências

AGUILERA GARCÍA, Edgar R. ¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, [Ciudad de México], n. 40, p. 61-93, abr. 2014. DOI: <https://doi.org/10.5347/40.2014.98>. Disponível em: <http://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/98>. Acesso em: 2 mar. 2020.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Da aplicação da pena em crime continuado ante a reforma de 1984. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 76, n. 615, jan. 1987.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1978]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1004.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Lei das Contravenções Penais. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1984a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. *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. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. *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 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018*. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre os crimes de furto qualificado e de roubo quando envolvam explosivos e do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo ou do qual resulte lesão corporal grave [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018b.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 605*. Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida. Brasília, DF: STF, 1984b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=605.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 3 mar. 2020.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. Tradução de Jose Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1.

CARVALHO, Ivan Lira de. Notas sobre o crime continuado. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 88, n. 761, mar. 1999.

DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o crime continuado. *Direito em Ação – Revista do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília*, [Brasília, DF], v. 13, n. 2, p. 1-8, 2014. DOI: <https://doi.org/10.18837/rda.v13i2.6450>. Disponível em: <https://portalrevistas.uch.br/index.php/RDA/article/view/6450>. Acesso em: 3 mar. 2020.

FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FUZARI, Tiago de Souza. O fenômeno do encarceramento do século XIX à segunda metade do século XX e a busca pela superação do falso discurso de direito à segurança e fortalecimento legal. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 21-39, jan./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0065/2015.v1i1.32>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/32>. Acesso em: 3 mar. 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima; WATANABE, Kazuo; SADEK, Maria Tereza; SALLES, Carlos Alberto de. A pesquisa em direito e a pesquisa em ciências sociais. In: ENCONTRO DE PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO, 1., 2011, Ribeirão Preto. *Anais [...]*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013. p. 17-43. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/imagens/stories/PDFs/livros/livros/livro_pesquisa_empirica_direito.pdf. Acesso em: 3 mar. 2020.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.]: OHCHR, [1948]. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 3 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. [San José]: CIDH, [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (1. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 1.633.470-6*. Apelação crime. Ameaça, constrangimento ilegal e vias de fato em âmbito familiar. Pleito de absolvição por ausência de provas suficientes para sustentar a condenação [...]. Apelante: Rafael Costa Cardoso. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des.

Macedo Pacheco, 24 de agosto de 2017a. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (5. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 1.711.335-0*. Recurso de apelação – prática de roubo majorado por duas vezes, corrupção de menores e porte de arma de fogo – sentença condenatória [...]. Apelante: Ezziel Moreira da Silva. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Luiz Osório Moraes Panza, 14 de dezembro de 2017b. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (5. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 1.482.676-5*. Crimes de roubo circunstanciado – teses defensivas postas na instrução criminal – não conhecimento – prova consistente – condenação mantida [...]. Apelante: Maykon Gonçalves Godar. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Rogério Coelho, 24 de agosto de 2017c. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (3. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 1.595.154-1*. Apelação criminal. Crimes de fornecer e adquirir arma de fogo com numeração de série suprimida (art. 16, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 10.826/2003) [...]. Apelante: Estela Aparecida Ternoski Leiria; Odair Aparecido dos Santos; Sidinei Maciel de Oliveira; Leandro Cruzante da Silva. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Paulo Roberto Vasconcelos, 28 de setembro de 2017d. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (2. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 1.610.974-1*. Apelação criminal – condenação pela prática dos crimes de uso de documento público falsificado (art. 304, c/c, art. 297, ambos do CP) por cinco vezes (fatos 1 a 5) e de uso de documento particular falsificado (art. 304, c/c, art. 298, ambos do CP) por uma vez (6º fato) [...]. Apelante: Julio Cesar Gonçalves da Costa. Apelado: Ministério Público. Relator: Juiz Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, 14 de dezembro de 2017e. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (4. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 1.685.631-2*. Penal. Processo penal. Crimes de furto simples tentado. (Artigo 155, 'caput', c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal). Sentença condenatória. Recurso da defesa [...]. Apelante: Dirceu de Souza Bahia. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des. Sônia Regina de Castro, 7 de dezembro de 2017f. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. *Jurisprudência*. Versão: 4.4.67.2. [Curitiba]: TJPR, [20--]. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 6 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (3. Câmara Criminal). *Recurso de Agravo nº 1.680.860-3*. Recurso de agravo – execução da pena – reconhecimento da continuidade delitiva – impossibilidade – lapso temporal superior a 30 (trinta) dias e “modus operandi” diverso [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Leandro de Oliveira. Relator: Des. Gamaliel Seme Scaff, 9 de novembro de 2017g. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (3. Câmara Criminal). *Recurso de Agravo nº 1.697.428-6*. Recurso de agravo – pedido de reconhecimento da continuidade delitiva na unificação das penas indeferido – alegação de preenchimento dos requisitos objetivos [...]. Recorrente: Jose Henrique de Campos. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. José Cichocki Neto, 28 de setembro de 2017h. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (4. Câmara Criminal). *Recurso de Agravo nº 1.723.177-9*. Recurso de agravo. Execução penal. Decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva com relação a duas condenações pelo crime de tráfico [...]. Recorrente: Bruno Fernando Bilha. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Celso Jair Mainardi, 23 de novembro de 2017i. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 3 mar. 2020.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Natureza jurídica do crime continuado. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 95, n. 851, set. 2006.

POSADA MAYA, Ricardo. El delito continuado. *Revista Digital Maestría en Ciencias Penales*, [s. l.], n. 3, p. 71-126, 2011. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12402>. Acesso em: 3 mar. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (2. Câmara Criminal). *Agravo em Execução nº 70072906597*. Agravo em execução. Unificação das penas indeferida. Crimes de roubo qualificado. Continuidade delitiva não reconhecida. Irresignação defensiva [...]. Agravante: Gilberto Luiz Borges dos Santos. Agravado: Ministério Público. Relator: Juiz José Ricardo Coutinho Silva, 20 de julho de 2017a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (6. Câmara Criminal). *Agravo em Execução nº 70073969859*. Agravo em execução (art. 197 da LEP). Continuidade delitiva e unificação das respectivas penas carcerárias [...]. Agravante: Ederson Duzaqui Borges. Agravado: Ministério Público. Relator: Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, 13 de julho de 2017b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (3. Câmara Criminal). *Agravo em Execução nº 70074067950*. Agravo em execução. Crime continuado. Impossibilidade do reconhecimento. Ausência do requisito objetivo. Impossibilidade da concessão a criminoso habitual [...]. Agravante: P.R.P. Agravado: Ministério Público. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet, 23 de agosto de 2017c. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (8. Câmara Criminal). *Agravo em Execução nº 70074241365*. Agravo em execução. Crimes contra o patrimônio. Unificação de penas. Crime continuado. Descabimento. Habitualidade delitiva do apenado [...]. Agravante: Marcelo dos Reis Christino. Agravado: Ministério Público. Relatora: Des. Naele Ochoa Piazzeta, 16 de agosto de 2017d. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (8. Câmara Criminal). *Agravo em Execução nº 70074297706*. Agravo em execução. Crimes contra o patrimônio. Unificação de penas. Crime continuado. Descabimento. Habitualidade delitiva do apenado [...]. Agravante: Ministério Público. Agravado: Jonas da Silva Giacomelli. Relatora: Des. Naele Ochoa Piazzeta, 16 de agosto de 2017e. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (6. Câmara Criminal). *Agravo em Execução nº 70074643545*. Agravo em execução (art. 197 da LEP). Continuidade delitiva e unificação das respectivas penas carcerárias [...]. Agravante: Anderson Pires Ferreira. Agravado: Ministério Público. Relator: Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, 27 de setembro de 2017f. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (8. Câmara Criminal). *Agravo em Execução nº 70074794967*. Agravo em execução. Crimes contra o patrimônio. Unificação de penas. Crime continuado. Descabimento. Habitualidade delitiva do apenado [...]. Agravante: Danilo Rosa Viegas. Agravado: Ministério Público. Relatora: Des. Naele Ochoa Piazzeta, 30 de agosto de 2017g. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (6. Câmara Criminal). *Agravo em Execução nº 70075618678*. Agravo em execução (art. 197 da LEP). Continuidade delitiva e unificação das respectivas penas carcerárias [...]. Agravante: Dieisson Saul Chaves Maia. Agravado: Ministério Público. Relator: Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, 18 de dezembro de 2017h. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (2. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70070331160*. Apelação crime. Júri. Tentativas de homicídio qualificado. Desclassificação de um fato e condenação pelo outro quanto a um réu e condenação do outro réu por ambos os crimes. Irresignações ministerial e defensivas [...]. Apelante/Apelado: Ministério Público; Alpirio Rosa Pons.

Apelante: Maico Ramos. Relator: Juiz José Ricardo Coutinho Silva, 20 de julho de 2017i. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (6. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70072581911*. Apelação crime. Delitos de estelionatos e formação de quadrilha. Preliminar de intempestividade [...]. Apelante: Paulo Renato dos Passos Sugar Sorrentino. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, 27 de setembro de 2017j. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (7. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70072775539*. Apelação criminal. Crimes contra o patrimônio. Furtos simples, em continuidade delitiva [...]. Apelante: Catiane Machado Thiel. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Carlos Alberto Etcheverry, 23 de novembro de 2017k. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (8. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70073155269*. Apelação crime. Crimes contra o patrimônio. Roubo majorado em concurso material. Materialidade e autoria demonstradas. Condenação mantida [...]. Apelante: Antônio Marcos Mendes Mancilha. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des. Naele Ochoa Piazzeta, 16 de agosto de 2017l. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (8. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70074063942*. Apelação crime. Crimes contra o patrimônio. Estelionatos em continuidade delitiva. Fraude no pagamento por meio de cheque. Receptação dolosa e culposa. Inépcia da denúncia. Descrição fática. Suficiência. Contraditório e ampla defesa. Ofensa. Inocorrência. Rejeição [...]. Apelante: Vitor Daniel Avila de Vargas; Joice Silveira de Avila; Andreza Nunes Fazenda de Souza; Isaias Lopes de Souza. Apelado: Ministério Público. Apelado/Assistente de acusação: Claudir Oberti Scherer. Relatora: Des. Naele Ochoa Piazzeta, 13 de dezembro de 2017m. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (6. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70074112897*. Apelações criminais. Crimes contra o patrimônio. Três roubos majorados em continuidade delitiva. Sentença única de três processos distintos. Suficiência probatória. Majorante evidenciada. Penas carcerária e de multa reduzidas. Indenização civil à vítima mantida [...]. Apelante: Ubirata Eliseu dos Santos Dias. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, 27 de setembro de 2017n. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (7. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70074297367*. Apelação. Furtos qualificados. Nulidades afastadas. 1. Não há nulidade no decreto de revelia do réu, pois ele foi regular e previamente intimado para a audiência [...]. Apelante: José Adalberto Charão Dutra; Fernando de Souza Jeronimo; Lucinéia Maria da Silva Correia. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, 30 de agosto de 2017o. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (8. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70074992355*. Apelações crime. Crimes contra o patrimônio. Furtos qualificados (3x). Continuidade delitiva. Concurso material. Prova. Condenação mantida [...]. Apelante/Apelado: Ministério Público; Cleiton Guilherme Nunes; Ricardo dos Santos. Relatora: Des. Isabel de Borba Lucas, 27 de setembro de 2017p. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (5. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70075333187*. Apelação crime. Furtos qualificados tentados em residências. Condenação. Mantida a condenação em relação aos furtos denunciados, diante da palavra da vítima e das testemunhas ouvidas em Juízo [...]. Apelante: Marcos Aurelio Quevedo. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des. Genacéia da Silva Alberton, 18 de dezembro de 2017q. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (3. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70075396697*. Apelação. Violência doméstica. Ameaça. Lesão corporal. Suficiência probatória. Manutenção da condenação [...]. Apelante: P.R.M. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes, 1º de novembro de 2017r. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (2. Câmara Criminal). *Apelação Crime nº 70075435511*. Apelação crime. Violência doméstica. Crime de ameaça. Suficiência probatória. Palavra da vítima [...]. Apelante: T.R.M. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Luiz Mello Guimarães, 26 de outubro de 2017s. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 4 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. *Poder Judiciário*. Porto Alegre: TJRS, c2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 5 mar. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (2. Câmara Criminal). *Agravo de Execução Penal nº 0001734-39.2017.8.24.0036*. Agravo em execução penal – decisão que indefere o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes julgados em duas ações penais autônomas – condenações por crimes idênticos (CP, art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, c/c art. 71) [...]. Agravante: Jurema Wulf. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Getúlio Corrêa, 19 de setembro de 2017a. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (1. Câmara Criminal). *Agravo de Execução Penal nº 0004701-70.2017.8.24.0064*. Recurso de agravo em execução penal. Insurgência defensiva. Decisão que não reconheceu a continuidade delitiva entre quatro dos crimes praticados pelo apenado [...]. Agravante: Alecsandro Cristiano da Rosa. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato, 10 de agosto de 2017b. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (5. Câmara Criminal). *Agravo de Execução Penal nº 0005125-15.2017.8.24.0064*. Agravo em execução penal. Pleito para reconhecimento da continuidade delitiva [...]. Agravante: Jorge Antonio da Silva Júnior. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, 28 de setembro de 2017c. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (2. Câmara Criminal). *Agravo de Execução Penal nº 0005601-53.2017.8.24.0064*. Agravo em execução penal – decisão que deixa de observar o tempo de prisão cautelar para fins de detração e fixa datas de saída temporária [...]. Agravante: Darci Melo de Almeida. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Getúlio Corrêa, 28 de novembro de 2017d. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (4. Câmara Criminal). *Agravo de Execução Penal nº 0005809-33.2017.8.24.0033*. Recurso de agravo. Execução penal. Soma de penas. Indeferimento do pedido de reconhecimento da continuidade delitiva. Recurso defensivo [...]. Agravante: Bruno Tomaczun Soares. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco, 31 de agosto de 2017e. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (5. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 0000557-56.2015.8.24.0021*. Apelação criminal. Roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, consumado, uma vez (art. 157, § 2º, I, do CP “fato II”) e tentado, por duas vezes (art. 157, § 2º, I, c/c art. 14, II, do CP “fatos III e V”) [...]. Apelante: Sidinei Machado. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Jorge Schaefer Martins, 11 de setembro de 2017f. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (1. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 0002319-35.2015.8.24.0045*. Apelação criminal. Crime contra o patrimônio. Roubo simples e circunstanciado (art. 157, “caput”, por onze vezes, e art. 157, § 2º, inciso II, por duas vezes, ambos do Código Penal) [...]. Apelante: José Rodrigo da Silva Ortiz. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Norival Acácio Engel, 26 de outubro de

2017g. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (3. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 0002329-81.2013.8.24.0067*. Apelação criminal. Estelionatos. Recurso defensivo. Almejada a aplicação da continuidade delitiva em detrimento do concurso material de crimes [...]. Apelante: Anelio João Kohnlein. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, 8 de agosto de 2017h. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (1. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 0002614-18.2014.8.24.0042*. Apelações criminais. Tráfico de drogas e associação para o tráfico (art. 33, caput, e art. 35, caput, ambos da Lei n. 11.343/06). Sentença de parcial procedência. Recursos defensivos e ministerial [...]. Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina; Fernando Roesler e outros. Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato, 7 de dezembro de 2017i. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (3. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 0002702-64.2012.8.24.0062*. Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Não recolhimento de tributo (ICMS) no prazo legal. Art. 2º, inciso II, c/c o art. 12, inciso I, ambos da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal (por quatro vezes). Sentença condenatória. Recurso da defesa [...]. Apelante: Valdemar Inácio Setti. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Rui Fortes, 19 de setembro de 2017j. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (2. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 0004538-89.2016.8.24.0011*. Apelação criminal – crimes de roubo circunstanciado (CP, art. 157, § 2º, I e II), por quinze vezes [...]. Apelante: R.P.J.; E.R.N.V. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Getúlio Corrêa, 28 de novembro de 2017k. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (2. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 0008872-55.2014.8.24.0006*. Apelação criminal – crimes de roubo circunstanciado (CP, art. 157, § 2º, I, II e V) – nove fatos e quatro réus – associação criminosa armada (CP, art. 288, parágrafo único) – sentença de parcial procedência [...]. Apelante: Guilherme de Andrade Santana; Leandro Luiz Barrachi; Rafael Borba; Vanderlei Junco Gonçalves. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Getúlio Corrêa, 21 de novembro de 2017l. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça (3. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 0008987-97.2011.8.24.0033*. Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Não recolhimento de tributo (ICMS) no prazo legal. Art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, c/c o art. 71 do Código Penal (por três vezes). Sentença condenatória. Recurso da defesa [...]. Apelante: Nelson Tomio. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Rui Fortes, 12 de setembro de 2017m. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. *Jurisprudência catarinense*. [Florianópolis]: TJSC, [20--]. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 6 mar. 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, [s. l.], n. 5, p. 165-176, out. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/33312-42518-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001.

STOCK, Bárbara Sordi; RUDNICKI, Dani. Formas de percepção do direito penal na sociedade contemporânea. In: RUDNICKI, Dani (org.). *Sistema penal e direitos humanos: (im)possíveis interlocuções*. [Porto Alegre]: UniRitter, 2012. p. 43-70. (Coleção Experiência Acadêmica, v. 20).

SZNICK, Valdir. *Delito continuado*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Lejus, 1994. (Série Unidade de Crime).

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho; PEREIRA, Bruno Ramos; PERRUSO, Camila Akemi; MARINHO, Carolina Martins; BABINSKI, Daniel Bernardes de Oliveira; WANG, Daniel Wei Liang; GUERRINI, Estela Waksberg; PALMA, Juliana Bonacorsi de; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 105-139, jan. 2014. DOI: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i1>. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/issue/view/1>. Acesso em: 5 mar. 2020.

WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 2013.

Democracia, representação e *accountability*

O *trade-off* entre justiça alocativa da representação e governo responsivo no sistema proporcionalista brasileiro

VALTER RODRIGUES DE CARVALHO

Resumo: O artigo analisa as reformas na representação proporcional que visam sanar os déficits de *accountability* vertical e representatividade no Brasil. Os governos representativos apresentam graves problemas de agência devido à assimetria informacional entre representantes e representados. A representação proporcional instituiu mecanismos para fazer frente ao *trade-off* entre igualdade de representação e formação de governo *accountable*, mas no Brasil despreza-se este último aspecto em nome da igualdade de representação, o que acarreta graves déficits de *accountability* vertical. A cláusula de barreira e a fidelidade partidária minoram esses déficits. Porém, só a introdução de lista fechada bloqueada ou flexível incrementa a *accountability* vertical de forma mais consistente, porque incentiva o voto partidário e reduz os custos informacionais de escolha do eleitor.

Palavras-chave: Representação proporcional e *accountability*. Democracia representativa. Governo responsivo.

Democracy, representation and accountability: the trade-off between allocative justice of representation and responsive government in the Brazilian proportionalist system

Abstract: The article analyzes the reforms in proportional representation aiming to remedy the deficits of vertical accountability and representativeness in Brazil. Representative governments have serious agency problems due to informational asymmetry between representatives and represented. Proportional representation provides mechanisms to cope with the trade-off between equal representation and accountable government formation, but in Brazil this late aspect is scorned in the name of equal representation, which entails serious deficits in vertical accountability. The introduction

Recebido em 11/11/19
Aprovado em 17/3/20

of the barrier clause and party allegiance alleviates deficits. However only the introduction of the blocked or flexible closed list increases vertical accountability more consistently because it encourages partisan voting and reduces the informational costs of voter choice.

Keywords: Proportional representation and accountability. Representative democracy. Responsive government.

1 Introdução

O objetivo deste artigo é analisar as reformas na representação proporcional brasileira – realizadas ou necessárias – para sanar os déficits de *accountability* vertical e representatividade. A hipótese central é que é intrínseco aos sistemas eleitorais o *trade-off* entre a extensão da igualdade de representação – *um cidadão, um voto* – e a formação de governo eficiente e responsivo perante os cidadãos. A representação majoritária (RM) pura tem como virtude a formação de governo eficiente e *accountable*. Isso se deve à sua mecânica: magnitude distrital 1 ($M=1$), escrutínio por maioria simples em turno único e vinculação geográfica do representante – proximidade do eleitor. Contudo, a RM gera graves distorções em termos de igualdade de representação. Ela maximiza o governo responsável e subotimiza a igualdade de representação.

Por seu turno, a representação proporcional (RP) tem como virtude a inclusividade política. Sua filosofia é a alocação justa da representação, promovendo, o mais possível, proporcionalidade entre votos e cadeiras. Todavia, ao maximizar a igualdade de representação, a RP entra em choque com outro atributo: a formação de governo eficiente e *accountable*. A RP impõe custos à *accountability* vertical porque os representantes são eleitos por distritos de alta magnitude, extensos geograficamente e com base em listas múltiplas, o que fragmenta o sistema partidário e gera custos informacionais para o eleitor conhecer os representantes.

Para equilibrar o *trade-off* entre igualdade de representação e formação de governos *accountables*, as democracias de sistemas proporcionais criaram mecanismos, como lista fechada, quociente eleitoral, cláusula de barreira, fidelidade partidária, equilíbrio das magnitudes dos distritos. No caso brasileiro, peculiaridades do sistema proporcional – o sistema de lista aberta, a infidelidade partidária, a prática de coligações, a ausência de cláusula de barreira e magnitudes distritais distorcidas – geram sérios problemas de *accountability* vertical e representatividade do sistema.

De todas as distorções, as mais graves são a lista partidária aberta e a infidelidade partidária, que contribuem para desinstitucionalizar os partidos, aumentar os custos de campanhas e os custos informacionais para o eleitor fazer escolhas.

2 Democracia representativa e *accountability*

Os gregos foram os inventores da democracia e a concebiam como um regime político de igualdade entre os cidadãos (FINLEY, 1992, p. 26-27; DAHL, 2012, p. 17-18; SARTORI, 1994, p. 39-41). Foram “os gregos que descobriram não apenas a democracia, mas também a política – a arte de decidir através da discussão pública” (FINLEY, 1992, p. 26). Desconhecendo a representação, a democracia entre os gregos foi exercida de forma direta. “[T]ão profundamente arraigada era essa concepção que os gregos achavam difícil imaginar um governo representativo, muito menos aceitá-lo como uma alternativa legítima à democracia direta” (DAHL, 2012, p. 27). Como “o mundo grego foi, basicamente, um mundo da palavra falada e não escrita” (FINLEY, 1992, p. 30), o exercício da democracia só poderia ser direto.

No entanto, a democracia direta não poderia mais ser instituída nos grandes estados nacionais modernos, mas a igualdade, como seu corolário, não foi abandonada. É daí que surge a ideia de *representação* política. Como contrato fiduciário, a representação só tomou os contornos que tem hoje a partir do século XV (BOBBIO, 2000; PITKIN, 2006, p. 19). No inglês do século XV, “o verbo ‘representar’ passa a significar também ‘retratar, figurar ou delinear’. [...] Ao mesmo tempo, surge o substantivo ‘representação’, que significa ‘imagem, figura ou pintura’” (PITKIN, 2006, p. 20). Já bem antes dessa data, os cavaleiros e burgueses eram convocados a se reunir com o

rei. Porém, “o ponto crucial era que eles fossem ao parlamento com autoridade para obrigar suas comunidades a pagar os tributos que seriam cobrados” (PITKIN, 2006, p. 21-22). Não demorou muito para que as comunidades lhes atribuíssem o papel de levar suas queixas à Coroa. Passaram, então, à condição de servidores remunerados pelas comunidades, prestando contas das suas ações no Parlamento. Entre os séculos XV e XVII cresce a consciência de corpo do que viria a ser o Parlamento moderno como unidade da nação. Duas ideias emergem nesse momento: “a ideia de que todos os homens estão presentes no Parlamento e a ideia de que o governante simboliza ou encarna o país como um todo” (PITKIN, 2006, p. 24). Em outros termos, “é a ideia de que toda a nação está, de alguma forma, encarnada em seu governante, assim como a Igreja está encarnada em Cristo ou no Papa, depois Dele” (PITKIN, 2006, p. 24-25).

A invenção da representação operou mudanças no ideal e na forma dos Estados democráticos modernos (KELSEN, 1998, p. 412-413). Assim, “a representação pode ser compreendida como um fenômeno histórico e como uma aplicação da lógica da igualdade a um sistema político em grande escala” (DAHL, 2012, p. 340). Ela se tornou o meio de externar “a vontade popular” e de tomar “decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando” (DALLARI, 2003, p. 345).

Para Dahl (2012, p. 345), as mudanças trazidas pela representação são as seguintes: (i) aceitação da diversidade cultural, política, social, linguística, religiosa etc., o que era inaceitável nas cidades antigas; e (ii) aceitação do conflito – “[u]ma vez que os conflitos de interesse fazem parte da natureza do homem e da sociedade e a expressão desses conflitos não poderia ser suprimida sem que se suprimisse a liberdade, a melhor cura para os males do sectarismo seria o aumento da escala”.

Diante do exposto, questiona-se: quais as consequências dessas mudanças para as relações entre governantes e governados? Na verdade, o aumento da escala trouxe prejuízos à energia cívica – presente no republicanismo das pólis antigas – porque significa ascensão do plebeísmo à esfera pública (HABERMAS, 1995, p. 40-41; ARAÚJO, 2000, p. 5-7). Com o aumento de escala, “os laços sociais e o conhecimento pessoal entre os cidadãos cedem à distância social e ao anonimato” (DAHL, 2012, p. 349). Diante disso, avolumam-se os problemas de agência ou desvios de finalidade da representação do poder entre o principal (o povo) e o agente (o representante), resultante da assimetria informacional. Os problemas de agência resultam de outra característica da democracia representativa, que é a ausência de mandato imperativo (BOBBIO, 2000, p. 59; DALLARI, 2003, p. 140).

Segundo Bobbio (2000, p. 59-60), nas democracias representativas o representante eleito para exercer o poder, “uma vez eleito, não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato [...] não é revogável”. O representante não é responsável porque é “convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria”. O representante ou mandatário, embora seja eleito por parte do povo, representa toda a nação. O famoso discurso de Edmund Burke aos eleitores de Bristol se tornou o paradigma da rejeição ao mandato imperativo nos governos representativos. Nele, “uma vez que a relação de cada parlamentar é com a nação como um todo, ele não se encontra em uma relação especial com seu eleitorado; ele representa a nação, não aqueles que o elegendem” (PITKIN, 2006, p. 31). Em outros termos, o representante é um fiduciário, e não um delegado (BOBBIO, 2000, p. 58). O delegado “é pura e simplesmente um porta-voz, um embaixador, de seus representados, e [...] o seu mandato é [...] limitado e revogável”

(BOBBIO, 2000, p. 58). Diferentemente disso, como fiduciário, o representante “tem poder de agir com uma certa liberdade em nome e por conta dos representados [...], pode interpretar com discernimento próprio os seus interesses” (BOBBIO, 2000, p. 58). O representante é irresponsável perante seu eleitorado na medida em que não é “obrigado a explicar os motivos pelos quais optou por uma ou por outra orientação” (BOBBIO, 2000, p. 58). Em outras palavras, se não há *recall* – destituição pelo eleitor –, o mandato é irrevogável antes do prazo determinado.

Nos governos representativos, os problemas de agência, decorrentes das condições político-jurídicas mencionadas, demandam formas de *accountability* – responsabilização. Nesses governos há cadeias de delegação de poderes em que decisões são tomadas em ambientes de assimetria informacional que pode levar a desvios de finalidade entre principal (o povo) e agente (os representantes) (PRZEWORSKI, 1996, p. 22; ARAÚJO; SANCHEZ, 2005, p. 151).

Exemplos problemáticos da relação de delegação principal-agente estão, por um lado, no sistema político, no qual representantes (agentes) recebem delegação do eleitor (principal), e, por outro, na esfera da administração pública, na qual o funcionário público (agente), contratado pelo governo (principal), tem a finalidade de realizar determinadas funções (PRZEWORSKI, 1996, p. 22). Os problemas de agência resultam do fato de que os principais operam em contextos de informação incompleta (ARAÚJO; SANCHEZ, 2005, p. 156). Em qualquer das situações, os agentes dispõem de informações privilegiadas que não estão disponíveis para os titulares; “conhecem suas próprias preferências, dispõem de informação privilegiada sobre suas capacidades e têm a chance de perceber alguns estados possíveis do mundo que os titulares não podem perceber” (PRZEWORSKI, 1996, p. 22). Em consequência, os agentes estão em

condições de tirar vantagens na relação de delegação em função do privilégio em termos de informação. “A assimetria informacional entre os agentes permite o aparecimento do comportamento oportunista. E é o oportunismo que obriga a construção de inúmeras garantias” (ARAÚJO; SANCHEZ, 2005, p. 156-157). Portanto, o agente pode comportar-se de forma *oportunist*a usando informações privilegiadas para conseguir benefícios próprios (desvio de finalidade da representação).

Os problemas de agência ou desvios de finalidade da delegação levam à necessidade de construir mecanismos de *accountability*. Na análise bidimensional formulada por O'Donnell (1998, p. 40-41), são duas as formas de responsabilização dos governantes em democracias representativas: a horizontal e a vertical.

A *accountability* horizontal é exercida por meio de agências estatais sobre outras agências. Esse tipo de controle se justifica pelas deficiências dos controles verticais exercidos pelas eleições e pela sociedade (O'DONNELL, 1991, p. 37-38). Assim, a “*accountability* horizontal efetiva não é o produto de agências isoladas, mas de redes de agências que têm em seu cume [...] tribunais [...] comprometidos com essa *accountability*” (O'DONNELL, 1998, p. 43), de modo que a *accountability* horizontal é a institucionalização de agências estatais com a finalidade de realizar tarefas de controle e responsabilização de ações dos governantes e de outras agências estatais. Segundo Mainwaring (2003, p. 13, tradução nossa), a “*accountability* não poderá existir sem poder sancionatório”. Para ser efetiva, a *accountability* horizontal não pode limitar-se à simples tarefa de tomar e justificar prestações de contas governamentais (*answerability*), mas deve ter capacidades legais e institucionais (*enforcement*) para impor penalidades, direta ou indiretamente, aos violadores das leis.

A *accountability* vertical, exercida da sociedade para o Estado (asendente), é realizada por eleições periódicas e pela sociedade civil (*accountability* societal), com a participação de movimentos sociais, ONGs e mídias. Em contextos políticos pluralistas, essa forma de controle tem nas eleições a sua principal forma de concretude. A *accountability* vertical é o sistema “de controle político no qual os funcionários do mais alto escalão no governo do Estado são induzidos a modificar sua conduta a fim de vencer eleições quando em competição com outros candidatos, partidos e grupos” (DAHL, 2012, p. 346-347). Assim, as eleições se tornam a principal estrutura de incentivo à *accountability* dos representantes eleitos porque permitem puni-los ou premiá-los. Segundo Manin, Przeworski e Stokes (2006, p. 110-111), se as políticas públicas implementadas pelos representantes forem capazes de mudar a vida dos cidadãos/eleitores, elas poderão gerar maior *accountability* porque são capazes de premiá-los com a reeleição.

No entanto, como *accountability* vertical, as eleições têm-se mostrado frágeis na tarefa de realizar a responsabilização dos representantes eleitos (DAHL, 1989, p. 21; O'DONNELL, 1998, p. 28-29; MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006, p. 130). Não se pode deixar de atentar para as limitações e insuficiências dessa forma de controle. Em primeiro lugar, porque as eleições não ocorrem com frequência, mas periodicamente; em segundo, porque, nas novas democracias, a fragilidade institucional dos partidos e os apelos do personalismo na política reduzem a efetividade desse mecanismo de controle (O'DONNELL, 1998, p. 28-29). No entanto, as eleições podem ser mais efetivas na tarefa de responsabilizar governantes quando contam com certos arranjos institucionais, tais como (a) pluralismo, competitividade e *accountability* vertical; (b) institucionalização dos partidos políticos como atalhos informacionais e de *accountability* vertical; (c) sistema eleitoral, sistema partidário e *accountability* vertical.

Quanto ao primeiro aspecto, em sua crítica à teoria utilitarista da democracia, Schumpeter (1961) aponta o equívoco de se conceber a existência de bem comum inequívoco e fácil de definir mediante argumentação racional. Nas democracias reais, a vontade política é sempre endógena – confeccionada por meio de propaganda. Assim, a vocação para a manipulação e desvios de finalidade é inerente à liderança (SCHUMPETER, 1961, p. 305-313). A responsabilização das elites políticas só é possível mediante uma *democracia competitiva*. A competição entre partidos e grupos políticos reduz os custos da aquisição de conhecimento sobre assuntos públicos pelo eleitor e promove a alternância no governo (SCHUMPETER, 1961, p. 327-328).

Nesse sentido, Dahl (2005, p. 26-27) define a democracia competitiva e pluralista como *poliarquia*, caracterizada pelo pluralismo organizacional e pela presença de contestação pública. A poliarquia cria governos *responsivos* porque concebe cidadãos iguais e com oportunidades de (i) formular preferências; (ii) exprimir preferências; (iii) ter preferências igualmente aceitas pelos governos. Como corolário disso, é imprescindível liberdade de organização, liberdade de expressão, direito de voto, eleições livres, periódicas e justas, direito dos líderes de disputarem apoio, fontes de informação alternativas etc. Em um ambiente competitivo e plural assim, as eleições são capazes de realizar a *accountability* vertical dos representantes – os eleitores controlam o governo com punição ou premiação.

Em relação ao segundo aspecto, como instituições, os partidos têm papel central na participação social e política porque, em sociedades complexas, os indivíduos, autoridades públicas, empresas etc. operam em condição de incerteza (DOWNS, 1999, p. 97). Os partidos se tornam *atalhos informacionais* que removem ou minoram a incerteza dos cidadãos sobre políticas. Em ambiente de incerteza, “ideologias partidárias são úteis

porque eliminam a necessidade de que eles relacionem cada questão a suas próprias filosofias” (DOWNS, 1999, p. 119). Os partidos reduzem os custos para o eleitor conhecer as questões de interesse público e que o atingem diretamente. Assim, “com esse atalho, o eleitor pode poupar-se o custo de estar informado sobre uma gama mais ampla de questões” (DOWNS, 1999, p. 119).

No entanto, mais uma vez, uma condição para que os partidos funcionem como *atalhos informacionais* para o eleitor e incrementem a *accountability* vertical é a institucionalização (PANEBIANCO, 2005, p. 103-107; MAINWARING, 2001, p. 57-58). Segundo Panebianco (2005, p. 103, grifos do autor), a institucionalização partidária pode ser aferida em duas dimensões: “(i) o grau de *autonomia* do ambiente que a organização desenvolveu; (ii) o grau de *sistemicidade*, de interdependência entre as diversas partes organizadas”. Quanto à primeira dimensão, a institucionalização é mensurada pela capacidade de controle direto sobre os processos de trocas com o ambiente no qual o partido está inserido. Um partido fracamente institucionalizado não tem os recursos indispensáveis à sua existência e é controlado por outras organizações externas. Uma organização partidária que tem “pouca autonomia [...] exerce pouco controle sobre o próprio ambiente; [...] mais se adapta a ele do que o faz adaptar-se a si própria” (PANEBIANCO, 2005, p. 103-104). Ao contrário, se o partido tem muita autonomia, exercerá controle sobre o ambiente no qual está inserido. Na segunda dimensão, a institucionalização gera um alto grau de sistemicidade, capaz de controlar as incertezas. Se o grau de sistemicidade é elevado, existe “o controle sobre as zonas de incerteza organizativa, principalmente sobre as relações com o ambiente” (PANEBIANCO, 2005, p. 106). Um baixo nível de sistemicidade tem como consequência heterogeneidade organizacional; ao contrário, “um alto nível de sistemicidade [...] costuma dar lugar a uma maior homogeneidade entre as subunidades”. Trata-se da centralização da estrutura interna do partido. Nessas condições, segundo Mainwaring (2001, p. 58), o sistema partidário ostenta padrões estáveis de competição interpartidária, partidos com fortes laços sociais, vínculos estáveis entre eleitores, coerência ideológica, subordinação aos interesses partidários.

Em relação ao terceiro arranjo institucional – sistema eleitoral, sistema partidário e *accountability* vertical –, os sistemas eleitorais são estruturas de incentivos e constrangimentos que podem permitir maior ou menor *accountability* vertical dos representantes (SCHUMPETER, 1961, p. 332; DOWNS, 1999, p. 164). Entre as *virtudes* da RM está a formação de governos fortes, eficientes e *accountables* (LIJPHART, 2003, p. 18-19). No modelo puro de distritos uninominais e escrutínio de maioria simples, somente os mais votados alcançam a vitória. A vinculação do representante a um

distrito geograficamente próximo do eleitorado produz efetiva *accountability* vertical. Além disso, na RM a magnitude distrital é de apenas 1 ($M=1$), o que significa que apenas um representante será definido por distrito geográfico. Por sua vez, o sistema partidário é reduzido a poucos partidos – de dois a três –, o que implica baixo custo informacional para a escolha do eleitor (LIJPHART, 2003, p. 18-19; NICOLAU, 2004, p. 32-33). Assim, na eleição, a maioria dos partidos que lança candidatos não elege representantes, de modo que ao fim da eleição se define com precisão quem é governo e quem fará o papel de oposição – maioria e minoria (LIJPHART, 2003, p. 32-33). Nesse sentido, é intrínseca à RM a tese de que o papel da maioria vitoriosa é tomar as decisões governamentais, e o da minoria – a oposição – é exercer o papel de crítico das políticas da maioria governante.

Por seu turno, a RP impõe custos e dificuldades ao exercício da responsabilização dos governantes. Há um consenso entre os especialistas de que a RP de lista aberta gera forte incentivo a campanhas centradas nos atributos pessoais dos candidatos (CAREY; SHUGART, 1995, p. 429; AMES, 2003, p. 73-74). Isso sugere que os partidos são enfraquecidos em proveito dos políticos individuais – o personalismo se sobrepõe às organizações partidárias como instâncias coletivas. Por outro lado, a RP de lista fechada exige “que os políticos cooperem com outros [...] companheiros de partido porque essa cooperação é necessária para obter respaldo da organização, o que [...] é essencial para a eleição e a conquista de cargos” (MAINWARING, 2001, p. 301). Em outras palavras, “estes sistemas incentivam a obediência à linha do partido [...]. A lógica do interesse pessoal impõe a ênfase no esforço coletivo” (MAINWARING, 2001, p. 301). Por essa razão, a grande maioria das democracias proporcionalistas utilizam lista fechada (NICOLAU, 2004, p. 43) – Argentina,

Bulgária, Portugal, Espanha, Turquia e Uruguai, entre outras –, onde as cadeiras que cada partido recebe serão ocupadas pelos primeiros das listas preordenadas.

3 Representação proporcional e representação majoritária: virtudes e vícios

Sistemas eleitorais são regras ou técnicas jurídico-institucionais que, deliberadamente escolhidas para converter votos em representação (SARTORI, 2000, p. 39; TAVARES, 1994, p. 33-34), exercem fortes constrangimentos sobre as escolhas estratégicas dos atores políticos em competição, bem como limitam a igualdade entre os eleitores, consubstanciada no princípio “um eleitor, um voto” (LIJPHART, 2003, p. 169).

Atualmente, os sistemas eleitorais que vigoram nas democracias estão divididos em dois grandes modelos – a representação majoritária (RM) e a representação proporcional (RP) –, que têm implicações para (i) o grau de representatividade do sistema político; (ii) o maior ou menor custo na formação de coalização de governo; e (iii) a maior ou menor *accountability* vertical dos representados sobre os representantes.

3.1 Representação majoritária: virtudes e vícios

O que denominamos RM é o modelo de sistema eleitoral no qual os distritos eleitorais (no Brasil, circunscrições) podem comportar 1 ($M=1$) ou mais representantes (COX, 1998, p. 94; SARTORI, 2000, p. 17-19; LIJPHART, 2003, p. 169).¹ Na sua forma pura, o sistema admite distritos com apenas um representante

¹ Ver um balanço da literatura sobre o tema em Carvalho (2014); Carlomagno e Carvalho (2018).

e escrutínio de maioria simples. Para Nicolau (2004, p. 17), “em geral, a fórmula majoritária é a utilizada em distritos uninominais. Nesse caso, o candidato mais votado recebe 100% da representação e os outros partidos [...] ficam sem representação”. No caso, vence a eleição o candidato que obtiver o maior percentual de votos – mesmo que esse percentual seja mínimo. “Os sistemas majoritários não objetivam um parlamento que reflita a distribuição das votações; buscam um vencedor indiscutível” (SARTORI, 2000, p. 17).

No entanto, a RM comporta mais de uma versão: ao lado do modelo puro, em que os distritos são uninominais (só uma vaga), existe um modelo de distritos plurinominais (várias cadeiras), o que permite aos partidos entrarem na disputa com uma lista de candidatos (LIJPHART, 2003, p. 169). Assim, “o sistema majoritário pode ser simples [...], pelo qual, [com] uma única eleição, se pode proclamar o candidato que houver obtido a maioria simples ou relativa dos votos [...] [e] se considerará eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos” (SILVA, 2008, p. 370). No modelo de distritos plurinominais, o escrutínio é de dois turnos (*ballotage*) – a exemplo das eleições para os cargos de presidente, governador e prefeito no Brasil (arts. 77, 28, 29, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a])).

Os Estados Unidos, a Inglaterra e Barbados adotam modelos puros de RM. Nesses países, os distritos são uninominais ($M=1$), e a eleição é decidida por escrutínio de maioria simples – vence o mais votado no distrito –, não importando o tamanho da diferença (LIJPHART, 2003, p. 169; NICOLAU, 2004, p. 17).

Entre as virtudes dos sistemas de RM está a formação de um governo forte, eficiente e com *accountability* vertical (responsabilização) perante os eleitores (NOHLEN, 1995, p. 93;

SARTORI, 2000, p. 67). Conforme já assinalado, é inerente ao sistema a ideia de que é função da maioria vitoriosa tomar todas as decisões governamentais, cabendo à minoria derrotada (a oposição) exercer a crítica às políticas da maioria governante. Sua lógica é majoritária, por isso só são eleitos os partidos/candidatos que chegam às primeiras posições nos distritos (TAVARES, 1994, p. 74-75; NICOLAU, 2004, p. 19-22). Assim, a RM limita à maioria – os partidos vitoriosos – o exercício do governo, e à minoria – que às vezes pode ter recebido muitos votos, mas acaba em minoria – que exerça a função de oposição ao governo da maioria (LIJPHART, 2003, p. 17-19). Schumpeter (1961) captou muito bem o espírito da RM, tomando como exemplo a Inglaterra. Para o autor, a representação proporcional (RP) impediria a formação de governos eficientes e responsáveis. Pelo princípio democrático, “as rédeas do governo devem ser entregues àqueles que contam com apoio da maioria do que outros indivíduos ou grupos concorrentes” (SCHUMPETER, 1961, p. 330-331). Só o sistema majoritário assegura essa lógica democrática. Assim, segundo o pressuposto do modelo majoritário de democracia, a maioria é que deve tomar todas as decisões governamentais, e à minoria cabe apenas criticar as políticas da maioria governante (LIJPHART, 2003, p. 51; SARTORI, 2000, p. 67).

Por outro lado, entre os vícios que se atribuem à RM está seu efeito bastante concentrador: a representação fica nas mãos de poucos partidos – um sistema de dois partidos (Estados Unidos e Inglaterra) ou no máximo dois e meio (Alemanha) (LIJPHART, 2003, p. 74-75; TAVARES, 1994, p. 74-75). A lógica do “vencedor leva tudo” redundando em grande desproporcionalidade entre votos e cadeiras para os partidos, pois muitos dos votos não elegem ninguém (LIJPHART, 2003, p. 74-75). Segundo Duverger (1970, p. 260), o menor número de

partidos que o sistema de RM permite se deve a dois fatores: “efeito mecânico” e “efeito psicológico”. O primeiro resulta do alto grau de injustiça alocativa – desproporcionalidade –, e o segundo resulta da rejeição do eleitor aos partidos perdedores – voto útil. Assim, com a combinação entre “efeito mecânico” e “efeito psicológico”, a RM acaba por reduzir a quantidade de partidos efetivos no Parlamento (DUVERGER, 1970, p. 260; LIJPHART, 2003, p. 189-190).

3.2 Representação proporcional: virtudes e vícios

A RP tem uma filosofia completamente distinta da RM. Entre suas virtudes está o fato de ser um sistema que tem como filosofia incluir, o máximo possível, os partidos que competem em regimes democráticos – no limite, pode apresentar proporcionalidade perfeita entre votos e cadeiras para os competidores (LIJPHART, 2003, p. 57; SARTORI, 2000, p. 16-17). Os defensores da RP assinalam que o sistema de representação majoritária do tipo “o vencedor leva tudo” é profundamente antidemocrático (LIJPHART, 2003, p. 52-53). A RM impede que os cidadãos atingidos pelas decisões governamentais participem elegendo os governos.

A RP possibilita que todos os competidores organizados em partidos, ao obterem quantidades relativas de votos, elejam representantes para o Parlamento. Os que advogam a sua adoção alegam as virtudes do sistema para as sociedades marcadas por diversidades étnicas, linguísticas, culturais, lealdades regionais etc. Assim, o “objetivo básico da representação proporcional é o de representar tanto as maiorias quanto as minorias”, o que se expressa “proporcionalmente à votação em termos de cadeiras parlamentares” (LIJPHART, 2003, p. 169). Nesses termos, entre as preocupações mais notáveis da RP está a que visa “assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Legislativo e garantir uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos/coligação e sua representação” (NICOLAU, 2004, p. 37). Nesse sentido, ressaltou Lijphart (2003), nas sociedades heterogêneas a RP mostra a flexibilidade necessária – que a RM não tem – para alcançar justiça na alocação da representação e incentivar a lealdade necessária à democracia.

Todavia, ao lado das virtudes, os estudiosos apontam também vícios na RP. Em suas clássicas leis sociológicas, Duverger demonstrou que os sistemas de RP e RM de dois turnos (*ballotage*) produzem sistemas multipartidários. Por sua vez, a RM de maioria simples e escrutínio de turno único (*plurality*) em distrito de magnitude 1 ($M=1$) tem como efeito a produção de sistemas bipartidários (DUVERGER, 1970, p. 253). Como um de seus vícios, o sistema de RP, dependendo de certas variáveis, como magnitude distrital (M), cláusula de exclusão e fórmulas de alocação de

sobras, gera profunda fragmentação da representação parlamentar, o que dificulta a formação de coalização eficiente e responsável perante o eleitorado (SCHUMPETER, 1961, p. 332; SARTORI, 2000, p. 17). Em outras palavras, um sistema partidário fragmentado dificulta a escolha eleitoral porque gera um custo informacional difícil de ser suportado pelo eleitor mediano e, conseqüentemente, gera um déficit de *accountability* vertical.

Portanto, da mais importante das virtudes da RP – inclusão de minorias e proporcionalidade – resulta um dos seus principais vícios: a fragmentação das forças políticas e a conseqüente dificuldade de formação de coalizão eficiente e responsável e de oposição mais efetiva e bem definida, capaz de gerar *accountability* vertical (DUVERGER, 1970, p. 448; DOWNS, 1999, p. 164; LIJPHART, 2003, p. 28). Por essa razão, cabe ressaltar que o grau de multipartidarismo – proporcionalidade entre votos e cadeiras – depende de uma série de variáveis escolhidas de forma deliberada pelos atores políticos nos contextos democráticos. O sistema proporcional institui uma série de barreiras à entrada, que dificultam o acesso à representação. Dentre essas barreiras, destacam-se: a magnitude distrital, a fórmula eleitoral, o quociente eleitoral, a cláusula de exclusão e a representação proporcional de lista.

A *magnitude distrital* (M) é o número de representantes legalmente autorizados a serem eleitos em determinado distrito ou circunscrição eleitoral (NOHLEN, 1995, p. 53-56; LIJPHART, 2003, p. 175-178). A magnitude distrital tem relação de causa e efeito com o número de partidos que entram na eleição e com o número efetivo de partidos representados no parlamento. A rigor, o distrito de magnitude 1 ($M=1$) produz enormes desproporcionalidades e desperdício de votos. A magnitude distrital $M=1$ esteriliza contingentes enormes de votos, produzindo concentração da representação em poucos partidos. Portanto, “ao se reduzir o tamanho das circunscrições eleitorais, aumenta-se a desproporcionalidade entre votos e cadeiras. Inversamente, reforça-se o efeito proporcional de um sistema eleitoral ao aumentar o tamanho das circunscrições eleitorais” (NOHLEN, 1995, p. 56, tradução nossa).

Além da magnitude distrital, nos sistemas de RP, a maior ou menor proporcionalidade depende de variáveis institucionais, como a *fórmula eleitoral* de distribuição das sobras. A RP apresenta duas faces distintas: uma face eleitoral mais plural e competitiva, e outra face parlamentar/representativa mais concentrada (NICOLAU, 2004, p. 44; TAVARES, 1994, p. 169-180; LIJPHART, 2003, p. 170-174). As fórmulas eleitorais mais utilizadas são as seguintes: (i) fórmula *D'Hondt*, método das maiores médias, de mais largo uso, que incrementa a representação dos grandes partidos por série de divisores (1, 2, 3, 4, 5 etc.); (ii) fórmula *Sainte-Laguë*, que produz maior proporcionalidade porque opera mediante divisores

ímpares (1, 3, 5, 7 etc.); (iii) fórmula *Sainte-Laguë* modificada, menos proporcional que sua versão original porque modifica o primeiro divisor de 1 para 1,4.

O sistema de RP impõe ainda uma barreira de entrada, o *quociente eleitoral*, cujo intuito é evitar que partidos/candidatos que não têm capilaridade e densidade de interesses consigam representação (NOHLEN, 1995, p. 69-70; TAVARES, 1994, p. 131-133). É o que se convencionou chamar de cota Hare (nome do criador, Thomas Hare), cuja operacionalização consiste na divisão dos votos válidos do distrito – circunscrição no Brasil – pelo número de vagas autorizadas. Assim, “o quociente eleitoral é obtido mediante divisão, em que o dividendo é sempre igual ao total de votos válidos emitidos; por sua vez, o divisor muda segundo a fórmula aplicada” (NOHLEN, 1995, p. 69, tradução nossa). Na verdade, a barreira do *quociente eleitoral* está relacionada à magnitude distrital. Então, quanto maior a magnitude distrital, menor será a barreira do quociente eleitoral e mais fácil o acesso dos pequenos partidos (SANTOS, 1987, p. 110; TAVARES, 1998, p. 102-103).

O sistema de representação proporcional institui uma barreira conhecida como *cláusula de exclusão* (no Brasil, cláusula de barreira). Trata-se de mecanismo cujo objetivo é dificultar a entrada dos pequenos partidos. A razão disso é que “a proporcionalidade extrema poderia produzir um legislativo muito fragmentado, que afetaria a governabilidade” (NICOLAU, 2004, p. 49). Todas as democracias que instituíram sistemas proporcionais, de algum modo, criaram cláusulas de exclusão baseadas em votação nacional. De acordo com Nicolau (2004, p. 52), na Eslováquia a cláusula de exclusão é 5% da votação nacional; na Noruega, 4%; na Romênia, 3%; em Israel, 1,5%.

A *representação proporcional de lista* não diz respeito ao grau de justiça na distribuição da representação, mas ao fortalecimento dos partidos e ao conseqüente incremento do controle interno do partido sobre os eleitos, o que indiretamente gera maior *accountability* vertical dos eleitores sobre os eleitos. A lista contribui para institucionalizar os partidos, reduzir o número de opções (escolhe-se entre listas) e produzir maior clareza de posicionamentos, o que facilita a escolha do eleitor (CAREY; SHUGART, 1995, p. 419; AMES, 2003, p. 73-74). Por fim, a lista fechada visa propiciar maior controle do partido sobre os eleitos porque o processo de recrutamento dos representantes passa pelo crivo dos partidos e não é obra do esforço individual dos políticos. A forma como a RP estrutura a escolha dos candidatos – se lista aberta ou fechada – tem efeitos relevantes na estratégia dos candidatos e no controle dos partidos sobre os eleitos, possibilitando maior responsabilização (MAINWARING, 2001, p. 301-303).

4 Representação proporcional no Brasil e reformas incrementais para sanar os déficits de *accountability* e representatividade

A CRFB adotou o sistema eleitoral proporcional para a escolha dos representantes nos três níveis de governo (arts. 27, § 1º, e 45): deputado federal, deputado estadual e vereador. Pode-se dizer, sem medo de errar, que a opção pela representação proporcional é uma das virtudes da democracia instituída pelos constituintes de 1988. Como apontaram Mendes e Branco (2018, p. 1.161), “a Constituição [...] definiu que as eleições dos deputados federais, dos deputados estaduais e dos vereadores efetivam-se pelo critério proporcional”. De acordo com Silva (2008, p. 371), “pretende-se que a representação, em determinado território (circunscrição), distribua-se em proporção às correntes ideológicas ou de interesse integradas nos partidos concorrentes”. Por outro lado, somente é possível operacionalizar a representação proporcional mediante um conjunto de variáveis institucionais que têm impacto em igualdade de representação e governo responsivo – *trade-off* –, conforme se expõe a seguir.

4.1 Magnitude distrital

Como já apontado, a magnitude distrital é uma das variáveis de maior efeito na geração de dispersão/concentração partidária de um sistema eleitoral. Por essa razão, como variável independente, a magnitude distrital tem função estratégica fundamental para os partidos competidores em um distrito: quando alta, ela pode incentivar mais partidos a entrarem na competição ou, quando baixa, a se aliarem (COX, 1998, p. 126-127; TAVARES, 1994, p. 37-38). A magnitude é causa de maior ou menor desigualdade entre votos e representação dos partidos competidores em eleições – *efeito mecânico* (DUVERGER, 1970, p. 260). Por essa razão, a distribuição dos distritos eleitorais pode ser manipulada pelos atores políticos em determinados segmentos ideológicos ou territoriais (NOHLEN, 1995, p. 47-48). Assim, pelo “princípio democrático, cada voto deve ter o mesmo peso. A igualdade de voto [...] é lograda quando cada cadeira representa a mesma quantidade de votos e habitantes [...] em todo o território eleitoral” (NOHLEN, 1995, p. 48, tradução nossa). A manipulação da distribuição dos distritos eleitorais ficou conhecida pelo termo *Gerrymandering*.²

² *Gerrymandering* se refere à manipulação de fronteiras de distrito eleitoral realizada em 1812 pelo Governador de Massachusetts (EUA) para favorecer o Partido Republicano. O distrito foi definido no formato de uma salamandra. Daí a expressão *Gerrymandering* (*Gerry+mander*).

Na RP instituída no Brasil, a magnitude distrital é em geral alta, mas varia de distrito para distrito. Os constituintes de 1988 imprimiram na CRFB um critério máximo e mínimo em termos de magnitude dos distritos (art. 45): a magnitude mínima é de 8 assentos ($M=8$); a máxima, de 70 assentos ($M=70$). Assim, em termos de igualdade, o voto do eleitor dos estados menos populosos tem “um valor extraordinariamente maior na determinação do perfil da representação política no Congresso do que o voto dos eleitores dos estados mais populosos” (TAVARES, 1998, p. 89). A criação de novos estados na Assembleia Constituinte é a causa mais visível das atuais distorções na representação dos estados na Câmara dos Deputados – a transformação dos territórios federais do Amapá e Roraima em estados e a criação do estado do Tocantins (CARMO; ROCHA; FIGUEIREDO FILHO, 2012, p. 192-194). “[O] viés regional da distorção [...] tem-se mantido relativamente constante. Em média, as regiões Sul e Sudeste do país têm sido prejudicadas, as regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste, beneficiadas” (BOHN, 2006, p. 196). Uma reforma deveria corrigir a desproporcionalidade da representação dos estados na Câmara dos Deputados.

Quando descemos ao nível dos distritos, percebemos que há distorções em muitos estados, mesmo entre as regiões sobrerrepresentadas. Dados empíricos evidenciam que, na Região Norte, o Amapá tem eleitorado de 0,31% e 1,559% da representação (8), distorção de 1,224%. Em contraste, na Região Sudeste, São Paulo tem eleitorado de 22,313% e 13,645% da representação (70), distorção de 8,668% (CARMO; ROCHA; FIGUEIREDO FILHO, 2012, p. 192-194).

4.2 Quociente eleitoral e alocação coletiva da representação

Uma virtude do sistema, o quociente eleitoral é uma barreira de entrada que a RP institui para evitar que partidos/candidatos sem capilaridade e densidade de interesses consigam se fazer representar (NOHLEN, 1995, p. 69-71; TAVARES, 1994, p. 130-133; MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.166).³ O quociente eleitoral representa a cota obrigatória que os partidos têm de superar para obter ao menos um assento no Parlamento – cota mínima. Isso “significa que os votos dados ao parlamentar ou ao partido serão computados para os fins de definição do quociente eleitoral e do quociente partidário” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.166). O quociente partidário é encontrado com

³No sistema de RP adotado no Brasil, o quociente eleitoral é encontrado mediante a seguinte operação: dividem-se os votos válidos pelo número de vagas a preencher na circunscrição; desconsidera-se a fração igual ou inferior a meio ou arredonda-se para cima a superior a meio.

base na divisão dos votos de cada partido pelo quociente eleitoral.

A instituição do quociente partidário é uma virtude do sistema de RP adotado no Brasil porque torna a eleição dos representantes, de alguma forma, dependente dos votos agregados do partido. Embora a lista aberta seja um dos vícios mais deletérios do nosso sistema, o quociente partidário é que determina a quantidade de assentos conquistados pelos partidos.

4.3 Fórmula de distribuição das sobras

A operação que resulta na definição do quociente partidário – definição dos assentos de cada partido – não distribui todas as vagas: sempre haverá sobras a serem distribuídas. Como apontamos, a fórmula de distribuição das sobras tem efeitos consideráveis sobre a proporcionalidade no sistema de RP. Para essa distribuição, adota-se uma das versões das fórmulas de maiores médias (art. 109 do Código Eleitoral (BRASIL, [2019b])); a *D'Hondt* (GOMES, 2011, p. 109; COELHO, 2016, p. 127).⁴

O grau de justiça alocativa depende da fórmula eleitoral que opera a conversão das sobras em representação parlamentar efetiva. A fórmula *D'Hondt* beneficia os grandes partidos em detrimento dos menores (TAVARES, 1994, p. 168-182; DALMORO; FLEISCHER, 2005, p. 102-103). O ideal seria uma reforma incremental em busca de uma fórmula mais justa. A fórmula *Sainte-Laguë* apresentaria resultados mais justos. Quando testada nos resultados das eleições de 1994, 1998 e 2002, há uma ligeira diferença na proporcionalidade. Os resultados

⁴ A operação para distribuir as sobras é a seguinte: i) às cadeiras que cada partido obteve (quociente partidário) soma-se uma (1) vaga; ii) feito isso, dividem-se os votos obtidos pelos partidos pelas cadeiras a que cada um tem direito (quociente partidário, acrescido de mais 1); iii) o partido que obtiver a maior média (mais votos) terá mais um mandato. Repete-se a operação até esgotar a última cadeira.

variariam de 7,10 para 9,24 partidos efetivos em 1994; de 6,00 para 7,24 partidos efetivos em 1998; e de 7,16 para 8,27 partidos efetivos em 2002 (DALMORO; FLEISCHER, 2005, p. 103).

4.4 Coligações eleitorais

A autorização legal para a prática de coligação entre os partidos nas eleições proporcionais existe em alguns países – Bulgária, Chile, Israel, Grécia, Brasil etc. (NICOLAU, 2004, p. 53). No Brasil, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) (BRASIL, [2019d]) assegura aos partidos autonomia para definir listas de candidatos em conjunto com outros partidos. Da perspectiva jurídica, “a coligação funciona como partido temporário, participando dos cálculos de quociente como se fosse um único partido” (COELHO, 2016, p. 125). Assim, a coligação forma um único partido perante a Justiça Eleitoral e na repartição dos mandatos eleitos.

A prática de coligações tem recebido tanto tratamento favorável quanto desfavorável na literatura. Uma das distorções das coligações em eleições proporcionais é a neutralização de um elemento do sistema que visa deter a fragmentação partidária – a cláusula de barreira –, pois “um partido que sozinho teria dificuldade de atingir o patamar mínimo de votos exigido para a eleição de um representante pode se beneficiar da soma de seus votos com os de outros partidos” (NICOLAU, 2004, p. 53). Quanto às vantagens, as coligações têm gerado maior proporcionalidade no sistema. Estudos empíricos demonstram que sem coligações a redução no número de partidos efetivos é insignificante. Dalmoro e Fleischer (2005, p. 103) demonstram que o número efetivo de partidos com a prática de coligações seria de 8,48. Sem coligações, este número seria de 7,16. Braga (2006, p. 235), por sua vez, demonstra que “a eliminação desse

dispositivo [...] aumentaria a desproporcionalidade sistêmica produzida pela fórmula eleitoral”.

No entanto, o mais incômodo das coligações em eleições proporcionais – o que justifica a reforma – é o fato de que viola a vontade do eleitor por ausência de afinidade ideológica entre os partidos que as firmam (AMES, 2003, p. 93; MACHADO, 2010, p. 234), de modo que o eleitor pode votar em um candidato de determinada vertente ideológica e acabar – como sempre ocorreu – contribuindo para eleger outro de vertente ideológica diametralmente oposta à sua opção. Por isso, a reforma incremental realizada em 2017, por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 97 (BRASIL, 2017), colocou fim à prática de coligação nas eleições proporcionais de deputados e vereadores (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.181). Porém, a EC nº 97 criou uma distorção, ao permitir que um partido que não alcance o quociente eleitoral participe da distribuição das sobras eleitorais.

4.5 Cláusula de barreira

Em grande parte dos sistemas de RP, a cláusula de exclusão é um patamar mínimo de votos obrigatório para que os partidos participem da distribuição da representação (NOHLEN, 1995, p. 65). No Brasil, a cláusula de barreira ou exclusão é a exigência de desempenho eleitoral mínimo dos partidos para obter funcionamento parlamentar e recursos do fundo partidário. Instituída na Carta de 1967 (BRASIL, [1985]), a questão foi silenciada na Constituição de 1988 (JARDIM, 1996, p. 98; VIANA, 2008, p. 130). O assunto voltou a figurar na ordem jurídica em 1996, quando o funcionamento parlamentar foi condicionado pela Lei dos Partidos à obtenção de 5% do eleitorado, em um terço dos estados (art. 13 da Lei nº 9.096) (BRASIL, [2019c]), a vigorar dali a 11 anos.

No apagar das luzes de 2006, ano em que entraria em vigor, em julgamento das ADIs nºs 1.351 e 1.354 (BRASIL, 2006a, 2006b), ajuizadas por pequenas legendas – Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Socialista Cristão (PSC) –, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional a cláusula de barreira (art. 13 da Lei nº 9.096). Os ministros do STF entenderam que “a cláusula de barreira compromete o bom funcionamento parlamentar, além de violar o princípio da igualdade e da proporcionalidade entre os partidos” (COÊLHO, 2016, p. 146). É uma tese equivocada, pois todos os sistemas eleitorais – inclusive o nosso – restringem esses princípios em maior ou menor grau (LIJPHART, 2003, p. 189-190; TAVARES, 1994, p. 49-56). Aliás, por esse raciocínio, os ministros do STF poderiam suspender via judicialização – o que seria um desastre – todos os mecanismos de funcionamento da RP, a começar pela exigência de quociente eleitoral e a fórmula *D’Hondt*

de distribuição das sobras, tendo em vista que eles ferem de forma mais profunda os princípios da isonomia do voto e da proporcionalidade na representação dos partidos.

A cláusula de barreira foi reintroduzida em 2017 pela EC nº 97, que deu nova redação ao § 3º do art. 17 da CRFB, acrescentou dois incisos e um parágrafo a esse mesmo artigo e impôs exigências às agremiações partidárias para terem direito aos recursos do fundo partidário e acesso a rádio e televisão. No entanto, as exigências da EC nº 97 foram escalonadas. O escalonamento teve início na eleição de 2018 e se encerrará na eleição de 2026 (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.180).⁵

A nova cláusula de barreira não é muito alta. O escalonamento e a inclusão de alternativas para a eleição de deputados, o que já existiu em outras épocas, parecem equilibrar um pouco as exigências. Também parece pertinente facultar “aos parlamentares cujas agremiações não atingiram os requisitos a possibilidade de mudarem de partido sem a perda do mandato eletivo (art. 17, § 5º, da CF/88)” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.182-1.183). De acordo com o § 5º, a mudança de partido, nesse caso, não implica acréscimo de recursos ao partido receptor.

4.6 Fidelidade partidária

A indisciplina partidária foi a mais grave distorção e fator de maior impacto na instabilidade, volatilidade e desvio dos desígnios do sistema representativo. O percentual de migração partidária de parlamentares na Câmara dos Deputados entre 1983 e 2003 foi de 29% (MELO, 2004, p. 161). Essas migrações, majoritariamente, tomaram a direção do apoio ao governo federal. Para esses partidos interessava “o acesso às arenas decisórias e o controle de ‘territórios’, no interior dos governos, capazes de funcionar como fonte de recursos utilizáveis na intermediação das relações com seus pares e com a sociedade” (MELO, 2004, p. 152). Desse modo, partidos bem posicionados nas coalizões governistas viram suas bancadas inflarem com as migrações partidárias.

A despeito das causas que levaram a sua ocorrência – incerteza, sobrevivência política, ausência de custos eleitorais, ausência de identidade partidária, processo legislativo centralizado etc. –, a verdade é que a prática

⁵ O escalonamento ficou assim: (a) na eleição de 2018, a exigência é de 1,5%, com pelo menos 1% em um terço dos estados; ou, alternativamente, a eleição de nove deputados federais em no mínimo um terço dos estados; (b) na eleição de 2022, exigência de 2% dos votos válidos na eleição da Câmara, em pelo menos um terço dos estados, com no mínimo 1% nesses estados; ou, alternativamente, a eleição de deputados federais em pelos menos um terço dos estados; (c) na eleição de 2026, a exigência de 2,5% dos votos válidos, em pelos menos um terço dos estados, com ao menos 1,5% em cada uma delas ou, alternativamente, a eleição de treze deputados federais em pelo menos um terço dos estados.

da infidelidade fraudava os desígnios do regime representativo, pois “a intensa mudança de legenda por parte dos eleitos falseia a representação política e desarticula o quadro partidário, tornando-o ainda mais instável e confuso” (GOMES, 2011, p. 91). Em outros termos, a vontade manifestada por parte do eleitorado é subvertida pelas escolhas políticas dos representantes eleitos. Em boa parte das situações, são eleitos como oposição e acabam governistas – à revelia do seu eleitorado.

Em 2007, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) assentou que o mandato pertence ao partido e que a infidelidade, sem causa legítima, é motivo para a perda de mandato (GOMES, 2011, p. 91; AGRA, 2018, p. 99-100).⁶ A seguir, o TSE editou a Resolução nº 22.610/2007 (BRASIL, [2008]), normatizando a perda de mandato e a desfiliação partidária. “O TSE afastou a possibilidade de que o mandato eletivo configura-se como direito subjetivo do representante, independentemente de se ele foi eleito em razão dos votos de legenda ou do aproveitamento das sobras partidárias” (AGRA, 2018, p. 99). Portanto, a migração partidária agora exige justa causa. Entre as causas taxativas estão (i) incorporação ou fusão do partido a outra agremiação; (ii) criação de nova agremiação; (iii) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; (iv) grave discriminação pessoal (AGRA, 2018, p. 101).

A reforma eleitoral de 2015 trouxe mudanças significativas no rol de causas legítimas para a desfiliação sem perda de mandato. Uma delas foi a chamada “janela de infidelidade”, que abre a autorização legal para os parlamentares se desfiliarem 30 dias antes do prazo legal de filiação como condição de elegibilidade, que passou a ser de 6 meses em nova mudança em 2017 (AGRA, 2018, p. 101).

Inovação substancial foi trazida pela decisão do STF no julgamento da ADI nº 5.398 (BRASIL, 2018), ajuizada pelo Partido Rede Sustentabilidade. Trata-se do acolhimento de pedido de vedação à desfiliação sem perda de mandato nos casos de incorporação, fusão ou criação de nova agremiação (AGRA, 2018, p. 101). O STF fechou uma das janelas de incentivo mais consistente à desestruturação do sistema partidário e à proliferação de novos partidos.

4.7 Lista partidária aberta

Um dos mais notáveis vícios do sistema de representação entre nós é a lista aberta, usada também na Finlândia e no Chile (NICOLAU, 2004, p. 56-67). A RP de lista aberta incentiva o individualismo em detrimento da organização partidária. Favorece o individualismo das campanhas

⁶ CTA nº 1.398, julgado (BRASIL, 2007).

“porque quanto mais votos um candidato recebe mais cresce seu poder e prestígio. Este e outros sistemas em que o voto preferencial determina [...] a ordem dos candidatos na lista exige que os políticos cultivem votos pessoais” (MAINWARING, 2001, p. 302). Embora até pareça uma virtude por permitir ampla liberdade de escolha ao eleitor, os efeitos negativos, como a desinstitucionalização dos partidos e os déficits de *accountability* vertical, neutralizam-na. Assim, “na lista aberta os partidos têm fortes incentivos para atrair nomes de lideranças e personalidades com alta popularidade” (MAINWARING, 2001, p. 302).

Nesse sentido, é urgente uma reforma incremental para sanar essa que certamente é a maior das distorções da RP no Brasil. Uma alternativa ao atual modelo de lista aberta seria a introdução da lista fechada bloqueada ou flexível, que pode trazer, como vantagens, o incremento da *accountability* vertical, o fortalecimento dos partidos, a redução dos custos de campanha eleitoral e de formação de coalizões.

O sistema de lista fechada melhora a *accountability* vertical dos representantes porque privilegia campanhas partidárias, e não individualistas (MAINWARING, 2001, p. 301-302; AMES, 2003, p. 89; NICOLAU, 2004, p. 30-31). A representação proporcional funciona em grandes circunscrições com sistema de lista fechada, bloqueada ou flexível. A ausência de lista fechada bloqueada ou flexível impossibilita a *accountability* vertical sobre os representantes devido ao custo informacional que gera para a escolha do eleitor. Assim, “o Brasil tem um sistema de representação proporcional que deixa ao eleitor uma ampla margem de escolha entre candidatos individuais e enfraquece o controle dos partidos” (MAINWARING, 2001, p. 302). A lista fechada bloqueada ou flexível facilita para o eleitor se informar e decidir em quem votar – porque são poucas as listas (NICOLAU, 2006, p. 32; ALMEIDA, 2006, p. 43-44). A lista aberta gera confusão e custos para o eleitor decidir o voto e controlar o representante.

A lista fechada bloqueada ou flexível incrementa a institucionalização e o *fortalecimento dos partidos*, gerando maior *accountability* vertical. O senso comum rejeita partidos fortes porque não compreende o que seja isso. O conceito de partidos fortes tem o sentido de maior *accountability* vertical entre os eleitores e os eleitos. Os especialistas são unânimes em apontar que os partidos no Brasil são institucionalmente fracos em função, entre outras variáveis, do sistema de lista aberta (AMES, 2003, p. 73-74; MAINWARING, 2001, p. 301; ALMEIDA, 2006, p. 43-44). Regras institucionais como a lista aberta enfraquecem os partidos porque incentivam uma forma de recrutamento de candidatos pautada nos atributos pessoais, em detrimento do partido. O incentivo à personalização do voto reduz a autonomia dos partidos, enfraquece a institucionalização e suas raízes sociais (AMES, 2003, p. 73-74). No Brasil, o voto personalizado é alto;

o voto partidário, muito baixo. Como notou Nicolau (2006, p. 27), pesquisa com dados das eleições legislativas de 1998 e 2002 mostra que 82% dos eleitores sufragaram candidatos e apenas 8,7%, os partidos.

As instituições têm papel importante na racionalidade do eleitor. Aliás, não é possível falar em racionalidade sem pensar em instituições porque “as instituições predominantes (as regras do jogo) determinam o comportamento dos atores, os quais, por sua vez, produzem resultados políticos e sociais” (TSEBELIS, 1998, p. 52). As instituições – no caso as eleitorais – delimitam o campo da racionalidade de eleitores e políticos. Se os eleitores votassem em partidos, com o tempo se criaria maior identidade com eles, reduzindo os custos informacionais e levando os partidos a desempenharem o papel de *atalho informacional* (DOWNS, 1999, p. 119). A lista fechada bloqueada ou flexível tem uma grande vantagem sobre a lista aberta porque reduz os custos informacionais para o eleitor escolher e promover a responsabilização posterior (ALMEIDA, 2006, p. 36-37). Pesquisas mostram que o grau de lembrança do voto por parte do eleitor decresce à medida que o processo de escolha se torna mais complexo e os custos informacionais se elevam. Almeida (2006, p. 37-42), por exemplo, mostra que, após a eleição de 2002, perguntado ao eleitor em quem votou, o grau de amnesia eleitoral (esquecimento) foi de 9% para presidente, 12% para governador, 31% para senador, 71% para deputado federal e 69% para deputado estadual. Em países como Hungria, Alemanha, Nova Zelândia e Bulgária, o grau de amnesia eleitoral no mesmo período foi de 10%, 10%, 19% e 25%, respectivamente. A Polônia, que utiliza lista aberta, apresenta percentual mais próximo do Brasil – 49%.

O sistema de lista fechada bloqueada ou flexível tem impacto relevante em uma variável de fundamental importância para a democracia:

os custos das campanhas eleitorais. A RP de lista aberta em grandes circunscrições, como as nossas, incentiva campanhas individualistas e o excesso de candidatos à procura de votos. “A RP de lista aberta com distritos de grande magnitude deixa à própria campanha a determinação dos segmentos do eleitorado que obterão representação” (AMES, 2003, p. 74). Como consequência, traz incertezas aos próprios pretendentes a cargos eletivos, custo informacional elevado para o eleitor filtrar os candidatos e a explosão dos custos de financiamento de campanhas (MELO, 2004, p. 59-60; NICOLAU, 2006, p. 30-31). A introdução da lista fechada bloqueada ou flexível reduziria consideravelmente os custos de campanha porque o eleitor usaria a lista como atalho informacional, em vez de filtrar uma gama ampla de nomes entre diversos partidos. Por fim, o sistema de lista fechada facilita também a fiscalização da aplicação dos recursos nas campanhas devido ao enjugamento do mercado eleitoral – reduz o excesso de candidatos.

A RM tem entre suas virtudes a formação de governos fortes e eficientes devido à clareza com que define vencedores e vencidos (SCHUMPETER, 1961, p. 333; SARTORI, 2000, p. 69-71; LIJPHART, 2003, p. 18). O sistema permite que apenas a maioria vencedora se responsabilize pelas políticas do governo, cabendo à minoria exercer o papel de oposição ao governo da maioria. Além disso, concentra o sistema partidário, o que implica baixos custos para a *formação de coalizões*. Por isso, afirma-se ser difícil a irracionalidade da ação nos governos de coalizão em sistemas multipartidários (DOWNS, 1999, p. 163-164). É que nos sistemas proporcionais é mais difícil definir com precisão quem é governo e quem é oposição. A máxima segundo a qual “a maioria toma as decisões governamentais e a minoria faz oposição” é menos clara (LIJPHART, 2003, p. 51-53). A representação proporcional de lista aberta

radicaliza ainda mais a “irracionalidade” do sistema porque, além de fragmentar, enfraquece os partidos como atores legitimados e portadores da vontade do eleitorado.

5 Conclusão

Nos governos representativos avolumam-se os problemas de agência ou desvios de finalidade nas relações entre representantes (agentes) e representados (principais) em virtude da assimetria informacional existente entre eles. Na condição de agentes, os representantes, não raro, comportam-se de forma oportunista, usando informações disponíveis para eles e caras aos representados, para conseguir benefícios próprios.

No entanto, as eleições podem ser mais efetivas na responsabilização dos governantes se o sistema eleitoral contar com alguns atributos. Intrínseco aos sistemas eleitorais é o *trade-off* entre igualdade de representação e formação de governo eficiente e responsável; em outros termos, o primado da máxima “um cidadão, um voto” *versus* governo eficiente e *accountable*. A RM pura apresenta a virtude de formar governo eficiente e *accountable* porque sua mecânica institucional propicia isso. Por outro lado, a RM produz distorções em termos de igualdade de representação. Porém, ao maximizar a igualdade de representação, negligencia-se outro atributo: a formação de governo eficiente e *accountable*. Por essa razão, as democracias de RP instituíram mecanismos que equilibram o *trade-off* entre igualdade de representação e formação de governos *accountables*, como lista fechada, cláusula de barreira, fidelidade partidária, equilíbrio nas magnitudes dos distritos, ausência de coligações.

Conclui-se que as reformas incrementais realizadas ou propostas na representação proporcional – o fim da infidelidade partidária, o fim das coligações em eleições proporcio-

nais, a reintrodução da cláusula de barreira, a introdução da lista fechada bloqueada ou flexível – removem os incentivos aos déficits de *accountability* e representatividade do sistema.

Por interpretação judicial do TSE em 2007, foi afastada a infidelidade partidária. Sua prática reiterada provocou graves distorções nas preferências do eleitorado e falseou a representação da vontade manifestada pelo eleitorado, subvertida pelas escolhas políticas dos representantes eleitos ao mudar de legenda. O incômodo das coligações decorre do fato de violar a vontade do eleitor dada a ausência de afinidade ideológica entre os partidos coligados. O eleitor vota em candidato(s) de determinada orientação ideológica e contribui para eleger outro(s) de orientação ideológica oposta. Em 2017 o Congresso Nacional colocou fim à prática de coligação nas eleições proporcionais (EC nº 97).

Introduzida em 1996 (Lei dos Partidos), a cláusula de barreira foi derrubada por interpretação equivocada do STF, que entendeu que violava o princípio da igualdade e proporcionalidade dos partidos. A tese é desacertada porque todos os sistemas eleitorais restringem esses princípios em maior ou menor grau. Em 2017 o Congresso Nacional reintroduziu a cláusula de barreira, a ser implantada até 2030.

Os sistemas de representação proporcional, com raras exceções, utilizam a lista fechada. Então, de todos os vícios do nosso sistema, a lista aberta é de longe o mais grave e requer reformas. A adoção da lista fechada bloqueada ou flexível induziria à institucionalização dos partidos e, conseqüentemente, incrementaria a *accountability* vertical, que resultaria de três fatores: redução dos custos informacionais para o eleitor escolher e monitorar o representante; redução dos custos de campanha eleitoral; redução dos custos para a formação de coalizão.

Em vez de escolher entre milhares de candidatos, o eleitor escolheria entre poucas listas.

O grau de lembrança do voto é muito mais elevado em democracias com sistema de lista fechada. O sistema de lista aberta em grandes circunscrições e com milhares de candidatos incentiva campanhas individualistas e excessivamente caras. A lista fechada reduziria consideravelmente os custos porque é atalho informacional eficiente. Por fim, fortalecer e institucionalizar os partidos facilita a formação de governos mais eficientes e *accountables*. O incentivo ao voto em partidos, e não em pessoas, legitima e reforça os partidos como agências detentoras de vontades coletivas capazes de fazer a interlocução de forma mais efetiva entre governo e sociedade.

Sobre o autor

Valter Rodrigues de Carvalho é doutor e mestre em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; bacharelado em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes, Mogi das Cruzes, SP, Brasil; professor nos cursos de especialização em Direito Público e Gestão Pública na Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: valter.carvalhosp@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CARVALHO, Valter Rodrigues de. Democracia, representação e *accountability*: o *trade-off* entre justiça alocativa da representação e governo responsivo no sistema proporcionalista brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 161-186, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p161

(APA)

Carvalho, V. R. de (2020). Democracia, representação e *accountability*: o *trade-off* entre justiça alocativa da representação e governo responsivo no sistema proporcionalista brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 161-186. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p161

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Manual prático de direito eleitoral*. Belo horizonte: Fórum, 2018.

ALMEIDA, Alberto Carlos. Amnésia eleitoral: em quem você votou para deputado em 2002? E em 1998? In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lúcio R. (org.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 34-46.

AMES, Barry. *Os entraves da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

ARAÚJO, Cícero. República e democracia. *Lua Nova*, [São Paulo], n. 51, p. 5-30, 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452000000300002>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-64452000000300002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 19 mar. 2020.

ARAÚJO, Marcelo; SANCHEZ, Oscar Adolfo. A corrupção e os controles internos do Estado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 65, p. 137-173, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452005000200006>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452005000200006&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 19 mar. 2020.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOHN, Simone. Ainda o velho problema da distorção da representação nos estados na Câmara dos Deputados. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lúcio R. (org.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 193-127.

BRAGA, Maria do Socorro. Dinâmica de coordenação eleitoral em regime presidencialista e federativo: determinantes e consequências das coligações partidárias no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lúcio R. (org.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 228-245.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017*. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc97.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.351/DF*. Partido político – funcionamento parlamentar – propaganda partidária gratuita – fundo partidário. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do fundo partidário [...]. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PCdoB e outros; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de dezembro de 2006a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.354/DF*. Partido político – funcionamento parlamentar – propaganda partidária gratuita – fundo partidário. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do fundo partidário

[...]. Requerente: Partido Social Cristão – PSC. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de dezembro de 2006b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416152>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.398/DF*. Direito eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 13.165/2015. Exclusão da criação de partido novo como hipótese de justa causa para desfiliação partidária. Plausibilidade jurídica da alegação de violação à legítima expectativa de partidos criados até a data da entrada em vigor da lei [...]. Requerente: Rede Sustentabilidade. Interessado: Câmara dos Deputados; Senado Federal; Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 9 de maio de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748684723>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (Plenário). *Consulta nº 1.398/DF*. Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa. Consultante: Partido da Frente Liberal – PFL. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 27 de março de 2007. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20071220-1.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária. Brasília, DF: TSE, [2008]. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CAREY, John M.; SHUGART, Matthew Soberg. Incentives to cultivate a personal vote: a rank ordering of electoral formulas. *Electoral Studies*, [s. l.], v. 14, n. 4, p. 417-439, 1995. DOI: [https://doi.org/10.1016/0261-3794\(94\)00035-2](https://doi.org/10.1016/0261-3794(94)00035-2).

CARLOMAGNO, Márcio Cunha; CARVALHO, Valter Rodrigues de. Desempenho individual e transferência de votos no sistema eleitoral proporcional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, 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. Acesso em: 19 mar. 2020.

CARMO, Erinaldo Ferreira; ROCHA, Enivaldo Carvalho; FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto. Aplicando o modelo de proporcionalidade regressiva na representação dos estados na Câmara dos Deputados. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 3, p. 191-204, set./dez. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2012v7n3p191>. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/13495>. Acesso em: 19 mar. 2020.

CARVALHO, Valter Rodrigues de. *Atores partidários e entrada estratégica em competição eleitoral de múltiplas arenas: a experiência brasileira*. São Paulo: Paco Editorial; Teresina: Ed. UFPI, 2014.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COX, Gary W. *La coordinación estratégica de los sistemas electorales del mundo: hacer que los votos cuenten*. Traducción de Gabriela Ventureira. Barcelona: Gedisa, 1998.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão de tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 2005. (Clássicos, 9).

_____. *Um prefácio à teoria democrática*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALMORO, Jefferson; FLEISCHER, David. Eleição proporcional: os efeitos das coligações e o problema da proporcionalidade. In: KRAUSE, Silvana; SCHMITT, Rogério (org.). *Partidos e coligações eleitorais no Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Ed. Unesp, 2005. p. 85-113.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999. (Clássicos, 15).

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1970. (Biblioteca de Ciências Sociais).

FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. São Paulo: Graal, 1992.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. *Lua Nova*, São Paulo, n. 36, p. 39-53, 1995. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451995000200003>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451995000200003&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 19 mar. 2020.

JARDIM, Torquato Lorena. *Direito eleitoral positivo: conforme a nova Lei dos Partidos Políticos e a Lei Eleitoral Municipal de 1996*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MACHADO, Aline. Coligações eleitorais minimamente vitoriosas no presidencialismo: realidade ou ficção? O caso do Brasil. In: KRAUSE, Silvana; DANTAS, Humberto; MIGUEL, Luis Felipe (org.). *Coligações partidárias na nova democracia brasileira: perfis e tendências*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Ed. Unesp, 2010.

MAINWARING, Scott. Introduction: democratic accountability in Latin America. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher (ed.). *Democratic accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 3-33. DOI: <https://doi.org/10.1093/0199256373.003.0001>.

_____. *Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 105-138, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452006000200005>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452006000200005&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 19 mar. 2020.

MELO, Carlos Ranulfo. *Retirando as cadeiras do lugar: migração partidária na Câmara dos Deputados (1985-2002)*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2018. (Série IDP).

NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais: uma introdução*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004. (Coleção FGV Prática).

_____. Voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lúcio R. (org.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 23-33.

NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales y partidos políticos*. México, DF: UNAM: Fondo de Cultura Económica, 1995. (Sección de Obras Política y Derecho).

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Tradução de Clarice Cohn e Alvaro Augusto Comin. *Lua Nova*, [São Paulo], n. 44, p. 27-54, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451998000200003>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-64451998000200003&lng=en&nrm=iso&lng=pt. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. Democracia delegativa? *Novos Estudos Cebrap*, [São Paulo], n. 31, p. 25-40, out. 1991.

PANEBIANCO, Angelo. *Modelos de partidos: organização e poder nos partidos políticos*. Tradução de Denise Agostinetti; revisão da tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. Tradução de Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452006000200003>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-64452006000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 19 mar. 2020.

PRZEWORSKI, Adam. Reforma do Estado: responsabilidade política e intervenção econômica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 32, p. 18-40, out. 1996.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Crise e castigo: partidos e gerais na política brasileira*. São Paulo: Vértice; Rio de Janeiro: Iuperj, 1987. (Grande Brasil: veredas, 5).

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. v. 2. (Série Fundamentos, 105).

_____. *Ingeniería constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Traducción de Roberto Reyes Mazzoni. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo, democracia*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1961.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. rev. e atual. até Emenda Constitucional n. 56 de 20/12/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, José Antonio Giusti. *Reforma política e retrocesso democrático: agenda para reformas pontuais no sistema eleitoral e partidário brasileiro*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1998.

_____. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edusp, 1998. (Ponta, 17).

VIANA, João Paulo Saraiva Leão. Fragmentação partidária e a cláusula de barreira: dilemas do sistema político brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 125-135, jan./jun. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.5020/23172150.2012.125-135>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/807>. Acesso em: 19 mar. 2020.

A aplicação do princípio da insignificância no processo de improbidade administrativa

Fundamentos constitucionais

NUNO M. M. S. COELHO
ADRIANA DE OLIVEIRA IZÁ

Resumo: Este artigo discute a aplicabilidade do princípio da insignificância a casos de improbidade administrativa, posicionando-se em relação à questão com base na investigação acerca da integridade do Direito e da unidade do direito sancionatório (serão aplicáveis ao processo de improbidade, em razão da natureza e da severidade sancionatória da Lei nº 8.429/1992, as garantias constitucionais penais e processuais penais – entre elas, o princípio da insignificância?), da natureza dogmático-penal do instituto da insignificância (o que representa, para a pretensão de sua aplicação aos casos de improbidade, o fato de conceber-se como excludente de tipicidade *material*?) e de seu fundamento constitucional (em que princípio constitucional está fundada a insignificância?).

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Improbidade administrativa. Devido processo legal.

***Minima non curat lex* and protection of public service integrity in Brazil**

Abstract: This article focuses on the applicability of *minima non curat lex* in cases of corruption of public officers. It faces the problem from the perspective of the unity and integrity of law and sancionatory administrative law (considered the severity of the penalties of sancionatory administrative law in Brazil, is it correct to deny, in this field, the constitutional guaranties which are assured to the criminal accused? Especially the *minima non curat lex* principle?), from the perspective of its relationship to criminal science (what does it mean, the fact that *minima non curat lex* to be considered a cause of exclusion of material typicity?), and from the perspective of

Recebido em 20/2/20
Aprovado em 2/4/20

its constitutional grounding (which constitutional principle supports *minima non curat lex?*).

Keywords: *Minima non curat lex*. Administrative improbity. Due process of law.

1 Introdução

A proteção dos direitos fundamentais da pessoa acusada de improbidade administrativa é um dos temas mais desafiadores do Direito Político brasileiro. Entre as questões controvertidas que suscita, está a aplicabilidade do princípio da insignificância nesse contexto. Vamos discutir o tema e posicionar-nos na perspectiva do enquadramento dogmático-penal do instituto e do quanto podemos aprender sobre ele como exigência de tipicidade material que funciona como garantia de direitos fundamentais do acusado.

Cumpre, pois, examinar se ele pode ser admitido como um princípio geral do direito sancionador – portanto, não apenas do Direito Penal –, o que será feito à luz da reconstrução de seus fundamentos constitucionais.

2 Enquadramento dogmático-penal do princípio da insignificância

Não existe consenso doutrinário sobre a origem do princípio da insignificância. Sustenta-se que tenha surgido na Idade Média, com as expressões *minima non curat praetor* e *minima non curat lex*: o pretor – ou a lei – não cuida de coisas pequenas: “A mencionada máxima jurídica, anônima, da Idade Média, eventualmente usada na forma *minimis non curat praetor*, significa que um magistrado (sentido de *praetor* em latim medieval) deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis” (SILVA apud REBÊLO, 2000, p. 31).

O princípio tem ampla adoção no *common law*, com incidência em diferentes ramos do Direito, tais como responsabilidade civil, tributação, direitos autorais e Direito Criminal.

Marco contemporâneo da introdução do princípio da insignificância na doutrina penal, a obra de Claus Roxin, *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*, de 1964, esclarece a bagatela como excludente de tipicidade:

Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível”, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumental de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país (ROXIN, 2002, p. 47).

Mobiliza-se o conceito de “violência” como agressão mínima necessária para a configuração do crime. Ao mesmo tempo, toda ameaça deve ser “sensível”. Requer-se que a efetiva ofensa ou ameaça ao bem jurídico protegido se mostre capaz de atrair a reprovabilidade social e, assim, a sanção penal. Dessa forma, a aplicação do princípio da insignificância deve ocorrer à luz do sistema jurídico-constitucional e das circunstâncias fáticas, atendendo não simplesmente à literalidade da lei, mas também ao bem jurídico por ela protegido e impedindo sua utilização banalizada.

A proteção do Direito Penal ergue-se contra a ofensa considerável ao bem jurídico tutelado. A ofensa insignificante, por mais óbvia que seja a correspondência *prima facie* entre o tipo legal e a conduta do agente, deve ser ignorada pelo sistema penal, por não haver abalo à ordem social: a “tipicidade [...] material está voltada com ênfase para a intolerabilidade da conduta tendo como critério norteador o parâmetro da significância/insignificância do comportamento” (LIMA; LIMA NETO, 2015, p. 18).

A contribuição de Roxin (2002) é importante desenvolvimento da dogmática penal na

perspectiva do Estado Democrático de Direito e de suas exigências garantistas. Esclarece-se a tipicidade como elemento essencial do crime em sua dimensão material. Não basta apenas que ocorra a correspondência exterior entre o comportamento verificado historicamente e aquele descrito pelo texto da norma: exige-se a verificação da tipicidade material; exige-se relevante lesão ou ameaça ao bem jurídico protegido pela norma penal. De outra forma, o poder punitivo do Estado não encontra, verdadeiramente, limites. Greco (2006, p. 72) escreve:

Ao realizar o trabalho da redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

O instituto da insignificância impõe-se como limitador do poder punitivo estatal – e, assim, como garantia dos direitos fundamentais –, uma vez que a técnica da tipicidade não é capaz de evitar a criminalização de muitas condutas que não merecem a severa repressão penal, em que pese ter sido forjada para limitar o poder do Estado, assegurando previsibilidade e segurança ao indivíduo, que pode conhecer com antecedência de quais condutas deve abster-se porque reputadas criminosas, portanto, reprováveis e puníveis.

Por mais fechados que sejam os tipos penais, não se alcança, por meio da sua subsunção aos fatos, mais do que a verificação da correspon-

dência formal entre comportamento histórico e descrição textual do tipo – correspondência *prima facie*, e não uma correspondência propriamente *jurídica*, que apenas se verifica quando a tipicidade é enriquecida com outros elementos normativos impostos pelo sistema jurídico-constitucional.

Na lição de Roxin (2002), trata-se de fazer justiça à finalidade da lei, que descreve os tipos penais em vista dos prejuízos que uma conduta pode causar à vida comum – o que impõe afastar a tipicidade quando danos ou riscos não se verificam de modo relevante. Compreendido dessa forma, não se verifica o crime senão quando comprovada a tipicidade material, o que determina limites importantes ao poder estatal de imposição de sanções penais.

À mesma conclusão se chega por força da subsidiariedade e da fragmentariedade características do Direito Penal. A sanção penal somente se aplica como *ultima ratio*, diante da insuficiência dos outros instrumentos de promoção e repressão do ordenamento jurídico (subsidiariedade). Por essa razão, a norma penal não compreende todas as condutas humanas, mas apenas parcelas muito bem definidas do agir humano (fragmentariedade).

Como se vê, apenas a compreensão constitucionalmente adequada da tipicidade penal (que a exija como tipicidade também e especialmente *material*) pode assegurar que o Direito Penal se mantenha subsidiário e fragmentário, uma vez que a tipicidade meramente formal pode resultar em uma tal extensão constitucionalmente ilícita do poder punitivo do Estado, que o leve a alcançar condutas suficientemente reguladas por outros ramos do Direito ou mesmo por outras ordens normativas, como a moral ou a política.

A rigor, revela-se a insuficiência da técnica da tipificação como método para a proteção dos direitos individuais diante do poder estatal. Tal deficiência subsiste ainda que os tipos sejam

fechados, com a estrita descrição dos comportamentos reprimidos, o que leva a perguntar sobre os limites do poder punitivo do Estado nos casos em que as sanções têm fundamento em tipos abertos, como muitas vezes ocorre no Direito Penal, ou em que nem mesmo há a exigência de tipicidade. É o que ocorre no horizonte da repressão à improbidade administrativa, em que se verifica, de acordo com alguns, tipicidade aberta, ou mesmo a ausência de tipicidade, de acordo com outros.

O fato de a tutela da improbidade administrativa afastar-se da técnica tipificadora característica do Direito Penal¹ terá por consequência o afastamento da aplicação do princípio da insignificância nos casos de improbidade? Ou reforma a sua exigência?

A resposta a essas perguntas exige outros desenvolvimentos.

3 Fundamento e aplicabilidade sistemática do princípio da insignificância: legalidade e Estado de Direito

A ideia central a animar o princípio da insignificância é a ausência de lesividade suficiente em determinadas condutas que justifique a constrição dos direitos fundamentais do acusado.

O Direito Penal impõe sanções de máxima gravidade, cuja aplicação apenas se mostra racionalmente admissível nas hipóteses de considerável lesão a bem jurídico, ao indivíduo, ao Estado ou à coletividade. O requisito da ofensividade ensina que a insignificância deve ser aplicada aos

¹ Para Capez (2010, p. 57), “por força do princípio da legalidade, a exigência de adequação típica de um fato à norma, para a imposição de sanções, não é fenômeno privativo do direito penal, estendendo-se para além dos domínios penais, no qual se incluem os atos de improbidade administrativa”. Nesse ponto, o autor endossa as posições de Fábio Medina Osório e Regis Fernandes de Oliveira.

fatos em que a conduta é ilícita, à primeira vista, mas em que não existe ofensa ao bem jurídico tutelado capaz de justificar a punição legal.

O argumento até aqui nos conduz ao problema do fundamento do princípio da insignificância. Nesse sentido, Harger (2010) afirma que

[a]s limitações à aplicação do poder punitivo estatal são extraídas diretamente do princípio constitucional do Estado de Direito, e isso faz com que as noções de teoria geral do direito que foram aprofundadas pelos estudiosos do direito penal possam ser aplicadas às demais categorias de ilícitos. Garante-se, assim, que a repressão administrativa ou judicial de condutas ilícitas ocorra de modo não arbitrário.

Não há segurança em obrigar a fazer ou deixar de fazer algo somente em virtude da lei (legalidade) ou de não ser punido senão por crime rigorosamente previsto por lei anterior (legalidade, tipicidade e anterioridade penais), se o ato de que somos acusados, processados e condenados não se apresentar também como ameaça ou dano efetivos e sérios aos bens protegidos pela ordem jurídica. Essa é uma perspectiva importante para sabermos se o princípio da insignificância se aplica apenas ao campo penal ou se se estende a todo o horizonte do direito sancionatório.

A questão de saber se a proibição da banalização da repressão estatal não é um princípio simplesmente criminal, mas se aplica a toda a ordem jurídica em sua função sancionatória, encontra resposta no princípio da legalidade e no próprio princípio do Estado de Direito, que submete o Estado à lei, ao Direito e à Constituição.

A lesão causada à legalidade e ao Estado de Direito – que decorre da aplicação de sanções sem a limitação imposta pela exigência de que os atos sancionados, além de previstos na lei como ilícitos puníveis, sejam também antijurídicos em sentido material (ofendendo ou ameaçando

concreta e seriamente os bens jurídicos) – não ocorre apenas no horizonte do Direito Penal, mas também em todas as searas em que se imputem sanções. Se os princípios da legalidade e do Estado de Direito fundamentam a aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal – ao impedir que autoridades persecutórias promovam a acusação de indivíduos por fatos cuja lesividade é insuficiente para justificar a compressão dos direitos fundamentais impostos pelas sanções previstas e mesmo pela mera existência da investigação ou do processo –, há fortes razões para estender sua aplicação a todos os campos em que há persecução e aplicação de sanções, ainda que não penais.

4 Fundamento e aplicabilidade sistemática do princípio da insignificância: proporcionalidade e razoabilidade

Com razão apontam os juristas a implicação do princípio da insignificância no princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal.

Para alguns, razoabilidade e proporcionalidade são princípios; para outros, postulados. Uns os consideram expressões sinônimas; outros os distinguem. Ávila (2018, p. 164) explica que

[o]s postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Neste sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo

aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam as outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico sobrejacentes e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).

Assim, razoabilidade e proporcionalidade, segundo o autor, são considerados postulados normativos, diferentes dos princípios. Ao lado da razoabilidade e da proporcionalidade, Ávila (2018) destaca o postulado da unidade do ordenamento jurídico, que tem como componentes a coerência e o postulado da hierarquia, segundo o qual a interpretação jurídica deve estruturar-se em critérios constitucionais. A conexão de sentido fundamenta-se na ideia de unidade e coerência do sistema jurídico, bem como preconiza clareza conceitual, unidade formal e plenitude sistemática. Desse modo, a análise da razoabilidade e da proporcionalidade não é apenas uma tarefa de subsunção, mas de equivalência entre dimensão e punição, bem como justificativa do princípio promovido em face do direito fundamental atingido.

No exame da razoabilidade-equivalência analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e aquilo que ela visa a punir ou financiar. No exame de proporcionalidade investiga-se a norma que institui a intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos. No exame da proibição de excesso analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental não

está sendo atingido no seu núcleo. Por esse motivo, surge a questão de saber se há uma restrição excessiva dos princípios fundamentais (ÁVILA, 2018, p. 180).

A proporcionalidade-equivalência analisa a medida e o critério de fixação, ao passo que a proporcionalidade investiga a relação entre a finalidade da medida e a restrição causada nos direitos fundamentais.

Bonavides (2018), por seu turno, entende a proporcionalidade como princípio presente no texto constitucional, protetor do cidadão contra os excessos do Estado e garantidor dos direitos constitucionais:

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito estrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais se avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito (BONAVIDES, 2018, p. 444).

Silva (2002, p. 32) distingue razoabilidade e proporcionalidade:

Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três subregras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins.

Ainda que considere razoabilidade sinônimo de proporcionalidade, Barroso (1998) utiliza as nomenclaturas “razoabilidade externa” e “razoabilidade interna”. A razoabilidade externa

deve ser aferida com base na compatibilização com os fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional; em contrapartida, a razoabilidade interna cuida da compatibilidade entre meio e fim.

Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre motivos, meios e fins. [...] De outra parte, havendo razoabilidade interna é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente (BARROSO, 1998, p. 71).

Outro importante teórico contemporâneo, Dworkin (2000), também desenvolve sua influente teoria fundada nas ideias de unidade e coerência construtivas do Direito como ordenamento. Ele considera a integridade postulado ínsito ao sistema jurídico constitucional. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e interpretadas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade. Nesses termos, diante do sistema constitucional, toda lei e toda decisão judicial devem buscar proporcionar aos jurisdicionados segurança jurídica pautada nos elementos de equidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Proporcionalidade e razoabilidade – pouco importa se concebidos como idênticos ou como autônomos entre si, se em relação de parte e todo ou ainda se como postulados ou princípios metódicos ou princípios constitucionais (dificilmente a doutrina acordará acerca dessa questão, que é provavelmente apenas teórica) – impõem ao julgador a consideração da adequação das sanções previstas abstratamente pelo legislador e impostas concretamente pela autoridade administrativa ou judicial ao grau de lesividade efetiva ou potencial (risco) verificado na conduta, vedando a imposição de sanções capazes de restringir direitos fundamentais a atos que não perturbem, de modo sério, a ordem social. Sendo imperativos que decorrem da própria sistematicidade do Direito, a proporcionalidade e a razoabilidade – que exigem, no Direito Penal, a exclusão do crime quando verificada a insignificância da conduta, ainda que aparentemente típica ou típica em sentido apenas formal – impõem também a sua aplicação no campo do Direito Administrativo sancionatório, uma vez que se impõem a todo o Direito, como condição de sua unidade e coerência.

Nesses termos, a insignificância não surge apenas como princípio autônomo, mas também como elemento hermenêutico interno da proporcionalidade, limitando a proibição do excesso e a adequação dos atos restritivos aos fins constitucionais e aos direitos fundamentais.

A regra da proporcionalidade ostenta, assim, o caráter instrumental de controle contra o excesso dos poderes estatais.

Portela (2015) descreve a relação da proporcionalidade e razoabilidade com o princípio da insignificância:

Ora, o princípio da insignificância tem estreita ligação com o postulado da proporcionalidade/razoabilidade. É possível concebê-lo como uma sua específica manifestação. A noção de bagatela surgiu mesmo como preceito de política criminal, para aqueles casos em que a eventual pena a ser aplicada traria mais malefícios à sociedade do que o próprio crime. De fato, não havendo relevante afetação do bem jurídico tutelado pela norma e que justifica a existência das penalidades por ela cominadas, as restrições de direitos que se impusessem sobre o autor da conduta *prima facie* ilícita – porque formalmente subsumida ao tipo, sendo o próprio tipo indício de antijuridicidade – acarretariam mais prejuízo à sociedade que o próprio delito, gerando insegurança jurídica e deslegitimando o ordenamento jurídico, pelo seu desligamento e distanciamento dos fatos e pela injustiça das consequências normativas. O Direito não se sustenta com a sistemática produção de decisões iníquas, ainda que derivem elas da simples aplicação da lei.

Sob essa perspectiva, garantir a observância da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das sanções administrativas, inclusive no âmbito da improbidade administrativa, é assegurar ao *sistema jurídico* (ao *Direito*, além da consideração isolada desta ou daquela lei) seu papel de proteção e promoção de bens jurídicos que o Direito (como sistema, insista-se, fundado sobre valores comuns cuja proteção justifica – exige e limita – toda e qualquer repressão estatal) considera relevantes, impedindo sua utilização vulgar, seletiva e ilegítima porque destituída de suporte lógico-jurídico, sistemático, teleológico e axiológico.

5 Fundamento e aplicabilidade sistemática do princípio da insignificância: devido processo legal (substancial e formal)

O princípio da proporcionalidade conduz ao ditame constitucional do devido processo legal.

Razoabilidade e Devido Processo Legal andam juntos. São princípios complementares, indissociáveis. Melhor dizendo, impossível compreender o Devido Processo Legal sem a razoabilidade, embora esta decorra daquele em seu desenvolvimento histórico. A razoabilidade é princípio que decorre da adoção do Devido Processo Legal na ordem constitucional, eis que, com efeito, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CF/88), motivo pelo qual

haveria a possibilidade de se sustentar o caráter expresso do princípio da razoabilidade (OSÓRIO, 2018, p. 180).

De origem vetusta, o princípio do devido processo legal é instituto central na experiência jurídica ocidental. Nery Junior (2017) ensina que o primeiro documento a mencionar esse princípio teria sido a *Magna Charta* de João Sem-Terra, de 1215, quando assinalou o direito ao legítimo julgamento de acordo com a lei, ainda que sem mencionar expressamente a locução *due process of law*:

39 – Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra (MAGNA..., [1215]).

Os artigos 20 e 21 inauguram a ideia do devido processo legal substancial, que respeita a adequação entre penas e sanções:

20 – Um homem livre não poderá ser multado por um pequeno delito a não ser em proporção ao grau do mesmo; e por um delito grave será multado de acordo com a gravidade do mesmo, mas jamais tão pesadamente que possa privá-lo de seus meios de vida. Do mesmo modo, tratando-se de um mercador, deverá ter este resguardada a sua mercadoria; e de um agricultor, deverá ter este resguardado o equipamento de sua granja – se estes se encontrarem sob a mercê de uma corte real. Nenhuma das multas referidas será imposta a não ser mediante o juízo de homens reputados da vizinhança.

21 – Condes e barões não serão multados a não ser por seus iguais, e em proporção à gravidade de suas ofensas (MAGNA..., [1215]).

Sua origem remonta, assim, à tradição do *common law*.² Contudo, a tradição do Direito continental adota o princípio do devido processo legal, sem qualquer dúvida, nos seus dois sentidos (material e formal), como se lê na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789):

Artigo 5º – A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constringido a fazer o que ela não ordene.

[...]

²No horizonte do *common law* não há dúvida quanto à sua aplicação em todos os âmbitos da juridicidade. Veja-se a definição de Cooley (1873 apud TRIBE, 2000, p. 34, tradução nossa): “Vida, liberdade e propriedade são postos sob a proteção de princípios estabelecidos e conhecidos, que não podem ser dispensados seja em normas gerais seja em casos particulares; nem por cortes ou autoridades administrativas, nem pelos próprios legisladores”.

Artigo 7º – Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.

Artigo 8º – A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Artigo 9º – Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela Lei (DECLARAÇÃO..., [1789]).

No Brasil, o devido processo legal é norma de direito fundamental, previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a]). Trata-se de princípio dirigido a toda atividade processual do Estado, tanto administrativa quanto legislativa ou judicial: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Segundo Neves (2016, p. 114), esse princípio é também recepcionado no Brasil em seus dois sentidos – substancial e formal:

No sentido substancial o Devido Processo Legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. É campo para a aplicação dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras – da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público.

[...]

No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. Contemporaneamente, o Devido Processo Legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos.

Como se vê, o princípio do devido processo legal desenvolve-se no pensamento constitucional brasileiro em estreita ligação com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No âmbito processual, Tavares (2012, p. 741) conceitua o devido processo legal como “a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes, e Devido Processo Legal no âmbito material como a necessidade de respeito ao critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade”.

Para Didier Junior (2010), trata-se de fonte de todos os demais princípios e norma fundamental que deve ter sua aplicação observada em todos os

campos do Direito. Segundo ele, princípio do devido processo legal é o mais importante princípio de Direito Processual:

[a] locução “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão inglesa “due process of law”. Law, porém, significa Direito, e não lei (“statue law”). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. “Legal”, então, é adjetivo que remete a “Direito”, e não à Lei (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 41).

E continua: “Desse enunciado normativo extrai-se o princípio do devido processo legal, que confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo etc.)” (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 41).

O reconhecimento dos desdobramentos do princípio do devido processo legal é dever de todo esforço de interpretação constitucional, como proteção e como garantia dos direitos fundamentais, já que a CRFB adotou de forma expressa, em seu preâmbulo, o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Carvalho Filho (2015, p. 1.011) conceitua:

O princípio do Devido Processo Legal (*due process of law*) é daqueles mais relevantes quando se trata de examinar os efeitos da relação jurídica entre o Estado e os administrados. Trata-se de postulado inerente ao Estado de Direito, que, como sabemos, foi a situação política em que o Estado reconheceu que, se de um lado podia criar o direito, de outro tinha o dever de submeter-se a ele. A lei, portanto, é o limite de atuação de toda a sociedade e do próprio Estado.

Sundfeld (2001, p. 174) destaca: “O devido processo é garantia dos particulares frente ao Estado. Garantia ao mesmo tempo passiva, isto é, dirigida à pessoa enquanto sofre o poder estatal, e ativa, destinada a propiciar o acionamento da máquina estatal pelos membros da sociedade e a obtenção de decisões”.

Na observação de Moraes (2002, p. 136), “o que se exige do Poder Público, portanto, é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, bem como na aplicação de medidas restritivas e sancionadoras”.

Assim, para ser “devido”, não é suficiente que o processo cumpra apenas as formalidades legais. A decisão processual deve ser justa, nos moldes da proporcionalidade e razoabilidade, respeitando a dimensão substancial do princípio do devido processo legal. Atente-se em que os propósitos do devido processo legal impõem não apenas a segurança quanto à forma do julgamento (juiz natural, direito de defesa, contraditório...), mas também reclamam decisão *justa*, compatível com a gravidade do ato.

Quanto ao objeto específico deste estudo, pergunta-se pelos limites que o devido processo legal impõe ao processo de improbidade administrativa e de suas penas.

Em sua versão formal, o princípio do devido processo legal determina a aplicação do princípio da insignificância na medida em que proíbe que todo o ônus decorrente da simples existência do processo de improbidade administrativa recaia sobre o acusado em razão do cometimento de atos de lesividade reduzida. O órgão julgador não pode abster-se de reconhecer as consequências diretas ou indiretas do simples processamento da improbidade administrativa na vida do agente público: o grande impacto existencial, como a quase certa decretação processual da indisponibilidade de bens do réu (mesmo antes de estabelecer-se a relação processual, uma vez que pode ocorrer ainda durante a fase administrativa ou especialmente antes do recebimento da inicial, com a intimação para defesa prévia), as despesas financeiras com a defesa, o descrédito moral e o prejuízo político decorrentes de ser o agente público acusado de “desonestidade” (“improbidade”) (JUSTEN FILHO, 2009). Trata-se de prejuízos que atingem fundo o acusado e sua família, seus projetos e sua dignidade, nada autorizando que recaiam sobre o agente, salvo na hipótese de ser a conduta efetiva e significativamente lesiva aos bens jurídicos protegidos pelo sistema jurídico. Nesse quadro, impõem-se novas exigências ao sistema de persecução penal e extrapenal nos âmbitos de responsabilidade política³, político-administrativa⁴ e administrativa⁵.

Se o devido processo legal formal impede que atos que efetivem lesões insignificantes possam dar ensejo ao constrangimento decorrente da simples existência do processo de improbidade administrativa, ele deve ser observado, em primeiro lugar, pelo titular da ação⁶ – que não deve propor a ação quando se tratar de lesão insignificante – e, especialmente, pelo juiz, já no juízo de prelibação a que deve proceder por força do art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.429/1992 (BRASIL, [2019c]).

Além de sua aplicação na absolvição do réu acusado de dano insignificante, o princípio do devido processo legal formal exige que o juiz impeça até mesmo a constituição da relação processual. Deve-se rever a forma

³ Referimo-nos a processos de natureza jurídico-política, tais como os regulados pelo Decreto-lei nº 201/1967 (BRASIL, [2009]) ou pela Lei nº 1.079/1950 (BRASIL, [2000]), que regula o *impeachment*.

⁴ Admitindo-se, como o faz o STF, ser essa a natureza do processo de improbidade administrativa.

⁵ Referimo-nos a processos disciplinares e outros processos administrativos tendentes à aplicação de gravames a servidores ou a particulares.

⁶ De regra, o Ministério Público – ou a pessoa jurídica interessada, nos termos do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 –, zelo que infelizmente tem sido raro verificar-se, especialmente do Ministério Público, ante a irresponsabilidade pessoal e institucional que ora vige quanto ao exercício de suas altas funções.

como se tem aplicado, na fase postulatória do processo de improbidade administrativa, o princípio *in dubio pro societate* (COSTA, 2015). Não se pode seguir admitindo que sua aplicação conduza de forma automática à instauração do processo – sem qualquer exame sério da ofensa ao princípio do devido processo legal formal.⁷

O princípio do devido processo legal prescreve não somente o direito à notificação do denunciado, mas também o direito a uma decisão que, à luz das circunstâncias do caso concreto, leve a sério seus argumentos e considere – além de outros aspectos relevantes que também poderão conduzir à rejeição da inicial – se se trata de ação inepta em razão de ser insignificante a lesão apontada. A possibilidade de defesa mediante a notificação prevista no dispositivo mencionado visa a resguardar o impacto sobre os direitos do denunciado.

Por outro lado, considera-se (brevemente, pois o raciocínio nesse campo em grande parte coincide com o desenvolvido a propósito do princípio da proporcionalidade) o devido processo legal em sua acepção material. Trata-se, também aqui, de princípio com força normativa em todas as searas do direito sancionatório, e não apenas no Direito Penal. Ele exige, como condição de validade das leis (de acordo, por exemplo, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), que elas apenas imponham sanções em razão de atos efetivamente lesivos aos bens jurídicos protegidos. Proíbe-se a punição de atos incapazes de abalar a ordem social, o que justifica a aplicação do princípio da insignificância também nos casos de improbidade administrativa.

Especialmente em se tratando de legislação com tipos abertos – que prescreve punição até mesmo por ofensas a princípios administrativos, como a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) –, a sua aplicação despreocupada com as exigências do devido processo legal material afronta o conteúdo constitucional dos direitos fundamentais, pois, a princípio, todo ato irregular pode ser enquadrado como ofensa a princípios administrativos. É imperioso, por isso, que a ofensa a esses princípios seja significativa.

A par de todos esses fatos, não pode o intérprete da lei eximir-se da responsabilidade de analisar o caso concreto e de atuar nos moldes formais e materiais da Constituição. Cabe a ele realizar interpretação levando também em conta o caráter substancial dos limites dos direitos fundamentais, equalizando o bem promovido e o direito restringido. Utilizando-se das

⁷ Observa-se que o princípio não tem respaldo constitucional, fazendo com que a dúvida não favoreça o réu, mas, sim, a sociedade – razão pela qual muitos criticam sua adoção. A ministra Maria Thereza de Assis Moura (BRASIL, 2012, p. 9) destaca que “a acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio *in dubio pro societate*”.

ideias de José Carlos Vieira de Andrade, ao tratar dos limites imanentes dos direitos fundamentais, Pereira (2005, p. 421, grifo do autor) destaca:

Para o autor, o conceito de limites imanentes está muito mais ligado à idéia de interpretação (e, portanto, de *delimitação*) dos preceitos constitucionais que prevêem cada um dos direitos fundamentais. O que se pergunta – diz ANDRADE – é pelo domínio de proteção (a hipótese) da norma. Se num caso concreto se põe em causa o conteúdo essencial de outro direito, se se atingem intoleravelmente a moral social ou valores e princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar para o intérprete a convicção de que a protecção constitucional do direito não quer ir tão longe. E, então, o direito tem de respeitar os direitos dos outros, os princípios fundamentais ou as leis, porque não restringem o seu âmbito, tal como é constitucionalmente protegido.

De acordo com essa lógica de atuação, devem ser processados os casos de improbidade administrativa tendo por parâmetro o sistema por inteiro, e não apenas o conteúdo textual de uma lei, desligado da integridade que deve reger a atuação jurisprudencial e do respeito ao devido processo legal em suas duas dimensões.

6 Natureza jurídica das sanções e do processo de improbidade administrativa

Até aqui, expuseram-se muitos argumentos para demonstrar que o princípio da insignificância não deve ter aplicação apenas no Direito Penal, devendo-se também admiti-lo como princípio vigente no horizonte do Direito Administrativo sancionador. Recomendam-no os princípios da legalidade, do Estado de Direito, da proporcionalidade e do devido processo legal, em sentido material e formal.

Contudo, ainda é necessário questionar se o fato de tal princípio nascer vinculado à subsidiariedade e à fragmentariedade, características do Direito Penal, não sugeriria ainda a sua circunscrição a esse ramo do Direito.

A propósito dessa questão surge um aspecto especialmente importante no âmbito da improbidade administrativa: é correta, do ponto de vista do sistema constitucional de direitos e garantias, a técnica legislativa vigente no Brasil de imposição de sanções gravíssimas, como a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública por meio de um processo de natureza cível – tal como é o processo de improbidade administrativa – sem a observância das garantias penais e processuais penais previstas na Constituição?

Deve-se notar que o legislador não esteve totalmente alheio a essa questão, razão pela qual estabelece, no art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.429/1992,

o juízo de prelibação, à semelhança do previsto nos arts. 513 e ss. do Código de Processo Penal (BRASIL, [2019b]), assim como determina, no art. 17, § 12, a aplicação “aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal” (BRASIL, [2019c]).

Apesar disso, o acusado de improbidade administrativa não se cerca de outras garantias penais e processuais penais, o que configura, de acordo com importante crítica, lesão aos fundamentos do Estado Democrático de Direito em todos os aspectos até aqui já discutidos – legalidade, Estado de Direito, devido processo legal material e formal –, em razão da efetiva desproporcionalidade representada pelo fato de suas sanções serem efetivamente mais graves que aquelas previstas pelo Direito Penal.⁸

Trata-se de estratégia punitivista que visa a sancionar de modo mais eficiente? Não há dúvida de que esse ponto de vista é acolhido por autoridades e parte da doutrina. Mas é de espantar que se possa acreditar manter-se um discurso científico-jurídico íntegro e comprometido com

⁸ Confira-se a crítica do ministro César Asfor Rocha, acompanhado pelos ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves e Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, no HC 22.432 (apud COSTA, 2012): “A Lei nº 8.429/92 prescreve, no seu art. 12, um largo elenco de sanções de sumíssima gravidade, sendo de destacar a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por um lapso de 8 a 10 anos (art. 12, I); a primeira sanção (perda de função pública) é a mais exacerbada do Direito Administrativo Disciplinar e a outra (suspensão dos direitos políticos) é a mais rude exclusão da cidadania. A meu ver, a Lei nº 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente impingíveis por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função. De menor relevo, ao que posso ver, que a Lei nº 8.429/92 denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na suspensão dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário, extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatório)”.

os postulados do Estado Democrático de Direito ao afirmar-se que a eficiência na aplicação de sanções graves (equivalentes à sanção penal ou mais graves que ela) possa ser obtida à custa da observância dos direitos materiais e processuais fundamentais do acusado.

Trata-se de uma das questões atuais em que mais fortemente ecoa a exigência de integridade dos intérpretes do Direito. Será admissível, do ponto de vista lógico, sistemático, teleológico e axiológico, recusar as garantias penais e processuais ao acusado a quem se pretende aplicar sanções tão ou mais graves que as sanções penais, tão somente com o argumento de que a lei diz que tais sanções não são “penais”?

Isso nos remete aos fundamentos de validade do Direito Penal e do Direito em geral. De um lado, como adverte Capez (2010) em sua obra *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*, o Estado de Direito impõe limites ao que pode ou não ser objeto do Direito Penal:

De pouco adiantaria assegurar ao cidadão a garantia de submissão do poder persecutório à exigência prévia de definição legal, se o legislador tivesse liberdade para eleger de modo autoritário e livre de balizas quais os bens jurídicos merecedores de proteção, ou seja, se pudesse, a seu bel-prazer, escolher, sem limites impostos por princípios maiores, o que vai ser e o que não vai ser crime.

[...]

Com efeito, um Direito Penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, ônus e limitação social do que benefício à coletividade (CAPEZ, 2010, p. 33-42).

Observa-se aqui uma primeira limitação ao poder punitivo, relacionada ao que foi exposto sobre o princípio da insignificância como excludente do crime por afastar a tipicidade material: se só pode ser criminalizado pelo Estado aquilo que ofende a ordem social do Estado

Democrático de Direito (o que implica haver dano *significativo* a bem *jurídico*), também na aplicação dos tipos existentes é imperiosa a verificação da efetiva e significativa lesão ou risco para evitar que a literalidade dos tipos penais leve à punição de condutas que não tenham causado dano juridicamente significativo.

Ao mesmo tempo, a unidade lógica e axiológica do sistema jurídico exige proporcionalidade no estabelecimento de crimes e suas sanções, uma vez que “a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividade distintas, ou para infrações dolosas e culposas” (CAPEZ, 2010, p. 43).

Com base nessas exigências lógicas e axiológicas, compreendem-se os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, que não cobrirá com sua ameaça todas as ações, mas apenas aquelas mais graves, que não sejam eficientemente protegidas pelos outros ramos do Direito. Assim, as punições do Direito Penal serão previstas apenas para essas condutas, cuja gravidade exige não só o estabelecimento dos limites ao que pode ser razoavelmente instituído como crime, mas também toda a plêiade de garantias do acusado, que estão no centro do constitucionalismo desde sua fundação iluminista.⁹

Não pode o legislador estabelecer qualquer conduta como criminosa. Só poderá fazê-lo com relação a comportamento especialmente danoso à vida comum. Se o fizer, deverá cercar o acusado das condutas tidas por criminosas das garantias especiais de que é titular. Não poderá obviamente

impor sanções equivalentes ou mais graves a comportamentos menos danosos, tampouco poderá impô-las sem assegurar as garantias que devem cercar os acusados ameaçados com tais sanções, com o argumento de que se trata de sanções de natureza extrapenal. Nesse caso, deve-se investigar

se o enquadramento formal do ilícito em um determinado diploma legal extrapenal, cujas penas imponham, tal como as sanções penais, as mesmas restrições, os mesmos gravames, aos direitos dos indivíduos, poderá ter o condão de afastar algumas garantias individuais do cidadão, com grave violação aos postulados maiores do Estado Democrático de Direito.

[...]

Vislumbra-se que, se no direito penal, historicamente, um sistema jurídico extremamente rígido, fechado, opera-se a busca pelo conteúdo valorativo do nexo de causalidade, sob o influxo de teorias filosóficas e sociológicas, para se limitar o *jus puniendi*, seria paradoxal impedir tal busca no âmbito dos atos de improbidade administrativa, que não são considerados ilícitos penais, mas possuem o mesmo caráter coativo das sanções penais (CAPEZ, 2010, p. 175).

O fato de não haver um fundamento ontológico para distinguir entre ilícitos de natureza penal ou extrapenal não deve obscurecer a questão de integridade. Historicamente, as garantias penais e processuais penais foram e são afirmadas em razão da gravidade das sanções com que os acusados são ameaçados.

Para afastar esse regime protetivo, não bastará a doutrina, a lei ou a jurisprudência declararem que tais sanções e o respectivo processo não tenham natureza penal. Sem qualquer dúvida, essa estratégia representa descompromisso com os fundamentos da ordem jurídica constitucional democrática e ruptura com seus fundamentos liberais.

⁹ É despiendo recomendar a leitura do clássico *Dos delitos e das penas*, de Beccaria (2006), um dos livros que muitos citam, mas que nem todos se lembram de ler? Com certeza vale a pena estar entre aqueles que conhecem mais do que os títulos dos livros importantes.

7 Conclusões

Forjado no *common law*, em que tem aplicação ampla, o princípio da insignificância assumiu renovada importância no *civil law* em razão de sua teorização por Roxin (2002), que o esclareceu como exigência de tipicidade material da conduta, requisito para sua criminalização. Não basta que o comportamento seja *prima facie* correspondente à descrição típica: não basta a tipicidade formal, insuficiente para conter o poder punitivo do Estado e garantir os direitos fundamentais da pessoa humana quando acusada.

A pesquisa sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância ao processo de improbidade administrativa conduz à investigação sobre os fundamentos do direito sancionador e do próprio Direito, convocando as exigências de proporcionalidade e razoabilidade e mobilizando os princípios constitucionais do Estado de Direito, da legalidade e do devido processo legal, em sentido formal e material.

O devido processo legal exige que a punição estatal seja limitada quanto ao procedimento e à substância de suas ações, normas e sanções. Ele impõe o reconhecimento do princípio da insignificância como um princípio geral do direito sancionador, e não apenas do Direito Penal, na medida em que não se justificam nem a mera existência do processo (com os danos que inevitavelmente traz, do ponto de vista jurídico, moral, político, patrimonial e familiar), nem muito menos a aplicação das graves sanções por improbidade a atos que não atentem de modo suficientemente (proporcionalmente) significativo contra os bens jurídicos protegidos pela tutela da probidade na Administração.

A conclusão é que o princípio da insignificância, como princípio geral, deve orientar também a interpretação da LIA, devendo ser levado a sério pelo autor da ação – que não pode propô-la de modo leviano, sem que a conduta apresente efetivamente risco ou lesão relevantes ao bem jurídico protegido –, assim como pelo juiz, tanto no momento do recebimento da inicial (após a defesa prévia) quanto ao sentenciar.

Sobre os autores

Nuno M. M. S. Coelho é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil, com estágios doutorais na Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, Portugal, e no Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal (Bolsa CAPES); graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Filosofia pela UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil, e em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha; professor da Faculdade

de Direito da USP, Ribeirão Preto, SP, Brasil, e da Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil; advogado.
E-mail: nunocoelho@usp.br

Adriana de Oliveira Izá é mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Público Constitucional e Administrativo pela Universidade de Franca, Franca, SP, Brasil; advogada.
E-mail: adrianaoliveiraiza@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

COELHO, Nuno M. M. S.; IZÁ, Adriana de Oliveira. A aplicação do princípio da insignificância no processo de improbidade administrativa: fundamentos constitucionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 187-206, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p187

(APA)

Coelho, N. M. M. S., & Izá, A. de O. (2020). A aplicação do princípio da insignificância no processo de improbidade administrativa: fundamentos constitucionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 187-206. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p187

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas: texto integral*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. (Coleção a Obra-prima de cada Autor).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 abr. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm. Acesso em: 7 abr. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 7 abr. 2020.

_____. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm. Acesso em: 7 abr. 2020.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 7 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus nº 175.639/AC*. Processo penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado e quadrilha. Rejeição da denúncia. Ausência de justa causa. Recurso em sentido estrito. Provimento pelo Tribunal *a quo*. Remissão ao chamado princípio *in dubio pro societate*. Ilegalidade. Reconhecimento [...]. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Acre. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Paciente: Sebastião Moreira de Carvalho; José Souza Mendes. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 20 de março de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1132861&num_registro=201001048838&data=20120411&formato=PDF. Acesso em: 7 abr. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31.12.2014. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Cristiane Souza Braz. Improbidade [administrativa]. Imprescindibilidade da descrição do elemento subjetivo do tipo. Rejeição liminar da petição inicial. *Jus*, [Teresina], ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22524/improbidade-administrativa-imprescindibilidade-da-descricao-do-elemento-subjetivo-do-tipo-rejeicao-liminar-da-peticao-inicial>. Acesso em: 7 abr. 2020.

COSTA, Gustavo Roberto. *In dubio pro societate* é realmente um princípio? *Justificando*, [s. l.], 26 nov. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/11/26/in-dubio-pro-societate-e-realmente-um-principio/>. Acesso em: 7 abr. 2020.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. [S. l.: s. n., 1789]. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 7 abr. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 1.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito).

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 6. ed. rev. e atual. até 31 de março de 2006. Niterói: Impetus, 2006. v. 1.

HARGER, Marcelo. A utilização de conceitos de direito criminal para a interpretação da Lei de Improbidade. *Jus*, [Teresina], set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17434>. Acesso em: 7 abr. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/direito-administrativo-espetaculo.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2020.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. Improbidade administrativa: estrutura jurídica dos tipos e controle judicial – uma perspectiva dogmática para proteção dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, [Maceió], v. 6, n. 1, p. 3-21, 2015. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1804/1338>. Acesso em: 7 abr. 2020.

MAGNA Carta: (Magna Charta Libertatum). [S. l.: s. n., 1215]. Disponível em: http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGUÊS.pdf. Acesso em: 7 abr. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. completamente revista com base no novo CPC. Salvador: JusPODIVM, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. (Biblioteca de Teses Renovar).

PORTELA, Marcel Fortes de Oliveira. A ação de improbidade administrativa e o princípio da insignificância. *Jus*, [Teresina], abr. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38697/acao-de-improbidade-administrativa-e-o-principio-da-insignificancia>. Acesso em: 7 abr. 2020.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000. v. 1.

Religião em Direito Comparado e a ampliação de seus limites

A metodologia dialógica entre Teologia e Direito

FRANCISCO JUNIOR DE OLIVEIRA MARQUES

MÔNICA MOTA TASSIGNY

Resumo: O mapa atual em Direito Comparado e religião funda-se em abordagens de sobreposição de sistemas legais, limitando o quefazer jurídico no campo da religião ao método de comparação legal. Esse estudo comparativo desconsidera que, ao longo da história, as tradições religiosas foram as bases dos sistemas jurídicos atuais. O objetivo do presente artigo é analisar a metodologia do Direito Comparado no que se refere à religião e propor o saber teológico como uma das fontes para a leitura e interpretação desse campo de estudo. A pesquisa é qualitativa, de caráter explicativo e teórico; a metodologia, bibliográfica e documental. Com base na análise do tema, propõe-se a aplicação da metodologia dialógica, com o propósito de ampliar o ensino do Direito Comparado e integrá-lo com as inovações e avanços das ciências teológicas.

Palavras-chave: Direito Comparado. Religião. Método de ensino e pesquisa. Saber teológico.

Religion in comparative law and its broadening of the limits: the dialogical methodology between theology and law

Abstract: The current map in comparative law and religion is based on approaches of overlapping legal systems, limiting the legal task, in the field of religion, to the method of legal comparison. The comparative study disregards the fact that, throughout history, religious traditions have often been the basis for current legal systems themselves. The objective of this article is to analyze the methodology of comparative law and religion and to propose theological knowledge as one of the sources for the reading and interpretation of dialogical comparative law. The methodology is bibliographic and documentary, explanatory, qualitative and theoretical in nature. By analyzing the theme, the dialogical methodology is applied

Recebido em 4/12/19

Aprovado em 29/1/20

in the field of comparative law and religion, and its teaching method is expanded in the wake of integration, collaboration and innovation, with advances in the theological sciences.

Keywords: Comparative law. Religion. Method of teaching and research. Theological knowledge.

1 Introdução

Os Estados, em suas funções de legislar e aplicar a lei, enfrentam desafios quando o tema é estabelecer a relação entre religião e Direito. Os litígios são constantes nas relações de força entre Poder Público, sociedade civil e religião, demandando esta última o direito de gozar do trânsito jurídico. Tal demanda ampliou-se a partir da década de 1980, com a crescente participação do movimento evangélico na arena política, especialmente na América Latina, tradicionalmente católica. O movimento germinou e vem ganhando grandes proporções no Brasil, México, Peru, República Dominicana e Venezuela.

Nesse contexto, o Direito Comparado e a religião vêm articulando o conceito de religião às várias tradições jurídicas constituídas na escola moderna do *Staatskirchenrecht* (Direito Eclesiástico) e assumindo paulatinamente um lugar de destaque no cenário dos estudos jurídicos.

O Direito Comparado busca o entendimento das semelhanças e diferenças dos diversos ordenamentos jurídicos. Atualmente, os estudos em Direito Comparado e religião adotam três tipos de abordagem: a primeira traça um paralelo entre os direitos nacionais e as diferentes tradições religiosas; a segunda produz Direito Comparado à luz do enfoque baseado nos direitos (*rights-based approach*); e a terceira pensa o Direito e a religião à luz do Direito Comparado sociojurídico. Nessas três abordagens, o Direito Comparado apenas traça um paralelo entre os vários sistemas legais.

Todavia, o estudo comparado em Direito e religião deve ir além do confronto entre sistemas legais e tradições religiosas, ou seja, deve abordar as epistemologias teológicas como fonte de saber dialógico. Como pensar o método de ensino em Direito Comparado e religião em base dialógica com a Teologia?

Este artigo se justifica na medida em que tenta preencher uma lacuna no estudo do Direito Comparado ao propor uma nova metodologia, que busca pensar a complexa relação entre Direito e religião à luz da Teologia.

Para isso, é importante situar a influência da Teologia nos sistemas legais em temas sensíveis à religião e ao próprio Direito.

A metodologia da pesquisa é bibliográfica e documental, fundamentada na análise de material publicado em livros, revistas e bases eletrônicas – como Scielo, Ebscohost, Cambridge University Press e Vlex – e na consulta à legislação. Trata-se de estudo de natureza explicativa, que faz uma análise qualitativa da relação entre Direito Comparado e religião e das metodologias de estudo da área, especialmente à luz da perspectiva tridimensional de Hendrianto (2017). É uma pesquisa de natureza teórica, que utiliza o método indutivo. O objetivo é propor o saber teológico como uma das fontes para a leitura e interpretação em Direito Comparado e religião.

Para propor uma nova abordagem metodológica no ensino de Direito Comparado e religião, busca-se, nas próximas seções, conceituar Direito Comparado, mapear seus limites atuais e suas possibilidades na relação com a religião, seguir a leitura tridimensional de Hendrianto (2017) e considerar a relação dialógica entre Direito Comparado e religião à luz da integração, colaboração e inovação dos saberes teológicos.

2 Direito Comparado: conceito e discussões

Em termos simples, Direito Comparado é a aplicação da técnica comparativa ao campo da lei. No contexto do debate sobre essa abordagem de estudo no Direito, há uma discussão epistemológica em torno da questão de saber se o Direito Comparado é simplesmente um processo a ser aplicado à disciplina do Direito ou um ramo distinto de conhecimento; em outras palavras, se o Direito Comparado é um método ou uma ciência jurídica (CARVALHO, 2008, p. 141).

Gutteridge (1953, p. 15), tratando de responder a esse questionamento, ensina que não existe uma ciência particular do Direito Comparado, da mesma forma que não existe um Direito Marítimo e de Família, entre outras divisões, entendidas em termos de ciência jurídica autônoma, mas como agrupamento de regras do Direito vigente relativo a determinada matéria. Assim, o termo Direito Comparado não designa uma ciência jurídica particular, mas um método de estudo.

Nesse sentido, Direito Comparado é o ramo do conhecimento que realiza a comparação entre sistemas jurídicos distintos (CARVALHO, 2007, p. 140). É, em síntese, uma maneira de contrastar dois ou mais sistemas jurídicos, seja de forma microcomparada, quando a comparação se dá dentro da mesma família jurídica (Direito Comparado dos sistemas francês e italiano, por exemplo), seja de forma macrocomparada, quando

a análise se dá entre famílias jurídicas distintas (comparação, por exemplo, entre o sistema brasileiro, *Civil law*, e o inglês, *Common law*).

O método comparativo é uma ferramenta de pesquisa para alcançar uma teoria mais abrangente do Direito, criar ambientes críticos e facilitar o progresso das ciências jurídicas. Sua finalidade pode ir da ajuda a reformas legislativas ao desenvolvimento de políticas, ou seja, sua contribuição pode ser de natureza prática, sociológica, política ou pedagógica. É exatamente no âmbito da pesquisa pedagógica que se situa este artigo, pois o que se pretende é propor uma metodologia de ensino do Direito Comparado que propicie o diálogo entre os conhecimentos sociopolíticos e jurídicos e os saberes teológicos.

3 Mapeando o campo do Direito Comparado e religião

Nas últimas quatro décadas, o mundo tem testemunhado a volta da religião à cena política mundial: o crescimento do Islã na Europa devido à onda de imigração, a ascensão do Direito cristão nos Estados Unidos, a influência do catolicismo na África e a difusão do pentecostalismo na América Latina. Com o retorno da religião à agora pública, tem havido um crescente interesse intelectual pelas pesquisas em Direito Comparado e religião.¹

Antes de definir que tipo de lei ou jurisdição se deseja comparar e que religião ou aspecto de determinada religião será abordado, é importante fazer um mapeamento do tema e das diferentes possibilidades de estudo. A tarefa é complexa, devido às muitas variáveis envolvidas e à difi-

culdade de definir que tipo de lei ou jurisdição se deseja comparar e que religião ou aspecto da religião se deseja considerar no estudo.

Atualmente, é possível agrupar a pesquisa em Direito Comparado e religião em três abordagens: a primeira versa sobre a comparação dos direitos nacionais com as diferentes tradições religiosas; a segunda compara direitos específicos em diferentes sistemas legais; e, finalmente, a terceira trata do Direito Comparado na perspectiva sociojurídica.

Na primeira abordagem, as pesquisas tratam tanto de temas mais abrangentes, como o constitucionalismo em geral, quanto de temas mais específicos, a exemplo da liberdade religiosa. Uma das obras mais importantes desse grupo é o texto *Teocracia constitucional*, de Hirschl (2010), por sua relevante contribuição para a análise comparativa entre Religião, Direito Constitucional e Cortes de diferentes nações. Hirschl estuda Estados de maioria muçulmana, como Egito, Kuwait, Paquistão, Malásia e Turquia; as tradições da Índia (maioria hindu) e de Israel (Estado judaico) e, finalmente, as tradições secularizadas da rica herança judaico-cristã na Europa, na América Latina, no Canadá e na África (sobretudo ao sul). Em seu estudo, Hirschl (2010) analisa os discursos religiosos como lugar de controle político, nomeações do judiciário em razão da pertença religiosa e narrativas de casos reais, tais como questões envolvendo direitos e símbolos religiosos (hijab e crucifixo).

Na segunda abordagem, as pesquisas de Stopler (2016, p. 941) oferecem uma análise comparativa entre as sentenças da Suprema Corte americana, no caso *Hobby Lobby* (UNITED STATES, 2014), e da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso de *S.A.S v. France*. O caso *Hobby Lobby* questiona se o livre exercício da religião pode isentar os empregadores de fornecerem contraceptivos como benefícios obrigados por lei federal nos EUA; *S.A.S v. França*

¹ Na década de 1990, houve um aumento no número de estudos e pesquisas sobre a relação entre Direito e religião. O texto mais importante publicado na época foi *Religious Human Rights in Global Perspective*, resultado da conferência organizada pela Emory University (WITTE JUNIOR; VAN DER VYVER, 1996).

(COUNCIL OF EUROPE, 2014) focaliza a questão da proibição da cobertura total do rosto na França. Em estudo comparado, Stopler poderia fazer a sua análise dentro da primeira abordagem e investigar como a liberdade religiosa americana e a laicidade francesa equilibram o interesse religioso com o interesse maior da sociedade (GUNN, 2004, p. 419). No entanto, o núcleo da investigação de Stopler é sobre como esses dois casos afetam o direito das mulheres ao controle sobre seus corpos, ou seja, sobre a restrição da autonomia das mulheres em relação ao próprio corpo. O foco da análise de Stopler é a comparação dos direitos das mulheres. Em suma, esse tipo de abordagem tem o claro objetivo de tratar direitos particulares como ponto de partida para a comparação, diferentemente do primeiro grupo, que faz uma comparação mais direta entre as tradições religiosas de diferentes países.

A terceira abordagem, a da comparação sociojurídica, é marcada por duas características: substitui o entendimento formal do Direito pela abordagem da cultura jurídica; e define o Direito pela relação causal entre lei e sociedade. Nelken (2012, p. 310) observa que a cultura jurídica descreve padrões estáveis de comportamentos e atitudes sociais em diferentes níveis e, por sua vez, insere o cidadão em unidades culturais simultâneas: Estado, cidade, família, religião. Siems (2014, p. 126) explica que, nessa relação, a religião pode influenciar diretamente a lei ou mesclar-se totalmente com a lei.

4 Modificando o mapa

O mapa traçado representa a contribuição da pesquisa em Direito Comparado e religião nos três grupos: Direito Comparado dos Estados e as tradições religiosas; Direito Comparado no âmbito dos direitos individuais; e Direito Comparado sociojurídico e religião. Embora

seja importante reafirmar as contribuições acadêmicas dentro desse mapa, o presente artigo pretende expandi-lo.

Em primeiro lugar, os limites das abordagens atuais podem ser superados por uma perspectiva de transversalidade da disciplina. O problema clássico do Direito Comparado é que os teóricos que desenvolvem a comparação geralmente têm mais familiaridade com a sua jurisdição original. Muitas vezes, são marcados pela parcialidade ao comparar a jurisdição original com jurisdições diferentes. Ademais, os pesquisadores que trabalham na área de Direito e religião são estudiosos da lei, e não teólogos, o que os leva a enfatizar a análise jurídica e minimizar os aspectos teológicos.

Veja-se, por exemplo, a crescente pesquisa na área dos direitos da mulher, especialmente o direito ao aborto, que se concentra, principalmente, no direito ao aborto com referência ao Direito Comparado. Ainda que a religião esteja na pauta do estudo, o despreparo para abordar o Direito Comparado na área religiosa é considerável, manifestando-se, sobretudo, no preconceito secularista (BILLAUER, 2017, p. 271; LIVIATAN, 2013, p. 93; SIEGEL, 2012, p. 1.057; ALBERT, 2005, p. 1; FLEISHMAN, 2000, p. 277). Há maior relevância da religião para o jurista se a pesquisa versa sobre o tema no contexto latino-americano. Nesse sentido, é quase impossível falar de aborto sem incluir o papel da Igreja Católica no debate (GOODWIN; WHELAN, 2015, p. 2.582). Essas pesquisas, entretanto, não constroem um conhecimento comparado com a Teologia da Igreja Católica sobre o aborto, ou com outras tradições religiosas. Em regra, o argumento religioso é distorcido no debate.

Um bom exemplo é o artigo *Abortion, moral law, and the first amendment: the conflict between fetal rights & freedom of religion*, de Billauer (2017, p. 308), que trata do Direito Comparado

sobre o aborto em países de maioria católica: Irlanda, Polônia, Itália, França e México. Em sua pesquisa, Billauer dedica apenas uma sentença para afirmar a opção católica pela vida na concepção. Não há menção dos documentos do magistério, da teologia moral ou da bioética da Igreja Católica e, ao mesmo tempo, parece que tal perspectiva não gera incômodo no pesquisador.

Em segundo lugar, metodologicamente falando, a pesquisa em Direito Comparado e religião trata apenas de coletas de dados e informações sobre religião ou consulta religiosa de grupos. Os teóricos em Direito Comparado e religião necessitam ter um *minimum* de conhecimento das doutrinas religiosas para justificar suas perspectivas epistemológicas e hermenêuticas. Aqui cabe perguntar: como um pesquisador poderá fazer um estudo consistente em Filosofia do Direito sem saber de filosofia? Ou Sociologia do Direito sem conhecer ciências sociais? Ou ainda, de Medicina Legal sem ter estudo básico em medicina? De fato, não é suficiente a mera descrição geral do ensino religioso. A pesquisa deve identificar o *insight* teológico que influencia a lei. A Teologia é um campo complexo; portanto, é preciso ter, pelo menos, uma compreensão básica dos elementos fundamentais da disciplina, com base nos quais a doutrina deve ser interpretada, aplicada e avaliada.

Outro aspecto importante para a expansão do Direito Comparado no campo da religião é o elemento subjetivo e epistemológico. Em geral, os teóricos do Direito Comparado são limitados pelo seu afastamento da experiência religiosa, são *outsiders* de seu campo de trabalho. É bem verdade que a objetividade científica exige certa distância intelectual; contudo, a epistemologia moderna levou essa marca da ciência ao extremo.

Para Nelken (2012, p. 48), a premissa das ciências modernas afirma que nenhum grupo tem acesso privilegiado à verdade moral. Nesse sentido, o papel da lei é estabelecer um processo secular e neutro de resolução de conflitos, em vez de subscrever um conjunto de práticas culturais ou crenças religiosas em detrimento de outras. Aqui, Nelken ecoou Rawls (1996, p. xxiii), o expoente mais conhecido da teoria liberal, que introduziu a noção de neutralidade do Estado. A neutralidade do Estado de Rawls desencoraja qualquer opinião religiosa abrangente e relega ao esquecimento as antropologias e cosmovisões religiosas, a exemplo da teologia católica (KOZINSKI, 2013, p. 37).

Diante desse cenário, a proposta é superar essas epistemologias restritivas e abrir a perspectiva externa a duas preocupações essenciais. Primeiramente, deve-se construir uma familiaridade científica com as linguagens, as narrativas e a elaboração epistemo-prática das tradições de fé, a fim de enquadrar e explicar a relação entre os textos da lei e os da religião, ou seja, a intertextualidade da lei e religião. Em segundo lugar,

o *outsider* ou teórico em Direito Comparado e religião deve desnudar-se de uma postura secularista e hostil à visão antropológica e cosmológica religiosa.

Como elementos de dilatação do atual mapa do Direito Comparado e religião, as perspectivas anteriormente descritas preparam a nova abordagem que Hendrianto (2017) denomina Direto Comparado no campo da religião na perspectiva legal-teológica. O ponto central dessa perspectiva é a investigação do nexos entre lei e religião. Ao fazer o Direito dialogar com a Teologia, o mapa da disciplina se expande para o novo *cluster* dialógico, no qual a Teologia e, por consequência, a religião terão um lugar protagonista na análise do Direito Comparado.

5 Abordagem legal-teológica: tridimensionalidade do Direito Comparado e religião

Na abordagem de Hendrianto (2017), a expansão dos limites do Direito Comparado no campo da religião exige conceituação e explicações mais aprofundadas. Nesse sentido, o autor conceitua o novo *cluster* dialógico à luz de sua perspectiva tridimensional, que reúne as dimensões de integração, colaboração e inovação.

Na dimensão integradora, a pesquisa atual, que envolve Teologia e Direito, está longe de ser satisfatória, apesar do crescente interesse no tema da religião nas últimas quatro décadas. Os pesquisadores do Direito não manifestam interesse pela Teologia; por sua vez, poucos estudiosos de Teologia têm interesse em conversar com estudiosos do Direito e, mais especificamente, do Direito Comparado. Além da falta de interesse, a complexidade e as diferenças na formação dos profissionais das duas disciplinas perpetuam obstáculos significativos à integração.

No entanto, algumas pesquisas têm tentado fazer a integração do Direito e da Teologia. O livro de Lombardi (2006), *State law as Islamic law in modern Egypt*, é uma das mais bem-sucedidas tentativas de estudo integrado em Direito e Teologia. A obra está dividida em dois grandes temas. A primeira seção trata do entendimento islâmico de autoridade e do significado dos princípios derivados do Direito islâmico. A segunda seção trata da análise jurídico-histórica do art. 2º da Constituição egípcia de 1971 (EGYPT, [2007]), da jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional egípcio quanto ao mesmo artigo e da recepção das decisões da Suprema Corte pelo público, pelos estudiosos religiosos e pelos juristas seculares. Para os pesquisadores e atores do Direito no Egito, o texto de Lombardi serve como doutrina jurídica confiável para integrar teoria jurídica comparada e investigação teológica.

Outro pioneiro nessa área de conhecimento integrador é Calo (2013b, p. 1.087), que postula a chamada jurisprudência teológica. Em sua opinião, a questão do Direito e da religião centrou-se na relação entre Estado e Igreja e do lugar desta na ordem política liberal. Sua jurisprudência teológica tem a pretensão de trazer a Teologia para o diálogo com o pensamento legal e para a construção de respostas aos desafios jurisprudenciais enfrentados pela cultura secular moderna tardia (CALO, 2013b, p. 1.085).

O esforço de Calo (2013a, p. 879) para avançar na integração do Direito com a Teologia é ainda mais evidente em seu artigo *Christianity, Islam, and secular law*, no qual o autor explora o nexos entre o Direito e os desenvolvimentos teológicos, considerando o trabalho de quatro pensadores das tradições cristã e muçulmana: Rowan Williams, Papa Bento XVI, Abdullahi Ahmed An-Na'im e Abdulaziz Sachedina. Calo argumenta que o que une esses pensadores é o

reconhecimento em comum de que a religião precisa da racionalidade secular e de que esta necessita da religião. A aplicação dessa convicção comum à lei e ao sistema jurídico exigirá a construção de sistemas e normas que evitem tanto a negação da religião pelo secularismo quanto a negação da lei secular pelos religiosos. As escolas em Direito Comparado tradicional facilmente concluem que o estudo de Caló é erroneamente caracterizado como um estudo comparado, principalmente porque o conteúdo jurídico é bastante minimalista. No entanto, no seu melhor, esse tipo de estudo contribui para a dimensão integradora do Direito Comparado legal-teológico.

A proposta de uma imersão generalizada dos pesquisadores na integração é uma tarefa pouco possível. A pesquisa no campo da relação entre Direito e Teologia fica restrita a poucos, por razões de interesses, entre outras. Nesse sentido, Hendrianto (2017) propõe a dimensão de colaboração, por meio da qual se impulsiona uma estreita relação entre Direito e Teologia. Do ponto de vista prático, para que a colaboração seja efetiva, propõe-se o intercâmbio entre escolas de Teologia e Direito. De fato, deve haver um esforço colaborativo que ajude os teóricos do Direito Comparado a entrever a relação de causalidade entre lei e religião. Os grupos de pesquisa, as cátedras compartilhadas, os seminários interdisciplinares, entre outras iniciativas, são exemplos práticos de uma efetiva abordagem colaborativa nas academias de Direito e Teologia.

Ginsburg e Miles (2011, p. 1.785) observam o fenômeno do aumento da coautoria na pesquisa jurídica e argumentam que, na última década, houve uma transformação sem precedentes, marcada pelo rápido crescimento da interdisciplinaridade, especialmente no trabalho empírico, como no caso do Direito e da Economia. A análise desses autores pode ser a base para o teórico do Direito Comparado prospectar

caminhos de diálogo e interação com campos externos, como é o caso da Teologia.

A última dimensão é a inovadora. Glendon (2014), em seu artigo *Comparative law in the age of globalization*, faz um apelo à inovação pela colaboração e interação do Direito Comparado com outras disciplinas. A obra de Kalanges (c2012), *Religious liberty in Western and Islamic law*, que trata da liberdade religiosa, é exemplo dessa inovação quando entrelaça o estudo jurídico-religioso com o Direito Internacional, o Direito Comparado e a Teologia. Essa abordagem ilumina dimensões teóricas e práticas da liberdade religiosa no Ocidente, especialmente nos EUA, e na maioria dos estados muçulmanos, a exemplo do Irã, da Turquia, do Egito e do Paquistão.

Kalanges (c2012, p. 76) avança em seu argumento mediante uma análise dos instrumentos de direitos humanos do mundo ocidental e muçulmano, com atenção para os processos jurídico-políticos pelos quais as ideias religiosas e filosóficas têm sido institucionalizadas. Para sustentar seu argumento, ela investiga as origens teológicas da liberdade religiosa na Constituição dos EUA (KALANGES, c2012, p. 26-51) e, do outro lado, vai mais fundo na investigação para compreender a teologia islâmica sobre liberdade de religião (KALANGES, c2012, p. 144-139). No contexto do Direito Internacional dos direitos humanos, Kalanges (c2012, p. 76) reconhece que a Igreja Católica é um dos atores importantes e, por isso, reexamina sua visão teológica sobre a liberdade religiosa, especialmente na Declaração *Dignitatis Humanae* (DECLARAÇÃO..., 1965).

6 Conclusão

Os modelos atuais em Direito Comparado e religião são restritivos e limitados, deixando de fora a possibilidade de uma reflexão consistente

sobre os elementos teológicos para a elaboração de um Direito que dialogue com a Teologia. Mediante a questão proposta na pesquisa – como pensar o método do Direito Comparado e o quefazer jurídico em base dialógica com a Teologia –, pode-se chegar aos achados do novo mapeamento metodológico e da aplicação da abordagem legal-teológica.

Nesse sentido, o primeiro achado da pesquisa foi a necessidade de repensar o mapa atual das metodologias em Direito Comparado e religião com vista à superação do preconceito, da indiferença e dos limites impostos ao campo de estudo, que impedem o correto enfrentamento de temas sensíveis e relevantes em matéria de Direito e religião. O segundo resultado é a proposta de aplicação da abordagem legal-teológica com sua trilogia – integração, colaboração e inovação. Quando aplicada à matéria, podem-se destacar dois efeitos: por um lado, os operadores em Direito Comparado e religião deixam de ser *outsiders* do seu campo de atuação; por outro, investe-se numa prática de intercâmbio interdisciplinar entre instituições e pesquisadores de Teologia e Direito.

A aplicação desses parâmetros e sua importância como resultado da avaliação da atual prática em Direito Comparado e religião são fundamentais para criar condições de planos pedagógicos mais colaborativos entre Direito e Teologia. Em razão da natureza de um artigo, não se pôde tocar em todas as facetas do problema proposto. Esta pesquisa não apresenta, por exemplo, planos pedagógicos ou experiências interdisciplinares, a exemplo da *Università degli Studi Milano*, em Milão, na Itália, que tem a cátedra de *Diritto Comparato delle religioni*, ou do Centro de Estudo sobre Direito e Sociedade da Universidade Católica do Rio de Janeiro (CEDES), que tem um grupo de estudos sobre Direito, religião e sociedade. Permanece, assim, a necessidade de avançar no estudo em Direito Comparado e religião, trazendo, sobretudo, experiências consistentes para o espaço da pesquisa.

Sobre os autores

Francisco Junior de Oliveira Marques é doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, CE, Brasil; mestre em Teologia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduado em Direito pela Unifor, Fortaleza, CE, Brasil; graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Teologia da Faculdade Horizonte, Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: sssmarquez@hotmail.com

Mônica Mota Tassigny é doutora em Desenvolvimento Socioeconômico pela École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, França; mestre em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, CE, Brasil; graduada em Pedagogia pela UFC, Fortaleza,

CE, Brasil; professora titular do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: monica.tass@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

MARQUES, Francisco Junior de Oliveira; TASSIGNY, Mônica Mota. Religião em Direito Comparado e a ampliação de seus limites: a metodologia dialógica entre Teologia e Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 207-218, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p207

(APA)

Marques, F. J. de O., & Tassigny, M. M. (2020). Religião em Direito Comparado e a ampliação de seus limites: a metodologia dialógica entre Teologia e Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 207-218. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p207

Referências

ALBERT, Richard. Protest, proportionality, and the politics of privacy: mediating the tension between the right of access to abortion clinics and free religious expression in Canada and the United States. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Los Angeles, v. 27, n. 1, p. 1-62, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol27/iss1/1>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BILLAUER, Barbara Pfeffer. Abortion, moral law, and the first amendment: the conflict between fetal rights & freedom of religion. *William & Mary Journal of Women & Law*, Williamsburg, v. 23, n. 2, p. 271-335, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol23/iss2/6>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 124.306/RJ*. Direito Processual Penal. *Habeas Corpus*. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício [...]. Paciente: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 12 fev. 2020.

CALO, Zachary R. Christianity, Islam, and secular law. *Ohio Northern University Law Review*, [Ada, OH], v. 39, n. 3, p. 879-900, 2013a. Disponível em: <https://law.onu.edu/sites/default/files/879%20-%20Calo.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Faithful presence and theological jurisprudence: a response to James Davison Hunter. *Pepperdine Law Review*, [s. l.], v. 39, n. 5, p. 1.083-1.089, 2013b. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol39/iss5/3>. Acesso em: 14 fev. 2020.

CARVALHO, Weliton. Direito comparado: método ou ciência? *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 45, n. 180, p. 139-145, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176559>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Funções do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 44, n. 175, p. 139-145, jul./set. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/140971>. Acesso em: 12 fev. 2020.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (Grand Chamber). *Case of S.A.S. v. France*: (Application no. 43835/11). 1 July 2014. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466>. Acesso em: 12 fev. 2020.

DECLARAÇÃO *Dignitatis Humanae* sobre a Liberdade Religiosa. [Vaticano]: A Santa Sé, 1965. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_po.html. Acesso em: 12 fev. 2020.

EGYPT. [Constitution (1971)]. *The Constitution of the Arab Republic of Egypt, 1971*. [S. l.: s. n., 2007]. Disponível em: <https://egyptjustice.com/constitutions>. Acesso em: 12 fev. 2020.

FLEISHMAN, Rishona. The battle against reproductive rights: the impact of the Catholic Church on abortion law in both international and domestic arenas. *Emory International Law Review*, [s. l.], v. 14, n. 1, p. 277-314, 2000.

GINSBURG, Tom; MILES, Thomas J. Empiricism and the rising incidence of coauthorship in law. *University of Illinois Law Review*, Chicago, v. 2011, n. 5, p. 1.785-1.825, Oct. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1762323>. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2445&context=journal_articles. Acesso em: 12 fev. 2020.

GLENDON, Mary Ann. Comparative law in the age of globalization. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 52, n. 1, p. 1-24, 2014. Disponível em: <https://issuu.com/duquesnelaw/docs/52.1?e=15059800/58166972>. Acesso em: 12 fev. 2020.

GOODWIN, Michele; WHELAN, Allison M. Reproduction and the rule of law in Latin America. *Fordham Law Review*, [New York], v. 83, n. 5, p. 2.577-2.604, 2015. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol83/iss5/16>. Acesso em: 12 fev. 2020.

GUNN, T. Jeremy. Religious freedom and laïcité: a comparison of the United States and France. *BYU Law Review*, [Utah], v. 7, n. 2, p. 419-506, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2004/iss2/5>. Acesso em: 12 fev. 2020.

GUTTERIDGE, Harold Cooke. *Le droit comparé: introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*. Paris: LGKJ, 1953.

HENDRIANTO, Stefanus. Comparative law and religion: three-dimensional (3D) approach. *Law and Method*, [s. l.], n. special, p. 1-13, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5553/REM/000028>. Disponível em: <https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2017/10/lawandmethod-D-17-00006.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020.

HIRSCHL, Ran. *Constitutional theocracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

KALANGES, Kristine. *Religious liberty in Western and Islamic law: toward a world legal tradition*. Oxford, UK: Oxford University Press, c2012.

KOZINSKI, Thaddeus J. *The political problem of religious pluralism: and why philosophers can't solve it*. Lanham: Lexington Books, 2013.

LIVIATAN, Ofrit. From abortion to Islam: the changing function of law in Europe's cultural debates. *Fordham International Law Journal*, [s. l.], v. 36, n. 1, p. 93-135, 2013. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/oliviatan/files/liviatan-fordham.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020.

LOMBARDI, Clark Benner. *State law as Islamic law in modern Egypt: the incorporation of the Shari'a into Egyptian constitutional law*. Leiden: Brill, 2006. (Studies in Islamic Law and Society, v. 19).

NELKEN, David (ed.). *Using legal culture: purposes and problems*. London: Wildy, Simmonds and Hill, 2012.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 1.057-1.078. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0053>.

SIEMS, Mathias. *Comparative law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014. (Law in Context).

STOPLER, Gila. Hobby lobby, S.A.S., and the resolution of religion-based conflicts in liberal states. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 14, n. 4, p. 941-960, Oct. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mow057>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/14/4/941/2927933>. Acesso em: 12 fev. 2020.

UNITED STATES. Supreme Court. *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682. First party: Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, *et al.* Second party: Hobby Lobby Stores, Inc. June 30, 2014. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-354>. Acesso em: 12 fev. 2020.

WITTE JUNIOR, John; VAN DER VYVER, Johan D. (ed.). *Religious human rights in global perspective: religious perspective*. London: M.N. Publishers, 1996. v. 1.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00226