

REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Volume 3, Número 2,
Ano 3
2022

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal



www.revistaibericadodireito.pt



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

A **Revista Ibérica do Direito** (RID) é a revista jurídica do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), sediado na Cidade do Porto, Portugal. Promove a difusão do conhecimento jurídico Iberoamericano nas variadas vertentes do Direito Público e Direito Privado, valorizando estudos que destacam o direito comparado Iberoamericano ou aqueles originários dos países da América Latina, Espanha e Portugal.



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

ISSN 2184-7487

Vol. 3 | Número 2 | Agosto/Dezembro | 2022



BASES DE DADOS E INDEXADORES



PKP|INDEX



Revista Ibérica do Direito - RID

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR

Vol. 3 | Número 2 | Agosto/Dezembro | 2022

Porto, Portugal

Editor-Chefe: Fábio da Silva Veiga

Editores-Adjuntos: Raiany Cora Lucas Adão Ita

Semestral | Versão Digital

Projeto Gráfico e Editoração: IberoJur Gestão Universitária Lda.

Disponível em: www.revistaibericadodireito.pt

ISSN 2184-7487

Registada na Biblioteca Nacional de Portugal

CDU: 34(051)(0.034)

A Revista Ibérica do Direito adota a **licença Creative Commons atribuição-não comercial 4.0 Internacional**, exceto onde estiver expresso de outro modo, permitindo-se cópias e reproduções, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais e com identificação de sua fonte.



CORRESPONDÊNCIA

Rua de Avilhó, 214, Custóias, Matosinhos - Portugal

Código Postal: 4460-282E-mail:

rid@revistaibericadodireito.pt

EQUIPA EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Prof. Doutor Fábio da Silva Veiga, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

EDITORES ADJUNTOS

Raiany Cora Lucas Adão Ita, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Doutor António Francisco de Sousa, Universidade do Porto, Portugal

Prof. Doutor Antonio Tirso Ester Sánchez, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Prof. Doutor Augusto Jobim do Amaral, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Catherine Maia, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutora Érica Guerra da Silva, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Doutor José Julio Fernández Rodríguez, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Doutor Lorenzo Vadell Bujosa, Universidad de Salamanca, Espanha

Prof. Doutor Marcos Augusto Perez, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Pedro Curvello Saavedra Avzaradel, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Prof. Doutora Vânia Aieta, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

CONSELHO CIENTÍFICO

Prof. Doutora Adriana Valéria Pugliesi, Fundação Getúlio Vargas FGV-São Paulo, Brasil

Prof. Doutor António-Carlos Pereira Menaut, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Doutor Angelo Viglianisi Ferraro, Università degli Studi di Reggio Calabria, Itália

Prof. Doutora Beata Stępień Załucka, University of Rzeszów (Poland), Polónia

Prof. Doutora Bruna Capparelli, Alma Matter Università di Bologna, Itália

Prof. Doutora Denise Fincato, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Dora Alves, Universidade Portucalense, Portugal

Prof. Doutor Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil

Prof. Doutor Flávio Martins Alves Nunes Júnior, Faculdade Damásio, Brasil

Prof. Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutora Francesca Benatti, Università di Padova, Itália

Prof. Doutor Francisco Satiro, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha

Prof. Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Prof. Doutor Gilberto Atencio Valladares, Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos, Espanha

Prof. Doutora Irene Patrícia Nohara, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Prof. Doutor Jaime Aneiros Pereira, Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Doutor João Proença Xavier, Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos, Portugal

Prof. Doutora Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Prof. Doutor Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutora Maria do Rosário Anjos, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutor Mario Spangenberg, Universidad Católica del Uruguay, Uruguai

Prof. Doutor Pablo Fernández Carballo-Calero, Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Doutora Patrícia Anjos Azevedo, Instituto Politécnico do Porto, Portugal

Prof. Doutor Paulo de Brito, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutor Rodrigo Poyanco Bugueño, Universidad Finis Terrae, Chile

Prof. Doutor Rodrigo de Souza Pagani, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Salvador Tomás Tomás, Universidad de Murcia, Espanha

Prof. Doutor Samuel Rodríguez Ferrández, Universidad de Murcia, Espanha

Prof. Doutora Sheila Neder Cerezetti, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Vicenç Ribas Ferrer, Universidad de Alcalá, Espanha

Prof. Doutor Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Prof. Doutora Zélia Luíza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

ÍNDICE

OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA NO TRESPASSE.....4

Ana Alexandra Palas Ferreira

**SOBERANIA DOS VEREDICTOS VERSUS LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA:
A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 799 NO COMBATE À VIOLÊNCIA
INSTITUCIONAL CONTRA A MULHER.....15**

Conceição Mendes de Sousa

Tatiana Veloso Magalhães

**A IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA PENAL
ITALIANA, NO BRASIL QUE ESTABELEÇA PENA EM SENTINDO
ESTRITO.....35**

Faustino Costa Araújo Junior

Heichon Cordeiro de Araújo

Roberto Mauro dos Santos Matni

Sávio Clemente Ferraz

**ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS ACERCA DOS CONTRATOS BUILT
TO SUIT NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA LEI 8.666/1993 E SUA
REVOGAÇÃO PELA LEI 14.133/2021.....53**

Gedson Alves da Silva

**LINCHAMENTO POPULAR COMO MODALIDADE DE JUSTIÇA
PARAESTATAL POPULAR LYNCHING AS A MODALITY OF PARASTATAL
JUSTICE.....72**

João Gaspar Rodrigues

**A (IN)EFETIVIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS
NORMAS CONSTITUCIONAIS E INCONVENCIONAIS SOB A ÓTICA DA
SUPREMACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....100**

Marcus Vinícius Nogueira Rebouças

**OS DESTINATÁRIOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA
NO DIREITO COMPARADO ENTRE BRASIL E PORTUGAL.....122**

Ana Cláudia Redecker

Natália Kochenborger Haack

**DIREITO CONDOMINIAL: GUERRA DOS APLICATIVOS NO MERCADO
DELOCAÇÃO.....166**

Renato Bezerra Rosado Cascudo Rodrigues

**OS ALGORITMOS APLICADOS NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PROCESSO
PENAL.....188**

Rosinara Ferreira

**THE COMMERCIAL EXPLOITATION OF MUSIC: THE ARTIST VERSUS THE
INDUSTRY.....214**

Sebastián Rivero Silva

**A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA ERA DAS
TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO: AS RELAÇÕES JUSLABORAIS E AS
REDES SOCIAIS.....237**

Solange Ferreira Lajoso

**DIREITO INTERNACIONAL E POVOS INDÍGENAS: REFLEXÕES SOBRE
REPERCUSSÕES JURÍDICAS E AVANÇOS HISTÓRICOS.....258**

Túllio Vieira de Aguiar

Editorial, Revista Ibérica do Direito, volume 4, número 2, 2022, agosto – dezembro.

A Revista Ibérica do Direito (RID) se consolidou como instrumento de divulgação científica de investigadores Ibero-americanos, permitindo que a comunidade jurídica internacional tenha conhecimento e acesso a produção científica atualizada em línguas portuguesa e espanhola.

A presente edição da RID percorre essa missão da RID, apresentando ao público, no seu terceiro número, um conjunto de artigos que expõem a pesquisa de investigadores e instituições comprometidas com a resposta jurídica a problemas concretos, cujo objetivo a ciência jurídica tem respostas mais ou menos acertadas, e que no todo, vai se corrigindo no processo de construção do debate jurídico, ora mais técnico do ponto de vista da formalidade, ora mais filosófico, sociológico e político social, sob o prisma da formação do pensamento jurídico. O operador do direito lida diuturnamente com a própria dinâmica de interpretação de factos e de aplicação das normas, e deve estar, ao mesmo tempo, ao lado do conhecimento, da razão e da sensibilidade da justiça.

Boa leitura!

Fábio da Silva Veiga.

Editor-chefe da RID.

OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA NO TRESPASSE

Ana Alexandra Palas Ferreira¹

INTRODUÇÃO

A cláusula geral de concorrência é uma das figuras essenciais para que o regime do trespasse possa funcionar sem percalços. Esta cláusula é, no nosso ordenamento jurídico, obrigatória, não pode ser colocada de parte pelo contrato de sociedades, está implícita no contrato do trespasse. Todavia, esta cláusula aplica-se de diversas formas e dimensões, abrangendo grande parte dos elementos do trespasse, visto que a concorrência desleal pode ocorrer de várias formas.

Deste modo, a cláusula geral de concorrência é essencial para que haja um equilíbrio na concorrência que já existe no mercado, evitando conflitos entre empresas.

Neste trabalho, vamos começar por definir o negócio do trespasse e os seus elementos característicos. De seguida, iremos analisar a cláusula geral de concorrência desleal e de que forma se integra no nosso ordenamento jurídico. Por fim, iremos explorar como é que essa cláusula é aplicada na figura do trespasse e de que forma é que o trespasário e se pode defender, caso haja efetivamente uma violação dessa mesma.

1. DEFINIÇÃO DE TRESPASSE E OS SEUS ELEMENTOS CONSTITUIDORES

A. Definição de trespasse

Para iniciar o estudo do regime da não concorrência no trespasse, primeiramente temos que defini-lo. Esta figura está assinalada em vários atos legislativos, tais como o Código de Propriedade Intelectual, no artigo 118º, nº3, no Código das Sociedades Comerciais, no artigo 152º, nº2, d), no RAU, nos artigos 115º e 116º e no Decreto-Lei 411/91, de 17 de Outubro, no artigo 20º. Contudo, nenhuma destas legislações contém uma definição de trespasse ou um regime global que se possa aplicar de modo sistemático e completo².

A doutrina e a jurisprudência têm dado uma definição muito lata à figura do trespasse, dando maior ênfase à transferência de propriedade que ocorre, tal como pode ser averiguado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de maio de 2007, quando é referido que “Face a este normativo de estrutura negativa, à míngua caracterização legal do contrato de trespasse, pode ser caracterizado como módulo por via do qual uma pessoa

¹ Senior Technician, Universidade do Minho.

² JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *em Da Empresarialidade, As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996, página 325.

transmite a outra, onerosa ou gratuitamente, determinado estabelecimento comercial ou industrial”³. Assim, podemos definir o trespasse como sendo uma transmissão definitiva, *inter vivos*, onerosa ou gratuita, do estabelecimento comercial.

B. Elementos constituidores

O facto de não haver uma definição de trespasse não impede que a sua figura seja desenvolvida, estabelecendo-se alguns elementos caracterizadores do negócio em questão. Em primeiro lugar, o trespasse é um negócio sobre um estabelecimento mercantil existente, este é o objeto do trespasse.

O Acórdão do STJ, de 24 de abril de 2003, indica que “não se torna necessário à noção de trespasse que, aquando do respetivo contrato, o estabelecimento se encontre a funcionar. O que releva é que estejam reunidas as condições para esse funcionamento”⁴. Tal acontece, porque o estabelecimento pode ainda não ter aberto ao público, pode ter a sua atividade suspensa ou interrompida. Faz sentido abranger estas situações, na medida em que continuam a ser estabelecimentos mercantis, não interessa se está ou não encerrado ou suspenso, desde que tenha tudo necessário para que volte a abrir, pode ser trespasado.

Além disso, o estabelecimento mercantil não tem de enquadrar todos os seus elementos, temos como exemplo, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 16 de maio de 2000, onde o juiz declarou que “por acordo entre as partes, um ou outro dos elementos que integram o estabelecimento pode ficar excluído do trespasse”⁵. Por outro lado, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de abril de 2001, exige-se que existam o mínimo de elementos para que o estabelecimento possa funcionar, sendo que o juiz concluiu que “Na verdade, inexistindo equipamentos, ferramentas, mercadorias e stocks, apenas existindo a disponibilidade do espaço, não se pode considerar que estamos perante um estabelecimento capaz de continuar o exercício da atividade desenvolvida pela entidade patronal”⁶.

Não havendo um estabelecimento, quer por nunca ter existido ou por ter deixado de existir, não pode haver lugar a trespasse, como o Acórdão do Tribunal da Relação do

³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2007, referente ao processo n° 07B1452, relatado por SALVADOR DA COSTA.

⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de abril de 2003, referente ao processo n° 03B680, relatado por FERREIRA GIRÃO.

⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de maio de 2000, referente ao processo n°0005141, relatado por SAMPAIO BEJA.

⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de abril de 2001, referente ao processo n°0021154, relatado por MANUELA GOMES.

Porto, de 18 de maio de 1999, o comprova “Extinto o estabelecimento, impossibilitado está o seu trespasse”⁷.

Em seguida, o trespasse traduz-se numa transmissão com caráter definitivo, há a transmissão da propriedade, é aquilo que está sempre em causa quando falamos de trespasse. Não se integram quaisquer outras situações em que haja transmissão de outros direitos reais como o usufruto do estabelecimento comercial ou a transferência temporária do estabelecimento. Isto resulta, nomeadamente, do artigo 118º, CPI, afirmando que “a transmissão da propriedade da marca” no “trespasse do estabelecimento” ou então do artigo 152º, nº2, d) e 246º, nº2, c), CSC que estabelece uma divisória clara entre o trespasse e as disposições temporárias do estabelecimento⁸.

Por fim, o negócio do trespasse apenas abrange as transmissões a título singular do estabelecimento mercantil, colocando de lado as transmissões a título universal. Tal distinção é possível ser feita, uma vez que o artigo 1112º, a), NRAU, engloba os atos entre vivos e não a transmissão por morte, conseqüentemente não engloba a transmissão universal.

2. A CLÁUSULA GERAL DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

A. A cláusula geral de concorrência no nosso ordenamento jurídico

A cláusula geral de não concorrência está prevista no artigo 260º, do CPI que, por si só, abrange todos os casos de concorrência desleal. Ademais, a jurisprudência portuguesa desde há muito que tem incluído o trespasse nos casos em que pode ocorrer concorrência desleal, estabelecendo que o trespasário não pode iniciar uma atividade económica que tenha um objeto semelhante, admitindo-se como sanções a cessação da conduta, a reconstituição e indenização. Isto pode ser confirmado com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 1998 onde se afirmou que “o vendedor do estabelecimento, mesmo que não se vincule expressamente, fica obrigado com o comprador, dentro de coordenadas de espaço e de tempo, a não iniciar atividade que se identifique com a do estabelecimento que trespasou”⁹.

B. A cláusula geral de concorrência e a Constituição da República Portuguesa

A CRP não menciona de forma expressa a cláusula geral de concorrência desleal, todavia podemos retirar do artigo 81º, f), que o legislador prevê a aplicação desta última,

⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de maio de 1999, referente ao processo nº9820988, relatado por LEMOS JORGE.

⁸ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *em Da Empresarialidade, As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996, página 326.

⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de março de 2007, referente ao processo nº 06A4523, relatado por NUNO CAMEIRA.

uma vez que neste artigo se menciona que o Estado tem o dever de “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas”.

Não podemos negar que na CRP a concorrência salutar entre as empresas é um valor constitucional que a própria incentiva, visto que a concorrência é essencial para o bom funcionamento do mercado. O que a CRP exige é um equilíbrio entre as empresas, dando liberdade ao legislador ordinário de estabelecer um regime para a concorrência desleal. O legislador tem optado por criminalizar as condutas deslealmente concorrenciais, tendo como exemplo o artigo 260º, CPI¹⁰.

C. O critério de concorrência

Para que se possa estar perante concorrência desleal, é necessário que o critério da relação de concorrência esteja preenchido. No ordenamento jurídico português, a ação em causa tem de ser um ato de concorrência direta¹¹. No Acórdão do Supremo Tribunal de 13 de março de 2007, foi definido que o artigo 212º, nº1, CPI, (artigo vigente no decorrer dos factos), estabelecia que concorrência desleal era “todo o ato contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”¹².

A concorrência supõe uma pluralidade de agentes económicos para que estes possam disputar pela mesma clientela, sendo que na doutrina portuguesa tem-se exigido pelo menos dois agentes, e um nexo de concorrência, isto é, tem de existir uma relação entre os danos e o ato de concorrência desleal¹³.

Qualquer um dos atos especificados no artigo 260º, CPI, apenas tem relevância quando o ato seja um ato de concorrência. Ora, se duas empresas se dedicarem a atividades económicas completamente distintas e uma delas decide, por exemplo, criar uma confusão com a outra, que não é considerado como um ato de concorrência desleal¹⁴. Exige-se um nexo de concorrência entre os danos e o ato, sendo que no caso apresentado tal não existe, pois, as empresas não têm qualquer semelhança entre si não entrando em concorrência direta, não podemos considerar que o ato seja desleal.

A jurisprudência corrobora a obrigatoriedade de uma relação de concorrência para que exista concorrência desleal, que está provado no Acórdão do STJ de 7 de janeiro de

¹⁰ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, em Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal, Coimbra, Almedina, 2000, página 88.

¹¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, em *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002, páginas 113.

¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de março de 2007, referente ao processo nº 06A4523, relatado por NUNO CAMEIRA.

¹³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, em *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002, páginas 114.

¹⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, em *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002, páginas 115.

1958, BMJ 73, 636. Neste Acórdão o nome “Padaria Ceres” foi admitido para registo considerando que não havia concorrência desleal, porque a empresa requerente e a impugnante se dedicavam a atividades económicas distintas, não havendo uma relação concorrencial entre ambas¹⁵.

3. A IMPLICIDADE DA CLÁUSULA DE CONCORRÊNCIA

A obrigação de não concorrência está implícita na compra e venda de empresas e em outros negócios que estejam ligados a ela, sendo reconhecido pela jurisprudência e doutrina em variados países. Aliás, no *Codice Civile* italiano, esta obrigação está no artigo 2557º, estabelecendo que quem alienar a sociedade deve abster-se, pelo prazo de cinco anos a contar da transmissão, de iniciar um novo negócio que, pelo objeto, localização ou outras circunstâncias, seja susceptível de induzir em erro os clientes da sociedade cedida¹⁶.

O mesmo se passa em Portugal, sendo que temos diversa jurisprudência que o comprova. O Acórdão do STJ de 13 de março de 2007, no seu sumário, indica que se “trata de uma cláusula implícita, na medida em que se torna dispensável a sua expressa estipulação para dar origem ao surgimento do dever jurídico correspondente”¹⁷.

4. OS PRINCÍPIOS BASE PARA A CLÁUSULA DE CONCORRÊNCIA

Esta obrigação tem diversos fundamentos, tais como o princípio da boa-fé na execução dos contratos, princípio da equidade, usos de comércio, concorrência leal, garantia contra evicção, dever de o vendedor entregar a coisa vendida e assegurar o gozo pacífico dela¹⁸.

Na jurisprudência portuguesa, entende-se que a obrigação de não concorrência é uma cláusula implícita com fundamento no artigo 879º, b), CC, conjugado com o princípio fundamental da boa-fé no artigo 762º, nº2, CC. Exige-se tal fundamento, pois a empresa que o vendedor entregar tem certos valores de organização e de exploração e, usualmente, o alienante conhece as características da empresa, tem relações pessoais com credores, financiadores ou clientes. Seria extremamente perigoso lhe ser permitido concorrer com aquele que comprou a empresa, visto que o vendedor estaria em grande vantagem em relação à contraparte¹⁹.

¹⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, em *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002, páginas 117.

¹⁶ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, em *Da Empresarialidade, As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996, página 355, nota 923.

¹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de março de 2007, referente ao processo nº 06A4523, relatado por NUNO CAMEIRA.

¹⁸ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, em *Da Empresarialidade, As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996, página 356.

¹⁹ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, em *Da Empresarialidade, As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996, página 356.

Havendo trespasse é pacífico afirmar que o alienante do estabelecimento se encontra vinculado, mesmo que não haja sido convencionado de forma expressa, à não realização de uma atividade semelhante àquela por si exercida no estabelecimento que transmitiu por um certo período de tempo e numa dada área.

5. DIFERENTES DIMENSÕES DO TRESPASSE

A obrigação de não concorrência pode abranger várias dimensões do negócio do trespasse: dimensão negocial, dimensão objetiva, subjetiva, dimensão espacial e temporal. Vamos analisar cada uma.

A. Dimensão negocial

No que diz respeito à dimensão negocial, é necessário perceber se há efetivamente perda de clientela por parte do estabelecimento trespasado, dado que existem algumas situações em que isso não ocorre. Por exemplo, se o trespasante celebrar um contrato de trabalho com uma empresa concorrente na mesma área do estabelecimento comercial trespasado, não há uma violação do dever de não concorrência, não é possível determinar se houve ou não perda de clientela.

B. Dimensão Objetiva

Em seguida, a dimensão objetiva tem como finalidade proibir ao trespasante de realizar uma atividade, total ou parcialmente, semelhante ou intimamente ligada à do estabelecimento transmitido. A razão para tal restrição é, mais uma vez, impedir que haja um desvio de clientela por parte do trespasante, algo que se pode comprovar com o Acórdão STJ, de 21 de Novembro de 1996, onde nos é dito que o trespasse envolve a transmissão do estabelecimento como um todo, sendo que a clientela não faz parte desse todo, já que não é um elemento constitutivo do trespasse²⁰.

É fácil de entender a posição da jurisprudência portuguesa neste caso, já que apenas devem ter relevância os elementos que efetivamente constituem o trespasse, dado que é isso que está em causa. A clientela não faz parte de um estabelecimento mercantil, as pessoas são livres de escolherem se vão ou não aquele estabelecimento, não obstante há sempre um hábito que as pessoas criam, acabando por ir sempre ao mesmo local. Surgindo outro estabelecimento semelhante poderia fazer com que os clientes que eram usuais optassem pelo novo, havendo um desvio injusto na clientela.

²⁰ Acórdão do Supremo Tribunal, de 21 de novembro de 1996, referente ao processo nº 96B453, relatado por MÁRIO CANCELA.

C. Dimensão subjetiva

O âmbito subjetivo pretende perceber se apenas o trespassante está vinculado a este dever, ou seja, se mais alguém se encontra vinculado a não concorrer com o trespassário. A doutrina tem considerado um número amplo de sujeitos vinculados a tal dever como o cônjuge, os filhos e herdeiros. Este elenco de sujeitos foi bem pensado, já que tanto o cônjuge como os filhos beneficiariam dos conhecimentos do trespassante em relação ao estabelecimento, saberiam como era organizado, quais os clientes, fornecedores²¹.

Estes sujeitos não só ficam proibidos de exercer uma atividade económica semelhante à do trespassante, como também estão impedidos de exercer funções de direção/administração em empresa alheia e concorrente da trespassada e entrarem numa sociedade com um objeto idêntico ao do estabelecimento trespassado, nela exercendo funções de administração²².

O artigo 406º, nº2, CC, afirma que, em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei. Assim, não faz muito sentido impor tal dever a pessoas que não tenham nada a beneficiar, uma vez que o contrato do trespasse, em regra, apenas produz efeitos entre ambas as partes.

D. Dimensão Espacial

Temos, ainda, o âmbito espacial, isto é, saber qual a área em que o dever de concorrência deve ser cumprido por parte do adquirente. A doutrina tem utilizado como critério a esfera de ação ou o raio de ação em que o estabelecimento se encontra²³. Ao delinear a área de ação temos de ter em conta alguns fatores como, o local onde o estabelecimento está localizado, se é numa vila, num bairro ou no centro da cidade, e o tipo de clientes que se dirigem àquele estabelecimento.

É relevante termos o âmbito espacial em conta, na medida em que a zona onde o estabelecimento está localizado tem grande influência no seu negócio. Se for uma zona mais movimentada como na cidade, não faz muito sentido proibir que haja um outro negócio com um objeto semelhante, na rua oposta ou então no final dessa mesma rua. Porém, se estiver localizado numa zona mais rural, a abertura de um outro negócio com semelhante objeto, perto do local da empresa já existente, poderá prejudicá-la em termos

²¹ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, em *Curso de Direito Comercial*, Volume I, 8ª edição, Almedina, 2012, página 311.

²² JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, em *Curso de Direito Comercial*, Volume I, 8ª edição, Almedina, 2012, páginas 312 e 313.

²³ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, em *Curso de Direito Comercial*, Volume I, 8ª edição, Almedina, 2012, página 313.

de clientela. Posto isto, a área do estabelecimento é crucial para proteger a concorrência no mercado.

E. Dimensão Temporal

Por fim, temos que ter em conta o âmbito temporal. Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de fevereiro de 1998, o prazo que tem de ser respeitado é de 5 anos²⁴. Porém, este prazo não está redigido em lei ou decreto-lei podendo ser alterado conforme as situações. Essa alteração, vai depender da atividade que é exercida, do tipo de estabelecimento, da quantidade de estabelecimentos semelhantes que existem naquela área e do local onde o estabelecimento está localizado.

6. MEIOS DE DEFESA DO TRESPASSÁRIO

Se algum destes âmbitos não for respeitado, há violação do dever da concorrência. Quando tal acontece, o trespassário tem vários meios dispostos no ordenamento jurídico que pode dar mão para se defender. Vejamos, quais são essas figuras.

A. Ação de Cumprimento

Temos a ação de cumprimento que está consagrada no artigo 817º, CC, referindo que “não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo”. Por outras palavras, o trespassário pode instaurar uma ação declarativa de cumprimento e exigir que o estabelecimento lhe seja devolvido. Além disso, o trespassário pode ainda pedir uma sanção pecuniária compulsória, nos termos do artigo 829º-A, CC, por cada dia que não cumpra a sua obrigação.

B. Encerramento do estabelecimento comercial

Quanto à possibilidade do encerramento do estabelecimento comercial, na doutrina ainda não há consenso. Esta hipótese tem como fundamento o artigo 829º, nº1, CC, que nos vem dizer que “se o devedor estiver obrigado a não praticar algum acto e vier a praticá-lo, tem o credor o direito de exigir que a obra, se obra feita houver, seja demolida à custa do que se obrigou a não a fazer”. Ora, encontra-se aqui a grande dificuldade de perceber se devemos interpretar a norma de forma literal ou não, pois a

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de março de 2007, referente ao processo nº 06A4523, relatado por NUNO CAMEIRA.

norma refere-se a uma obra e a palavra utilizada não é “encerramento”, mas sim “demolição”.

De acordo com alguns autores, o elemento racional da norma permite passar os obstáculos que emergem do texto. Por outro lado, Pires de Lima e Antunes Varela não concordam que se deva aplicar esta norma à figura do trespassse, na medida em que o texto da lei se refere a “obra feita”, especificou estes casos mostrando que não se queria referir aos casos de estabelecimentos comerciais. Se esta solução fosse admitida, estaríamos a confundir factos puramente materiais, como a demolição de uma obra, com as atitudes pessoais do devedor que, em regra, são insusceptíveis de coerção²⁵.

A meu ver, a doutrina da interpretação racional é a mais acertada, já que de acordo com o espírito do ordenamento jurídico e com a finalidade da CRP, o encerramento do estabelecimento é uma solução que previne concorrência desleal no mercado de forma eficaz. Há *priori*, o trespassante saberá que não pode abrir um estabelecimento com atividade semelhante, pois tal iria prejudicar o trespassário, estaria a agir de má-fé.

C. Resolução do contrato

A resolução do contrato é outro meio que o trespassário pode utilizar para se defender. Pode fazê-lo segundo os termos do artigo 801º, nº2, CC, sempre que haja um incumprimento por parte do trespassante. É importante delinear que a resolução do contrato tem efeitos retroativos, isto significa que irá afetar o negócio por completo, tendo que haver a restituição do estabelecimento, de forma a que a situação volte ao que era antes do contrato (artigo 434º, nº1, CC).

D. Indemnização pelos danos causados

Finalmente, o trespassário pode ainda exigir uma indemnização com fundamento nos prejuízos que sofreu, ao abrigo da responsabilidade civil contratual, estabelecida no artigo 798º, CC.

²⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, em *Código Civil Anotado*, Volume II, 4ª edição, Coimbra Editora, 2011, página 101.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cláusula geral de concorrência, como vimos ao longo deste trabalho, é crucial para que o negócio jurídico do trespassse possa alcançar o seu objetivo. Sem esta cláusula, iriam surgir diversos conflitos que colocariam em causa vários princípios do nosso ordenamento jurídico e, conseqüentemente, o equilíbrio do mercado que a CRP quer proteger.

Deste modo, a cláusula tem de ser implícita e obrigatória, não pode ser colocada de parte pelo contrato de sociedades e, mesmo que não se faça menção da cláusula, esta será sempre aplicada, havendo uma maior proteção da concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. *Empresarialidade: As Empresas no Direito*. 1996. Almedina, Coimbra.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. *Curso de Direito Comercial, volume I*, 8ª edição. 2012. Almedina, Coimbra.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. 2002. Almedina, Coimbra.

LEITÃO, Adelaide Menezes. *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*. 2000. Almedina, Coimbra.

LIMA, Pires de; VERELA, Antunes. *Código Civil Anotado, volume II*, 4ª edição. 2011. Coimbra Editora.

JURISPRUDÊNCIA

PORTUGAL. Superior Tribunal. Acórdão de 21 de novembro de 1996, referente ao processo 96B453, relatado por Mário Cancela.

PORTUGAL. Superior Tribunal. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de maio de 1999, referente ao processo nº 9820988, relatado por Lemos Jorge.

PORTUGAL. Superior Tribunal. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de maio de 2000, referente ao processo nº 0005141, relatado por Sampaio Beja.

PORTUGAL. Superior Tribunal. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de abril de 2001, referente ao processo nº 0021154, relatado por Manuela Gomes.

PORTUGAL. Superior Tribunal. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de abril de 2003, referente ao processo nº 03B680, relatado por Ferreira Girão.

**SOBERANIA DOS VEREDICTOS *VERSUS* LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA:
A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 799 NO COMBATE À VIOLÊNCIA
INSTITUCIONAL CONTRA A MULHER**

*Conceilândia Mendes de Sousa¹
Tatiana Veloso Magalhães²*

Resumo: A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* 178.777, sob o fundamento de que um novo julgamento feriria o princípio da soberania dos veredictos, cassou decisão do Tribunal *a quo* que havia determinado a realização de novo júri do réu acusado de tentar matar a esposa e que fora absolvido sob a alegação de legítima defesa da honra. Nesse enfoque, surge o problema principal: uma vez que seja alegada legítima defesa da honra quando do julgamento pelo Tribunal do Júri (ou em sede de pronúncia do acusado), e haja seu acolhimento pelo corpo de sentença, a atitude do Poder Judiciário de impossibilitar um novo julgamento nos casos de violência contra a mulher, sob o argumento de proteger a soberania dos veredictos, acarretaria uma naturalização do feminicídio? Isto posto, o STF muda o entendimento através do julgamento da ADPF 779/2021, determinando que a legítima defesa da honra afronta a CRFB/88, já que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como, proteção a vida e igualdade de gênero. Nesse sentido, através de uma pesquisa teórico-bibliográfica, aborda-se a soberania dos veredictos e a tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais. Com isso, objetiva-se de analisar se o acolhimento dessa tese defensiva pelo Poder Judiciário acarretaria uma naturalização do feminicídio, bem como se há um movimento de perpetuação da violência de gênero chancelado pelo próprio Estado. Em vista disso, esse contexto evidencia que o Judiciário enquanto poder estatal, desempenha um papel fundamental na produção, bem como na perpetuação simbólica e jurídica da violência de gênero à sociedade brasileira como alternativa à redução da criminalidade no Brasil. Logo, a violência de gênero e a violência institucional devem ser combatidas em busca da igualdade e paz da sociedade brasileira.

Palavras chave: Soberania dos veredictos; Legítima defesa da honra; Tribunal do Júri; Violência contra a mulher.

Abstract: The First Panel of the Federal Supreme Court, when judging Habeas Corpus 178,777, considering that a new trial would violate the principle of sovereignty of verdicts, canceled the Court *a quo* decision that had determined the holding of a new jury of the defendant accused of trying to kill his wife and that he had been acquitted under the allegation of self-defense of honor. In this matter, the main problem arises: once legitimate defense of honor is alleged at the time of the trial by the Jury Court (or in the case of the accused's indictment) with acceptance by the sentence body, would the attitude of the Judiciary Power to preclude a new trial in cases of violence against women, under the argument of protecting the sovereignty of verdicts, lead to a naturalization of femicide? Thus, the Supreme Federal Court changes the understanding through the judgment of the ADPF 779/2021, determining that the legitimate defense of honor affronts the Brazilian's Constitution, since it violates the principle of the human person, such as protection of life and gender equality. Regarding this matter, through a theoretical-bibliographic research, the sovereignty of verdicts and the thesis of the legitimate defense of honor in crimes of passion. With this, the objective is to analyze whether the reception of this defensive thesis by the Judiciary would lead to a naturalization of femicide, as well as if there is a movement to perpetuate gender violence endorsed by the State itself. Consequently, this context shows that the Judiciary, as a state power, plays a fundamental role in the production, as well as in the symbolic and legal perpetuation of gender violence to the Brazilian society as an alternative to reducing crime in

¹ Técnica em Assuntos Educacionais (IFMA). Graduanda em Direito (Faculdade CET). Estagiária de Direito (DPE/MA). Pós-Graduada em Tribunal do Júri e Execução Criminal (LEGALE). Graduada em Letras/Português (UFPI). E-mail: conceilandia.ms@gmail.com.

² Professora Universitária (Faculdade CET). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA). Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil (FAR). Graduada em Direito (UFPI). Integrante do Grupo de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA). E-mail: tatianavelosom@gmail.com.

Brazil. Therefore, gender violence and institutional violence must be fought in search of equality and peace in the Brazilian Society.

Key words: Sovereignty of verdicts. Legitimate defense of honor. Jury Court. Violence against women.

INTRODUÇÃO

A vida é o bem mais precioso do ser humano e, enquanto direito fundamental, todo indivíduo tem o direito de gozá-la e desfrutá-la. Nesse sentido, cabe ao Estado proteger a todos, e, uma vez que ele não pode se fazer presente em todos os lugares e a todo momento, deve lançar mão de mecanismos legais para garantir a efetivação desse direito. Percebe-se que a proteção sobre o direito à vida é tamanha que um indivíduo que tira a vida de outrem, em regra, será punido por tal conduta.

O Código Penal, em seu artigo 121, tipifica a conduta de “matar alguém” ao mesmo tempo em que prevê as qualificadoras que podem recair sobre o agente (BRASIL, 1940). O tipo penal em análise enquadra-se tanto na ação quanto na omissão. Na conduta positiva o agente executa a ação, já na conduta omissiva o agente se omite, nada faz, mediante a possibilidade de poder fazer algo para evitar.

Assim como em qualquer outro crime, o homicídio tem diversos fatores desencadeantes e, nas hipóteses em que é cometido por meio de tortura, emboscada, por motivo fútil, entre outros dispostos nos incisos I, II, III, IV e V do artigo 121 do Código Penal, é considerado homicídio qualificado. Há, ainda, casos em que o homicídio é cometido por relevante valor social ou moral, razão pela qual pode o agente receber privilégios que serão analisados e fixados pelo juiz (BRASIL, 1940).

Dentre as diversas modalidades de homicídio uma em especial tem alcançado notoriedade nos últimos tempos, o homicídio passionais cuja causa motivadora pode ser ciúmes, a vingança e/ou a posse da pessoa amada, sendo inerente ao agente a não aceitação do fim do relacionamento amoroso, envolvendo aspectos psicológicos ou sociais (FERLIN, 2010). Este tipo de crime acontece desde épocas mais remotas e vem aumentando cada vez mais, vitimando principalmente as mulheres.

O fato de as mulheres serem as principais vítimas dos crimes passionais evidencia a existência de estruturas históricas de poderes diferenciados e que continuam a se perpetuar, principalmente, aquelas que reservam maior poder aos homens na relação com as mulheres, sobretudo nas relações no mundo privado. Por isso a contradição de, ainda nos dias de hoje, existirem mulheres em situações e condições de invisibilidades, e/ou de violências (SILVA, 2010).

Esse cenário no qual muitas mulheres se encontram revela que a conduta do agente homicida além de ferir o direito à vida, fere também o direito à liberdade e a segurança. Além de criminoso, esse agente está sendo egoísta e possessivo, por isso a sociedade se comove e se revolta quando se depara com crimes desse patamar (GAIA, 2010).

A Suprema Corte Brasileira, em 2021, ao julgar a ADPF nº 779, precisou analisar a constitucionalidade da tese que a defesa desses criminosos vinha levantando nos tribunais: a legítima defesa da honra. Além de criar uma nova excludente de ilicitude, essa tese defensiva produzia inquietações em virtude da propagada autonomia dos sujeitos na modernidade, levando a um questionamento sobre até que ponto houve a superação de velhas estruturas, como a do patriarcado que, historicamente, subjuguou as mulheres, bem como sobre até onde as decisões judiciais que acatavam tal tese seriam uma manifestação de violência institucional.

Nesse enfoque, surge o problema principal: uma vez que seja alegada legítima defesa da honra quando do julgamento pelo Tribunal do Júri (ou em sede de pronúncia do acusado), e haja seu acolhimento pelo corpo de sentença, a atitude do Poder Judiciário de impossibilitar um novo julgamento nos casos de violência contra a mulher, sob o argumento de proteger a soberania dos veredictos, seria uma manifestação da violência institucional a medida que acarretaria uma naturalização do feminicídio?

Em verdade, pela demanda de homicídios que vem sendo praticado, com a justificativa de terem sido cometidos por amor, por traição e motivos afins, evidencia-se a necessidade de incorporar um raciocínio comum, partindo de um estudo abrangente, para que os agentes de tais condutas sejam condenados de igual maneira na medida de seus atos (GAIA, 2010).

Sendo assim, utilizando-se a metodologia de uma pesquisa teórico-bibliográfica, o presente estudo tem como objetivo aferir se em um cenário no qual grande parte dos assassinatos de mulheres são cometidos sob a alegação de “ela mereceu” ou “eu não queria fazer isso, mas ela provocou”, a absolvição de acusados de feminicídios sob a tese de legítima defesa da honra e, a negação, por parte dos Tribunais Superiores, da realização de um novo julgamento sob o fundamento da soberania dos veredictos, há um movimento de perpetuação da violência de gênero chancelado pelo próprio Estado.

1. A SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

Diversas são as teorias que tentam determinar o surgimento do Tribunal do Júri no mundo. Há quem defenda que o nascimento se deu com os dikastas³, nas Heliéia⁴, conselho do órgão julgador responsável por julgar os atos de menor importância, sendo um tribunal popular formado por heliastas⁵ que, após ouvirem a defesa, decidiam seguindo suas convicções, e no Areópago⁶ grego, conselho no qual os areópagos julgavam os crimes de homicídios premeditados e decidiam respeitando o senso comum (TOURINHO FILHO, 2013).

Parte da doutrina ainda sustenta a sua origem na antiga Germânia com os centeni comites⁷, de influência romana. No entanto, a tese predominante entre os doutrinadores defende que o surgimento do Tribunal do Júri, nos moldes atuais, ocorreu na Inglaterra, em 1215, quando o “Concílio de Latrão⁸ aboliu as ordálias ou Juízos de Deus, com julgamento nitidamente teocrático, instalando o conselho de jurados.” (BRITTO et al., 2016).

No Brasil, o instituto do Tribunal do Júri surgiu no ano de 1822, quando o Senado da Câmara do Rio de Janeiro solicitou ao então Príncipe Regente D. Pedro, a criação de um “Juízo de Jurados”. A sugestão foi aceita, mas a lei criou os “Juizes de Fato”, composto por 24 (vinte e quatro) jurados, dos quais se permitia a dispensa de 16 (dezesesseis), restando 8 (oito) jurados para compor o conselho de sentença, cuja competência era restrita aos delitos de imprensa (MAIA, 2015).

Somente com a Constituição de 1824 a competência do Júri foi ampliada para as demais causas criminais e também para as causas cíveis. Já a Constituição de 1891 elevou o instituto do Júri ao patamar de garantia constitucional e não o mencionou apenas como órgão do Poder Judiciário, passando então a deter o status de garantia e direito fundamental do cidadão (BELINA FILHO, 2010).

Conforme o autor supracitado, a Constituição de 1934, nos moldes da de 1824, mencionou o Júri apenas no capítulo destinado ao Poder Judiciário, e não como garantia

³ Denominação de quem participava dos julgamentos, cujas sessões eram chamadas de dikasterias (MORAES, 2011).

⁴ A Heliéia era o principal colégio de Atenas, formada por quinhentos membros sorteados entre os cidadãos que tivessem no mínimo trinta anos, uma conduta ilibada e que não fossem devedores do Erário. As reuniões davam-se em praça pública, sendo presididas pelo archote, a quem cabia decidir pela declaração da culpa de um cidadão (BORBA, 2002).

⁵ Nome que tinha os membros da Heliéia (POMBO, 2012).

⁶ No período democrático de Atenas, era no Areópago que funcionava um célebre Tribunal, que era constituído por arcontes. Esse Tribunal era responsável pelos julgamentos dos crimes mais graves (MORAES, 2011).

⁷ Estruturas rudimentares de jurisdição que possuem traços semelhantes e características convergentes com as que são encontradas na estrutura moderna do Júri (TEIXEIRA, 2011).

⁸ O Primeiro Concílio de Latrão teve como objetivo principal restabelecer o princípio de que os assuntos espirituais são de autoridade da Igreja [...] O Primeiro Concílio de Latrão foi convocado em dezembro de 1122 para acontecer no ano 1123. Munido de diversos objetivos, a questão central era assegurar que todo o esforço que o papa Calisto II vinha fazendo para solucionar a questão das investiduras fosse consolidado. Porém, além deste desejo, o concílio almejava acabar com a prática de conferir benefícios a leigos e separar os assuntos espirituais e os temporais (GASPARETTO JÚNIOR, 2012).

individual. Por sua vez, a Constituição de 1937, conhecida como “Polaca”, inaugurou um período ditatorial e não mencionou o Tribunal popular, demonstrando claramente sua feição autoritária. Contudo, o Decreto-Lei nº 167 de 1938 trouxe previsão para que o Júri proferisse julgamento nos casos de homicídio, infanticídio, induzimento ou auxílio ao suicídio, duelo com resultado morte ou lesão corporal seguida de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada.

O artigo 96 do referido Decreto-Lei⁹ trazia a possibilidade de revisão total da decisão proferida pelo conselho de sentença pelo Tribunal de Apelação, em flagrante ofensa ao princípio da soberania dos veredictos. Com isso, permitiu-se ao Tribunal togado, quando do julgamento do recurso interposto por qualquer das partes, se considerasse que a decisão do conselho de sentença não tinha amparo na prova dos autos, reformar a decisão, condenando o acusado e aplicando a pena devida em caso de absolvição, ou absolvendo-o em caso de indevida condenação.

A Constituição de 1946 contemplou o instituto do Júri e mencionou expressamente os seus princípios fundamentais informadores, presentes na Constituição atual e inovou ao estabelecer a competência do Júri para julgamento dos crimes contra a vida. Perante a Carta de 1946, a soberania dos veredictos ganhou forma semelhante à atual, de maneira que se o Tribunal de Apelação entendesse, quanto ao mérito, que o Júri havia proferido julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, poderia determinar que o réu fosse submetido a novo julgamento, sendo que não era admitida, pelo mesmo motivo, segunda apelação (BELINA FILHO, 2010).

Segundo o autor supracitado, a Constituição de 1967, por seu turno, manteve a instituição do Júri, assegurando a sua soberania e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Inexistia menção quanto ao sigilo das votações e à plenitude de defesa, até então presentes na Carta de 1946. Pouco tempo depois, em 1969, através da Emenda Constitucional nº 1, no seu artigo 153, no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, manteve a instituição do júri com competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, mas não fez menção a qualquer princípio do Tribunal Popular. Assim, todas as Constituições brasileiras, desde o Império até a República, a exceção da Carta de 1967, trouxeram a instituição do Júri no seu corpo, demonstrando a sua relevância político-jurídica.

⁹ Se, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apoio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso (BRASIL, 1938).

Por fim, chega-se, então, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) que instituiu um sistema de amplas garantias individuais em face do Estado, assegurando a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural e a participação efetiva de defesa técnica, como forma de realizar o convencimento judicial, a fim de proporcionar a efetividade do procedimento do Júri (OLIVEIRA, 2016).

Ademais, a Carta Magna traz em seu artigo 5º, XXXVII, o princípio do juiz natural e a proibição das Cortes *ad hoc* ou dos tribunais de exceção. O juiz natural é aquele investido nos poderes da jurisdição, com todas as garantias a ele asseguradas pelo artigo 95, I, II e III, da Constituição, sendo elas a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimento. Ressalte-se que o princípio do juiz natural não impede que sejam efetuadas substituições nos casos previstos em lei, admitindo, por exemplo, o desaforamento, conforme o artigo 427 do Código de Processo Penal, caso o interesse público assim recomende, diante de dúvida sobre a imparcialidade do júri ou em caso de risco para a segurança do réu.

Importa destacar, ainda, que são titulares do direito ao juiz natural todas as pessoas, físicas ou jurídicas, brasileiras ou estrangeiras e que o juiz natural para os crimes dolosos contra a vida no ordenamento jurídico brasileiro é o Tribunal do Júri. Em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, a Carta Política assegura o direito a julgamento pelo Tribunal Popular nos crimes dolosos contra a vida, prevendo a possibilidade de que seja a sua competência ampliada por lei (BRASIL, 1938). A instituição do júri é cláusula pétrea, não podendo ser abolida, sendo intangível e não modificável o seu conteúdo mínimo.

Já o procedimento do Tribunal do Júri encontra-se previsto no Código de Processo Penal, nos artigos 406 a 497, e sofreu ampla modificação de acordo com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.689/2008. A competência do Tribunal popular é trazida pelo referido diploma legal no artigo 74, de forma exaustiva, sendo que compete ao referido tribunal julgar os crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1941).

As decisões dos jurados são sigilosas, tomadas com base em convicção íntima, sem necessidade de fundamentação por parte dos juízes leigos. O rito do júri é bifásico: tem-se uma instrução preliminar, também chamada de formação da culpa (*judicium accusationis*), e o julgamento em plenário, também chamado de julgamento propriamente dito (*judicium causae*).

Os artigos 406 a 421 do Código de Processo Penal dispõem sobre a instrução preliminar (juízo ou formação da acusação), que é realizada por juiz togado, iniciando-se

com o recebimento da peça acusatória e terminando com a decisão de pronúncia (que remete o acusado para julgamento pelo Tribunal do Júri), de impronúncia (quando não o faz), de desclassificação (nos casos de mudança da competência do Júri para o Juiz singular) e de absolvição sumária (havendo prova da inexistência do fato, se estiver provado que o acusado não foi o autor ou partícipe do crime, se o fato não constituir infração penal ou se tiverem sido demonstradas causas de isenção de pena ou de exclusão do crime). Esta fase tem a finalidade de averiguar a existência de provas sérias e coerentes de ter o réu praticado o fato criminoso, que autorizará o seu julgamento pelo Tribunal Popular (MARQUES, 1997).

Por sua vez, o julgamento em plenário está previsto nos artigos 422 a 424 e 453 a 497 do Código de Processo Penal. Inicia-se após a admissão da acusação, pronunciando-se o acusado.

Posteriormente, desenvolve-se a instrução em plenário, debates entre as partes e o julgamento que será proferido por 7 (sete) jurados (BRASIL, 1941). Com o intuito de proporcionar efetividade a esse procedimento, o inciso XXXVIII, do artigo 5º, da Constituição assegura a soberania dos veredictos, em contornos semelhantes ao estabelecido pela Constituição de 1946 (BRASIL, 1988).

A soberania dos veredictos do júri pode ser entendida como a impossibilidade de os juízes togados decidirem a causa em substituição aos jurados (BULOS, 2018). Importante destacar que a soberania do júri não se confunde com a soberania dos veredictos, que deve ser entendida como a proibição de que seja proferida decisão destoante da enunciada pelo conselho de sentença, sendo os seus membros juízes soberanos no julgamento de qualquer crime contra a vida (ZAPPALA, 2010).

O veredicto, nome dado à decisão coletiva dos jurados, não pode ser modificada em seu mérito por um tribunal formado por juízes togados, nem por algum órgão de cúpula do Poder Judiciário, como o Supremo Tribunal Federal, por exemplo. Apenas outro Conselho de Sentença, nos casos em que o primeiro julgamento foi manifestamente contrário à prova dos autos, tem o poder de modificar o mérito de uma decisão do corpo de jurados. Nesse sentido, o Júri é soberano, posto que tem o poder de decidir sobre o destino do réu, sem censuras técnicas dos doutos do tribunal (CAMPOS, 2018).

Infere-se, portanto, que a soberania dos veredictos significa a impossibilidade de o Tribunal togado substituir ou alterar a decisão proferida pelos jurados quanto ao seu mérito. Trata-se da base sustentadora do instituto do Júri, visto que “os jurados não estão

adstritos ao direito, mas, sim, à análise racional dos fatos e provas, sempre orientada por sua íntima convicção” (AZEVEDO, 2011, p.52).

Quanto aos limites da soberania dos veredictos, percebe-se que “a imposição de limites às decisões proferidas pelo conselho de sentença reafirma o caráter democrático da instituição do Júri, impedindo que as decisões sejam injustas” (AZEVEDO, 2011, p. 54). Assim, em casos específicos, o princípio da soberania dos veredictos pode ser relativizado. Admitem-se, nesse contexto, o recurso de apelação e a revisão criminal contra as decisões proferidas pelo Júri.

Especificamente quanto à revisão criminal, não resta dúvida quanto à sua aplicação às sentenças condenatórias proferidas pelo Júri, em respeito, inclusive, ao princípio da plenitude de defesa. Quanto ao alcance da ação rescisória penal, há duas posições. A primeira entende que não há limitação de reforma quanto ao mérito, a considerar que após o trânsito em julgado a decisão dos jurados não se diferencia de qualquer outra sentença, não havendo empecilho para que, caso procedente a revisão criminal, seja a decisão do Júri substituída pela decisão da magistratura togada, em respeito ao direito de liberdade que é a garantia maior do Tribunal do Júri. O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 137.504/BA, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, em 2012, decidiu que é possível desconstituir, mediante revisão criminal, a condenação penal imposta pelo Tribunal popular, não sendo aplicável ao caso o princípio da soberania dos veredictos (BRASIL, 2012).

Em contrapartida, para a segunda não é possível que a decisão do Tribunal ad quem substitua a decisão proferida pelo Júri, ainda que o absolvendo ou reduzindo a sua pena, visto que tal substituição violaria o princípio da soberania dos veredictos. Esta corrente entende que estando prevista alguma das hipóteses do artigo 621 do Código de Processo Penal, deve o Tribunal togado anular o julgamento para que outro conselho de sentença profira nova decisão (BRASIL, 1941).

Ainda, cumpre salientar que o artigo 593, III, ‘d’, do Código de Processo Penal, prevê o cabimento de recurso de apelação contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos que, uma vez provido, anulará o julgamento anterior e determinará que o acusado seja submetido a novo julgamento em plenário, em possível ofensa ao princípio da soberania dos veredictos (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, em março de 2020, no exame do Recurso em Habeas Corpus (RHC) 170.559 que tratava da possibilidade de o Ministério Público recorrer de

juízo em que o Júri, acatando a tese de legítima defesa da honra, absolve o réu, mesmo após admitir a existência de materialidade e de indícios de autoria ou participação no delito, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que o Tribunal do Júri pode realizar nova deliberação em processo-crime julgado de forma contrária às provas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Contudo, devido à alteração na composição do colegiado, a Primeira Turma alterou o seu entendimento e cassou decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que havia determinado ao Tribunal do Júri a realização de novo julgamento do réu acusado de tentar matar a esposa, quando ela saía de um culto religioso, com golpes de faca, por imaginar ter sido traído. Por maioria dos votos, o colegiado aplicou seu novo entendimento sobre o princípio da soberania dos veredictos e concedeu pedido da Defensoria Pública estadual formulado no Habeas Corpus 178.777 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Na ocasião, ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, que votaram pelo indeferimento do pedido com base em precedentes da Turma (RHC 170.559) e, por entenderem que o caso diz respeito a um crime gravíssimo contra a mulher, em que o acusado considerou que a esposa lhe pertencia e que a morte dela lavaria a sua honra (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Em razão disso, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou a ADPF nº 779 MC na qual pediu para que a Suprema Corte Brasileira conferisse interpretação conforme à Constituição ao art. 23, II e art. 25, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, a fim de deixar claro que não é juridicamente possível invocar a tese da legítima defesa da honra (BRASIL, 2021).

A referida ADPF reanimou a discussão em torno da possibilidade de realização de um novo julgamento pelo Tribunal do Júri nos casos de violência contra a mulher em que a absolvição do acusado se sustentou na tese da legítima defesa da honra ser uma manifestação da violência institucional que acarretaria uma naturalização do feminicídio.

2. A TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CRIMES PASSIONAIS

No Brasil, o homicídio passional¹⁰ se desenvolveu tendo como plano de fundo o preconceito de gênero¹¹. Esse crime já teve sua sentença decretada de diversas formas, ora o autor do delito era absolvido, ora condenado. Na fase colonial, era permitido que o homem matasse sua mulher diante de uma traição por parte dela, após o advento do Código de 1830, eliminou-se essa permissão. Houve um período, na vigência do Código de 1890, que o homicídio cometido sob estado de perturbação dos sentidos e da inteligência era alvo do perdão judicial, estando aí compreendidas a cólera e o descontrole do homem que surpreendia sua mulher em adultério (GAIA, 2010).

Após o Código Penal de 1890, no ano de 1940, entrou em vigor o Código Penal atual, que foi responsável por extinguir a excludente de ilicitude, substituindo-a pela figura do homicídio privilegiado, que, ainda que não tenha previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, é crime, posto que se enquadra no artigo 121 do Código Penal, assim como em suas qualificadoras quando associado ao motivo torpe e fútil, por traição ou emboscada (BAPTISTA, 2015).

O Código Penal de 1940 foi responsável, também, por proporcionar o surgimento da tese da legítima defesa da honra, que era capaz de obter, com êxito, a absolvição dos autores de crimes passionais, uma vez que a sociedade defendia que quando a mulher cometia adultério, a honra do marido era ofendida, o que conferia a ele o direito de matá-la. Essas absolvições foram vistas até os anos de 1960, posto que a partir dos anos 1970 a atuação dos movimentos feministas provocou uma diminuição na impunidade (ELUF, 2007).

É possível perceber que as mulheres sempre foram duramente tratadas quando cometiam adultério, ao passo que os homens foram tratados com grande benevolência quando agiam da mesma forma (ELUF, 2007), o que remete às circunstâncias e motivações dos homicídios passionais ocorridos no Brasil, que são influenciados pela ideia de desobediência da vítima, que não aceita ser dominada pelo parceiro, este que, tem a convicção de que é detentor e chefe de todas as situações do relacionamento,

¹⁰ O homicídio passional é assim denominado por ser um crime que deriva da paixão, do ciúme, de um sentimento amoroso e da possessão. É nada mais do que uma vingança privada em que aquele que se sente ofendido utiliza-se de seus próprios métodos para resolver seus aborrecimentos (TOIGO, 2010).

¹¹ Scott (1989, p. 21) descreve gênero como sendo “um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre o sexo, o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder” e, assim, aponta para o fato de que a discussão sobre gênero vai muito além da dicotomia homem/mulher, “demonstrando assim, que gênero está relacionado com os símbolos culturais, as normas, a organização estatal e a subjetividade, afirmando que estes elementos estão correlacionados entre si.” (CHAI; SANTOS; CHAVES, 2018, p. 643).

obrigando que a companheira viva sob suas ordens e, caso ela não realize os seus desejos, está sujeita a uma pena (NASCIMENTO, 2010).

Felizmente, a legislação pátria sofreu modificações que fizeram com que o homicida passional deixasse de ser absolvido e, assim, uma vez provado que ele foi o autor do delito e verificada a motivação que o levou a cometer o crime, esta condicionará à qualificação da pena ou a imposição de privilégio a mesma, jamais o absolvendo, qualquer que seja a motivação alegada (BAPTISTA, 2015).

Contudo, essas modificações não foram suficientes para impedir que os homens continuassem a matar as mulheres movidos pelo sentimento de posse. O “Mapa da Violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil” demonstrou que o Brasil possui uma taxa de 4,8 mortes por 100.000 mulheres (2,4 vezes maior que a taxa média internacional), sendo o quinto país com maior número de mulheres mortas em razão de gênero (WAISELFISZ, 2015). No ano em que a desonrosa posição foi alcançada, o Brasil também promulgou a Lei 13.104/15 com o objetivo de trazer maior segurança e proteção às mulheres em situação de risco.

Para se ter uma ideia da gravidade da questão, somente em 2018, 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que representa uma taxa de 4,3 homicídios para cada 100 mil habitantes do sexo feminino, correspondendo ao assassinato de uma mulher a cada duas horas (IPEA, 2020). Nesse contexto, o feminicídio¹² representa uma consequência da supremacia sexual, social, econômica e de todo tipo que o homem exerce em relação as mulheres em condições de desigualdade, de subordinação, de exploração ou de opressão, e com a particularidade da exclusão (LAGARDE, 2006).

Apesar do Brasil ter vivenciado, ao menos aparentemente, desde meados do século passado, um significativo avanço no enfrentamento à violência de gênero, na esteira das conquistas de movimentos feministas e outros movimentos sociais, este problema social nunca esteve perto de ser erradicado da realidade brasileira e mundial. Mesmo em face das muitas conquistas, o quadro atual mostra-se alarmante, marcado pelo avanço do conservadorismo e do patriarcalismo que, em sua esteira, marcam a volta da tese da legítima defesa da honra para tentar justificar os feminicídios (WERMUTH; NIELSSON, 2018).

¹² A Lei nº 13.104/2015, popularmente conhecida como Lei do Feminicídio foi responsável por alterar o Código Penal, acrescentando a qualificadora para o homicídio cometido por razões de gênero, inclusive no âmbito doméstico e familiar, denominado de feminicídio, elevando-o à categoria de crime hediondo. Lagarde (2006, p. 221), responsável por introduzir o termo feminicídio no meio acadêmico, afirmou ter escolhido esse vocábulo justamente por representar bem o fator da impunidade, em virtude de ausências legais e de políticas de governo, que geravam uma convivência insegura para as mulheres, ao colocá-las em risco e favorecer o conjunto de crimes praticados por razões de gênero.

Nesse seguimento, numa tentativa de evitar que o Judiciário atue ativamente na perpetuação da violência de gênero, em novembro de 2019, o Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, não conheceu de um Agravo em Recurso Especial que atacava a inadmissibilidade de um Recurso Especial que sustentava que o Tribunal a quo havia afrontado a legislação federal ao considerar que a tese da legítima defesa da honra não poderia ser utilizada como excludente de ilicitude (BRASIL, 2019).

O referido Recurso Especial foi uma irresignação contra o acórdão que julgou o Recurso em Sentido Estrito que questionava a decisão de pronúncia de um homem que, em tese, havia praticado o crime previsto no art. 121, §2º, II, III, IV e VI, do Código Penal¹³ (BRASIL, 2019). *In casu*, durante uma festa, a vítima, que era casada com o acusado, teria dito que queria romper o relacionamento, além de ter dançado e conversado com outro homem, o que gerou a ira e despertou os ciúmes do marido, que estaria alcoolizado. Em casa, o homem pegou uma corda e laçou o pescoço da esposa, matando-a por asfixia (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

A defesa argumentou em todos os recursos supracitados que os Tribunais deveriam levar em consideração a gravidade dos danos causados à honra do recorrente ao longo dos anos em razão de “atitudes repulsivas” e provocativas da vítima, que acabaram abalando a psique do marido a ponto de o levarem à prática de atos primitivos e, que em razão disso, existiria uma causa excludente de ilicitude: a legítima defesa da honra¹⁴ (BRASIL, 2019).

O argumento da legítima defesa da honra levantado pela defesa no caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como no caso que foi submetido ao Superior Tribunal de Justiça, já citados, confere uma nova roupagem a ideia de que ‘honra de marido enganado só com a morte dos culpados pode ser lavada’, que foi retratada na célebre obra “Gabriela, Cravo e Canela”¹⁵ na cena em que o fazendeiro Jesuíno Mendonça

¹³ Art. 121. Matar alguém:

§2º Se o homicídio é cometido:

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

¹⁴ Nessa lógica, resta evidente que a violência contra as mulheres está, em primeiro lugar, na manutenção de relações históricas de subjugação, que geram nos homens sentimentos de poderes sobre as mulheres que, muitas vezes, em busca de uma afirmação, fazem uso da violência contra suas companheiras, chegando até a matá-las. Os autores de tais violências tentam justificá-las por diversas formas como, por exemplo, com a ideia de poder do macho, de legítima defesa da honra ou mesmo como uma atividade para alívio mental (SILVA, 2010).

¹⁵ A referida obra tem como plano de fundo, em meados dos anos 1920, a luta pela modernização de Ilhéus, em desenvolvimento graças às exportações do cacau. A protagonista do enredo, Gabriela, com sua sensibilidade inocente, não apenas conquista o coração

mata a tiros de revólver sua esposa, Dona Sinhazinha Guedes Mendonça, e o Dr. Osmundo Pimentel, cirurgião-dentista, após flagrá-los em infidelidade conjugal (AMADO, 2012).

Essa relação entre Direito e Literatura aponta para o fato de que a execução do projeto de dominação-exploração dos homens sobre as mulheres requer que sua capacidade de mando seja auxiliada pela violência¹⁶ (SAFFIOTI, 2001), que pode ocorrer fora do ambiente familiar, das unidades domésticas e das relações sexuais ou afetivas, à exemplo da violência institucional, praticada contra mulheres principalmente nas instituições estatais, como o Poder Judiciário, e são toleradas ou reproduzidas pelo próprio Estado (CAVALCANTI, 2012).

A violência institucional, que possui diversas acepções¹⁷, se vista sob o prisma das “próprias instituições estatais como geradoras de violência, enfatizando os aspectos socioculturais que a engendram” (BARBEIRO; MACHADO, 2010, p. 4), pode ser entendida como àquela praticada por ação ou omissão das instituições públicas ou privadas prestadoras de serviço, à exemplo do Poder Judiciário, e consumada pelos agentes a estas relacionadas, os quais comprometem o acesso da vítima a seus direitos (CHAI; SANTOS; CHAVES, 2018).

Nesse cenário, a decisão da Suprema Corte Brasileira quando do julgamento da ADPF nº 779¹⁸, de que o acolhimento da tese de legítima defesa da honra pelo Tribunal

de Nacib como também seduz um sem-número de homens ilheenses, colocando em xeque a lei que exigia que a desonra do adultério feminino fosse lavada com sangue.

¹⁶ “Com efeito, a ideologia de gênero é insuficiente para garantir a obediência das vítimas potenciais aos ditames do patriarca, tendo esta necessidade de fazer uso da violência.” (SAFFIOTI, 2001, p. 115)

¹⁷ O termo violência institucional tem diversas conotações, as quais implicam diferentes formas de abordar a sua investigação. A designada de “positivista” usa o termo “violência institucional” para se referir à violência que acontece em instituições fechadas ou semifechadas (prisões, estabelecimentos de reeducação para jovens, escolas, empresas). Focaliza-se nas características individuais dos atores destas instituições como geradores de violência institucional (essencialmente os destinatários da intervenção institucional) ou nas características organizacionais que permitem um melhor controle desta violência pessoal. No polo oposto, um conjunto de abordagens que designamos de “críticas” focalizam-se nas próprias instituições como geradoras de violência (BARBEIRO; MACHADO, 2010).

¹⁸ EMENTA: Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. “Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada. 1. “Legítima defesa da honra” não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminoso. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal. 2. A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. 3. Tese violadora da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio. O acolhimento da tese tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção. 4. A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Assim, devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação a todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio. 5. Na hipótese

do Júri afronta a Carta Magna por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, como também, proteção a vida e igualdade de gênero, de modo que a soberania dos veredictos não deve ser invocada a fim de evitar um novo julgamento do homicida, evidencia que é através das decisões judiciais que as práticas sociais e o seu reconhecimento normativo encarregam-se de travar as mudanças mais significativas e mais profundas superando as modificações legislativas (BELEZA, 2004).

de a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da “legítima defesa da honra” (ou de qualquer argumento que a ela induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal. 6. Medida cautelar parcialmente concedida para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. 7. Medida cautelar referendada. (BRASIL, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do Habeas Corpus 178.777, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal cassou decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que havia determinado ao Tribunal do Júri a realização de novo julgamento do réu acusado de tentar matar a esposa e que fora absolvido sob a alegação de legítima defesa da honra, argumentando que um novo julgamento feriria o princípio da soberania dos veredictos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Ocorre que a referida decisão ao admitir a absolvição de um acusado de feminicídio sob o fundamento de legítima defesa da honra e, impedir a realização de um novo julgamento com o intuito de preservar a soberania dos veredictos, além de ser uma afronta ao princípio da legalidade, posto que a referida excludente de ilicitude não encontra previsão normativa no Brasil, desconsidera que não se trata apenas de um crime gravíssimo contra a mulher, mas de uma violação aos seus direitos humanos.

Destarte, através do julgamento da ADPF nº 779/2021, a Suprema Corte Brasileira muda o seu entendimento e, ao mesmo tempo em que declara inconstitucional a tese da legítima defesa da honra por contrariar princípios constitucionais, estabelece que a utilização de tal estratégia defensiva em sede de Tribunal do Júri pode acarretar a nulidade do ato e do julgamento, flexibilizando a soberania dos veredictos e chamando atenção para o fato de que o Judiciário enquanto poder estatal, desempenha um papel fundamental na produção e perpetuação simbólica e jurídica da violência de gênero à sociedade brasileira como alternativa à redução da criminalidade no Brasil.

Nesse sentido, a Suprema Corte Brasileira demonstrou que combater a violência institucional, em todas as suas facetas, exige que o Sistema de Justiça não seja mais um mero reprodutor de práticas que revitimizam a mulher, reproduzam estereótipos machistas e contribuam para a constante banalização dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Jorge. **Gabriela, Cravo e Canela**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 336 p.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Tribunal do Júri**: aspectos constitucionais e procedimentais. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2011. 214 p.

BAPTISTA, Carla Viviane Bertoch. Homicídio passional: uma discussão entre crime privilegiado e qualificado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 116, p. 113-146, set. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.116.05.PDF. Acesso em: 05 out. 2022.

BARBEIRO, Ana; MACHADO, Carla. Violência institucional e privação dos direitos humanos. In: MACHADO, Carla (org.). **Novos Olhares Sobre a Vitimação Criminal**: teorias, impacto e intervenção. Braga: Psiquilíbrios, 2010. p. 237-276.

BELEZA, Tereza Pizarro. Anjos e monstros: a construção das relações de gênero no Direito Penal. **Revista Ex Aequo**, n. 10, p. 29-40, jan. 2004. Disponível em: <https://exaequo.apem-estudos.org/artigo/a-construcao-das-relacoes-de-genero-no-direito-penal>. Acesso em: 08 out. 2022.

BELINA FILHO, Inácio. **Tribunal do Júri**: as alterações promovidas pela lei nº. 11.689/08 em atendimento ao princípio da duração razoável do processo. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2010. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2779/1/INACIO%20BELINA%20FILHO.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

BORBA, Lise Anne de. Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2695>. Acesso em: 11 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938**. Regula a instituição do Júri. Rio de Janeiro, 8 jan. 1938. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 4 de novembro de 2019. Brasília, nov. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-repudia-tese-de-legitima-defesa-da-honra-em-caso-de-feminicidio/aresp_1.pdf. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 137.504 - BA. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 28 de agosto de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 5 set. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1118012&num_registro=200901022620&data=20120905&formato=PDF. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 779 MC-Ref / DF. Brasília, 13 de março de 2021. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRITTO, Caroline Hoffmann *et al.* O tribunal do júri: funcionamento e origem. In: JORNADA ACADÊMICA UNIVERSO - BH, 2016, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=3universobelohorizonte3&page=article&op=view&path%5B%5D=3308#:~:text=Para%20alguns%20o%20tribunal%20do,instaland%20o%20conselho%20de%20jurados.&text=Como%20dito%20acima%2C%20com%20sua,e%20os%20juízos%20de%20Deus>. Acesso em: 10 out. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1736 p.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**: Teoria e Prática. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 832 p.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil**: análise da Lei "Maria da Penha-", nº 11.340/06. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 306 p.

CHAI, Cássius Guimarães; SANTOS, Jéssica Pereira dos; CHAVES, Denisson Gonçalves. Violência institucional contra a mulher: o Poder Judiciário, de pretenso protetor a efetivo agressor. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 640-665, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538>. Acesso em: 11 ago. 2022.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus: casos passionais e feminicídio: de Pontes Visgueiro a Mizael Bispo de Souza**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 201 p.

FERLIN, Danielly. Dos crimes passionais: uma abordagem atual acerca dos componentes do homicídio por amor. **Boletim Jurídico**. Uberaba, a. 14, nº 752. 2010. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/2078/dos-crimes-passionais-abordagem-atual-acerca-componentes-homicidio-p>. Acesso em: 9 ago. 2022.

GAIA, Luciana Garcia. **Homicídios passionais: a paixão e sua motivação para o crime**. 2010. 102 f. TCC (Doutorado) - Curso de Direito, Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2010. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/549/Homicídios%20passionais:%200a%20paixão%20e%20sua%20motivação%20para%20o%20crime.pdf?sequence=1>. Acesso em: 6 ago. 2022.

GASPARETTO JÚNIOR, Antônio. **O Primeiro Concílio de Latrão**. 2012. Disponível em: <http://www.infoescola.com/cristianismo/primeiro-concilio-de-latrao/>. Acesso em: 29 out. 2012.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA - IPEA. **Atlas da Violência**. Brasília: Ministério da Economia, 2020. 96 p. Disponível em: <https://www.andes.org.br/diretorios/files/Bruna/atlas-da-violencia-2020.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

LAGARDE, Marcela. Del femicídio al feminicídio. **Desde El Jardín de Freud**, Bogotá, n. 6, p. 216-225, 2008. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343/8987>. Acesso em: 3 ago. 2022.

MAIA, José Carlos Lucio. **A história dos primórdios do Tribunal do Júri no Brasil**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-06/jose-carlos-maia-primordios-tribunal-juri-brasil>. Acesso em: 14 ago. 2022.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1997. 491 p.

MORAES, Jairo Coelho. O fenômeno jurídico na antiguidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2828, 30 mar. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18805>. Acesso em: 11 ago. 2022.

NASCIMENTO, Jane Matos do. **O julgamento dos crimes passionais**. 2010. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5238#:~:text=Resumo%3A,durante%20o%20decorrer%20dos%20tempo. Acesso em: 26 ago. 2022.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 1071 p.

POMBO, Olga. **Instituições Democráticas em Atenas**. 2012. Disponível em: http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/links/inst_dem.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

SAFFIOTI, Heleieth I.B.. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 16, p. 115-136, ago. 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/gMVfxYcbKMSHnHNLrqwYhKL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 out. 2022.

SILVA, Cláudia Melissa de Oliveira Guimarães. **Violência contra as mulheres: a Lei Maria da Penha e suas implicações jurídicas e sociais em Dourados - MS**. 2010. 182 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em História, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, 2010. Disponível em: <http://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/329/1/ClaudiaMelissadeOliveiraGuimaraesSilva.pdf>. Acesso em: 8 out. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ministro repudia tese de legítima defesa da honra em caso de feminicídio**. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-repudia-tese-de-legitima-defesa-da-honra-em-caso-de-femicidio.aspx#:~:text=%E2%80%8B%E2%80%8BAo%20rejeitar%20o,marido%2C%20o%20que%20justificaria%20o>. Acesso em: 02 set. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **1ª Turma mantém decisão de Júri que absolveu réu contra prova dos autos**. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452595>. Acesso em: 9 out. 2022.

TEIXEIRA, Eduardo José Garrido. O julgamento antecipado da lide no tribunal do júri. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2819, 21 mar. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18721>. Acesso em: 11 ago. 2022.

TOIGO, Daliane Mayellen. Breve análise das teses defensivas da legítima defesa da honra e da privilegiadora da violenta emoção no tribunal do júri em homicídios passionais praticados por homens contra mulheres. **Unoesc & Ciência**, Joaçaba, v. 1, n. 1, p. 13-20, jan.- jun. 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/235124939.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 4. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 764 p.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da violência 2015: Homicídios de mulheres no Brasil**. Brasília: Flacso; 2015. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 02 set. 2022.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. Ultraliberalismo, evangelicalismo político e misoginia: a força triunfante do patriarcalismo na sociedade brasileira pós-impeachment. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, Santa Maria, v. 13, n. 2, p. 455-488, fev. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/27291/pdf>. Acesso em: 6 ago. 2022.

ZAPPALA, Amália Gomes. **Dicionário de Direitos Humanos**: tribunal do júri. Tribunal do Júri. 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Tribunal+do+júri>. Acesso em: 10 set. 2022.

A IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA PENAL ITALIANA, NO BRASIL QUE ESTABELEÇA PENA EM SENTIDO ESTRITO

Faustino Costa Araújo Junior¹

Heichon Cordeiro de Araújo²

Roberto Mauro dos Santos Matni³

Sávio Clemente Ferraz⁴

Resumo: Esse artigo visa apresentar uma pequena falha na persecução penal de crimes internacionais os quais envolvem dois Estados Soberanos: República Federativa do Brasil e República Italiana. A impossibilidade de extradição de brasileiro nato pelo lado Brasileiro, decorrente de uma proibição constitucional, atrelada a impossibilidade de homologação pela República brasileira de sentença estrangeira que estabeleça pena em sentido estrito, é fator que favorece a criminalidade internacional, promove a impunidade, e enfraquece as relações entre os países citados. Pode-se citar como exemplo dessa problemática constante na ordem jurídica interna do país, o caso do ex-jogador de futebol Robson de Souza, mais conhecido como “Robinho”, que praticou crime de estupro na República da Itália, e exilou-se no Brasil. Assim, o ex-atleta não poderá ser extraditado, por uma vedação presente na constituição brasileira de 1988, que inclusive é petrificada, não podendo ser objeto de emenda a constituição tendente a abolir tal cláusula, e nem poderá ter a sentença que o condenou homologada no Brasil para fins de transferência da execução da Pena. Esse artigo científico, portanto, tem, também, por escopo deflagrar essa lacuna legislativa, e todos os problemas advindos com ela, além de expor elementos teóricos e práticos a respeito da sistemática das Penas (*Lato Sensu*) de acordo com ordenamento jurídico penal da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Extradição; Criminalidade internacional; Homologação de sentença estrangeira; Persecução Penal.

Abstract: This article aims to present a small flaw in the criminal prosecution of international crimes the involvement of two Sovereign States: Federative Republic of Brazil and Italian Republic. The impossibility of extradition of a native Brazilian by the Brazilian side, resulting from a constitutional retention, linked to the impossibility of homologation by the Brazilian Republic of a foreign sentence that establishes a penalty in the strict sense, is a factor that favors international criminality, promotes impunity, and weakens the relations between the mentioned countries. As an example of this constant problem in the internal legal order of the country, the case of former soccer player Robson de Souza, better known as "Robinho", who committed the crime of rape in the Republic of Italy, and exiled him if in Brazil. Thus, the former athlete cannot be extradited, due to a prohibition present in the Brazilian constitution of 1988, which is even petrified, and the constitution aimed at abolishing such clause cannot be amended, nor can the sentence that condemned him be ratified. in Brazil for the purpose of transferring the execution of the Sentence. This scientific article, therefore, also has the scope to trigger this legislative gap, and all the problems arising with it, in addition to exposing theoretical and practical elements regarding the Penalties system - *Lato Sensu* - in accordance with the penal legal system of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Extradition; International Criminality; Abroad Sentence Approval; Criminal Pursuit.

¹ Graduando do Curso de Direito, na Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida (FESAR). E-mail: faustinojr11@hotmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade UNIRG (2014), e também graduado em Desenvolvimento de Sistemas e de Software pela Universidade da Amazônia (2006). Especialista em Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus e mestrando em Criminologia pela Universidade Lusfada - Porto, Portugal. Professor no curso de Direito na Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida (FESAR) onde ministra as disciplinas de Direito Agrário, Direito Civil, Direito Internacional e Direito Constitucional. Também atuou como professor na Universidade de Gurupi-TO (UNIRG). E-mail: heichoncordeiro@gmail.com.

³ Graduando do Curso de Direito, na Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida (FESAR). E-mail: savioclemente77@gmail.com.

⁴ Graduanda do Curso de Direito, na Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida (FESAR). E-mail: robertommatni@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Desde o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (1988)⁵ é inegável, que, nesse interim, houveram evoluções tanto na esfera da lei fundamental, como no âmbito do direito substantivo e adjetivo. A historicidade mostra-se como aspecto digno de perpassar a esfera constitucional atingindo as demais áreas do direito de forma direta.

Nesse sentido, ao se falar em evolução e historicidade do direito, o Direito penal e processual penal, não fogem à necessidade de sujeição a mecanismos e ideias evolutivas. Como nunca antes, a repressão ao crime possui necessidades de ultrapassar a linha dos Estados Soberanos, evocando a cooperação entre países como forma primordial no combate à criminalidade internacional.

É fato incontroverso que o mundo parece cada vez mais interconectado. A facilidade do fluxo de informações e de acesso a outros países pelo meio virtual, ou até físico, diagnostica o aumento das relações sociais, e isso é um fato que leva consigo a patologia social presente nas mais primárias civilizações organizadas pelo direito, qual seja: o crime. Dessa forma, reitera-se, a imprescindibilidade da cooperação jurídica entre os Estados para reprimir condutas criminosas que perpassam o âmbito internacional.

É pensando nisso, que, surge a necessidade de instrumentalizar uma forma de aplicação célere e eficaz do direito penal alienígena. Essa produção científica tem por escopo a deflagração de um método de cooperação traduzido na homologação de sentença penal que estabeleça pena em sentido estrito, de lavra da jurisdição italiana, no Brasil. Fala-se da República da Itália, pelos estreitos laços econômicos, e tratados internacionais dos quais ambas as nações são signatárias.

Arelado à globalização, a transnacionalidade vem a ser um fenômeno de modificação das relações humanas, quer sejam sociais, políticas, culturais, religiosas ou comerciais. Essas, estão ligadas a um transpasse estatal, ou seja, aquilo que vem a transpor as barreiras ou limites territoriais geográficos ou jurídicos impostos por Estados a fim de delimitar seu espaço de atuação.

Neste íterim, vemos o fenômeno, da criminalidade globalizada, que leva os agentes encarregados da investigação e persecução penal a necessitar cada vez mais lançar mão dos mecanismos de cooperação internacional, com outros países, visando coleta de

⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

provas, diligências judiciais e extrajudiciais etc.

Além disso, acontecimentos historicamente recentes, chamam a atenção para o tema proposto, como, pode-se citar: O “caso Robinho”, brasileiro condenado a Pena Privativa de Liberdade em todas as instâncias da jurisdição italiana. Nesse caso, a impossibilidade de homologação de sentença alienígena que estabeleça pena *Stricto Sensu* é fator limitador do combate à criminalidade internacional, favorecendo a impunidade, o enfraquecimento da diplomacia, e principalmente a debilidade da cooperação jurídico-econômica entre a República federativa do Brasil e República Italiana.

1. A IMPOSSIBILIDADE DE EXTRADIÇÃO NO BRASIL

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988)⁶ trouxe dentre seus dispositivos, além de sua parte orgânica, a instituição de direitos e garantias fundamentais. Os direitos individuais, espécies do gênero ora mencionado, concentram-se em sua grande parte, no Art. 5º da Constituição (1988)⁷. Dentre os setenta e nove incisos do referido dispositivo, ressalte-se, por ocasião desta perquirição, o Inciso LI, o qual prevê a impossibilidade de extraditar brasileiro nato.

Enfatiza-se, que, o direito de não extradição de brasileiro nato é um direito de primeira dimensão, que por sua vez, exige uma atuação negativa do estado. Após a revolução francesa no século XVIII, com a declaração dos direitos do homem e do cidadão, nasciam ali direitos que limitavam o elevado poder do Estado em detrimento do indivíduo. Com a evolução e historicidade dos direitos fundamentais, protagonizou-se cada vez mais tais direitos, dentre eles, o de brasileiro nato não ser extraditado, (MAZZUOLI, 2021)⁸.

Isso ocorreu pelo fato de que, historicamente, naquela época, o estado gozava de poder totalitário, e, por vezes, agia arbitrariamente de modo a invadir as liberdades pessoais. A partir disso, acirrou-se as intempéries sociais, culminando na revolução que iniciaria a consagração histórica dos direitos de defesa, provocando o absentismo estatal, (MAZZUOLI, 2021, p.761)⁹.

Não obstante à instituição do abstencionismo do Estado, não se pode olvidar, da

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

⁸ MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro -RJ: Grupo GEN, 2021.

⁹ MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro -RJ: Grupo GEN, 2021.

característica da relatividade que reveste os direitos fundamentais. Mesmo sendo direitos dispostos na Lei Fundamental do Estado, consagrados em tratados internacionais de direitos humanos, estes não gozam de status absoluto, isto é, podem ser aplicados concretamente em extensões variadas de acordo com o que requer do aplicador do direito mediante a situação concreta (BRANCO E MENDES, 2021) ¹⁰.

É nesse diapasão, que flui o escopo do presente artigo, qual seja: Demonstrar como, com o status de cláusula constitucional fundamental sem ressalvas, o art.5º, inciso LI, CF/88 (BRASIL, 1988) , para nenhum efeito pode ser relativizado, pois, a própria Constituição Brasileira não prevê exceções. Isso, quando combinado com a impossibilidade de homologação de sentença penal italiana em sentido estrito, culminará na impunidade do criminoso, uma vez que, ele nem pode ser extraditado para cumprir pena no exterior, e nem a sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil, visto que, a lei não permite.

2. A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FATOR IMPRESCINDÍVEL NO COMBATE A CRIMINALIDADE

A cooperação jurídica internacional pode ser entendida como um instrumento através do qual os Estados devem buscar os meios necessários para atingir o equilíbrio entre as garantias fundamentais dos indivíduos atingidos e maior eficácia no atendimento aos pedidos de assistência jurídica internacional, sendo reconhecido no Brasil no artigo 4º, inciso IX da Constituição Federal (BRASIL, 1988)¹¹ como uma “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (MAGLIARELLI, 2014, p.49)¹².

No entanto, por não haver na legislação brasileira norma uniforme e específica sobre o tema, diversas dificuldades se apresentam, tais como atrasos no trâmite das demandas e, ainda mais preocupante, a insegurança para as partes envolvidas, nomeadamente no que diz respeito aos instrumentos da carta rogatória e do auxílio direto (GIACOMOLLI, 2012, p.6)¹³.

¹⁰ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. SÉRIE IDP - CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555593952. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 30mar. 2022.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

¹² MAGLIARELLI, Filipe Henrique Vergniano. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal e as medidas cautelares patrimoniais**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=MESTRADO+Filipe+Henrique+Vergniano+Magliarelli&btnG= Acesso em: 15 de maio de 2022.

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José et al. Cooperação jurídica internacional em matéria criminal: autoridades centrais, das rogatórias ao auxílio direto. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10, n. 46, p. 97-116, 2012. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=COOPERA%C3%87%C3%83O+JUR%C3%8DDICA+INTERNACIONAL+EM+MAT%C3%89RIA+CRIMINAL+laura+santos++&btnG=#d=gs_cit&t=1652638679725&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3Amp7znUmJYBIJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D0%26hl%3Dpt-BR. Acesso em 29 de abril de 2022.

A Cooperação Internacional está alicerçada no princípio jurídico da confiança, ou seja, a segurança de relações jurídicas estáveis e previsíveis (BECHARA, 2010) . Mais comumente, a Cooperação Internacional, será realizada, nos casos em que seja necessária a realização de atos de mera instrução tais como notificação, intimação, citação, interrogatórios, oitiva de testemunhas, ou ainda atos de caráter executório, quais sejam, aqueles que se projetam sobre a intimidade, o domicílio e o patrimônio das pessoas, como bloqueio de bens, sequestro, medidas cautelares preventivas, remessa de dados bancários e fiscais e etc.

A Cooperação Internacional está alicerçada no princípio jurídico da confiança, ou seja, a segurança de relações jurídicas estáveis e previsíveis (BECHARA, 2010) ¹⁴. Mais comumente, a Cooperação Internacional, será realizada, nos casos em que seja necessária a realização de atos de mera instrução tais como notificação, intimação, citação, interrogatórios, oitiva de testemunhas, ou ainda atos de caráter executório, quais sejam, aqueles que se projetam sobre a intimidade, o domicílio e o patrimônio das pessoas, como bloqueio de bens, sequestro, medidas cautelares preventivas, remessa de dados bancários e fiscais e etc.

Os atos de execução de medidas de restrição compulsória de liberdade que importam na localização, detenção do acusado/condenado, da prática de determinado crime, para que responda a processo ou cumpra a sanção penal, objeto de condenação, transitada em julgado são viabilizados no Brasil por meio da Extradicação.(MUZZI, 2017, p.2) ¹⁵.

No processo penal, a aplicação do princípio da confiança, conforme leciona o ilustrado doutrinador Bechara, “tendo em vista a expectativa que a coletividade possui em relação à manutenção da paz social e tranquilidade pública, e à atuação dos órgãos estatais”, está vinculada precipuamente com o direito social à segurança. Em segundo lugar, o princípio da confiança manifesta-se em razão do cumprimento do direito das liberdades individuais, “notadamente as garantias processuais, que definem o modelo e os limites da atuação estatal” (BECHARA, 2010, p.135) ¹⁶.

¹⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. 2010. Tese de Doutorado.Universidade de São Paulo. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=bechara+cooperacao+C3%A7%C3%A3o+internacional+tese+de+doutorado+&btnG=#d=gs_cit&t=1652625820395&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AxPRXWgmD5dkJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D1%26hl%3Dpt-BR. Acesso em: 01.05.2022.

¹⁵ MUZZI, Tácio. Os mecanismos de cooperação jurídica internacional na nova lei de migração. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n30>. Acesso em: 15.05.2022.

¹⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. 2010. Tese de Doutorado.Universidade de São Paulo. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=bechara+cooperacao+C3%A7%C3%A3o+internacional+tese+de+doutorado+&btnG=#d=gs_cit&t=1652625820395&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AxPRXWgmD5dkJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D1%26hl%3Dpt-BR.

No tocante a aplicação do princípio da confiança quando da prática da cooperação jurídica internacional, a previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas merecem prioridade, pois a probabilidade de cooperação aumenta de maneira diretamente proporcional à confiança recíproca existente entre os Estados, resultando em uma assistência mais efetiva. A confiança “representa o fundamento a partir do qual é possível identificar os fatores que podem contribuir para uma assistência mais eficiente” (BECHARA, 2010, p.135)¹⁷.

A Homologação de sentença estrangeira, como instrumento de Cooperação Internacional, tem a finalidade de dar eficácia, em um Estado, a decisões judiciais definitivas provenientes de outro Estado (PEREIRA, 2010, P.15)¹⁸.

O Brasil é signatário de acordos bilaterais de cooperação ou assistência em matéria penal, com vários países, entre eles a Itália, e nesse caso específico, surge o decreto nº 862, de 9 de julho de 1993 (BRASIL, 1993)¹⁹, que versa sobre a Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Itália.

Um ponto de debate importante a ser levantado, se refere, à aparente proibição da execução de medidas restritivas da liberdade pessoal e da execução de condenações, constantes do artigo 1, 3 do Decreto nº 862/93²⁰. (MAGLIARELLI, 2014, p.147)²¹.

O que se busca entender é se essa vedação se limita ao seu manejo no âmbito dos pedidos de cooperação jurídica internacional, ou se é uma proibição absoluta, sobrepondo-se, inclusive, à promessa de reciprocidade e à possibilidade de entrega de pessoas para a execução de pena restritiva de liberdade pessoal, previstas no tratado de extradição, (decreto 863/93)²², portanto, uma “Impossibilidade de homologação de

BR&as_sdt=0%2C5&q=bechara+coopera%C3%A7%C3%A3o+internacional+tese+de+doutorado+&btnG=#d=gs_cit&t=1652625820395&u=2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3 AxPRXWgmD5dkJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D1%26hl%3Dpt-BR. Acesso em: 01.05.2022.

¹⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=bechara+coopera%C3%A7%C3%A3o+internacional+tese+de+doutorado+&btnG=#d=gs_cit&t=1652625820395&u=2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3 AxPRXWgmD5dkJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D1%26hl%3Dpt-BR. Acesso em: 01.05.2022.

¹⁸ BRASIL. Decreto 862, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado de Extradicação, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0863.htm. Acesso em: 23 abr.2022

¹⁹ PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. **Homologação de Sentenças Penais Estrangeiras no Direito Internacional Privado Brasileiro**. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UERJ. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1354/1142>. Acesso em: 23 abr.2022.

²⁰ BRASIL. Decreto 862, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado de Extradicação, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0863.htm. Acesso em: 23 abr.2022

²¹ MAGLIARELLI, Filipe Henrique Vergniano. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal e as medidas cautelares patrimoniais**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=MESTRADO+Filipe+Henrique+Vergniano+Magliarelli&btnG=. Acesso em: 15 de maio de 2022.

²² BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%C3%B3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

sentença penal entre os dois países”.

A legislação brasileira, já traz vedações unilaterais, quais sejam, o artigo 5º, LI, da Constituição (1988)²³, que não comporta exceções; o Código Penal (BRASIL 1940)²⁴, que veda a homologação da sentença estrangeira para o cumprimento, no Brasil, de pena privativa de liberdade, conforme disposto no seu artigo 9º, e que vem autorizar somente a homologação para constranger o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis, ou para cumprimento da medida de segurança (BRASIL, 1988)²⁵.

Existe entendimento, que a Lei de Migração (BRASIL, 2017)²⁶ poderia autorizar, definitivamente, a transferência de execução de pena, para os casos não abrangidos pelo acordo de extradição (Decreto nº 863/93)²⁷. Isso seria possível por meio do instituto chamado transferência de execução da pena (TEP), previsto nos artigos 100 a 102 da respectiva lei. Sendo assim, ao invés de cumprir a pena privativa de liberdade no estrangeiro, a sentença seria homologada no Brasil para que o condenado cumpra aqui a sanção penal a ele imposta. Desta forma, a naturalidade originária do cidadão não impediria à apresentação de eventual pedido pelo Estado italiano (PEREIRA, 2010, p. 8)²⁸.

Por outro lado, a legislação italiana, condiciona suas relações internacionais, em parâmetros estritamente constitucionais, protegendo o estrangeiro de cerceamento de suas liberdades individuais, expressas na constituição italiana, inclusive oferecendo asilo político.

Artigo 10: O ordenamento jurídico italiano adequa-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas. A condição jurídica do estrangeiro é regulamentada pela lei, em conformidade com as normas e os tratados internacionais. O estrangeiro, ao qual seja impedido no seu país o efetivo exercício das liberdades democráticas garantidas pela Constituição italiana, tem direito de asilo no território da República, segundo as condições estabelecidas pela lei. Não é admitida a extradição de estrangeiros por crimes políticos (ITALIA, 1948, p. 11)²⁹.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

²⁴ PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. **Homologação de Sentenças Penais Estrangeiras no Direito Internacional Privado Brasileiro**. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UERJ. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1354/1142>. Acesso em: 23 abr.2022.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

²⁶ BRASIL. Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de imigração. Diário Oficial da União, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 17 de maio de 2022.

²⁷ BRASIL. Decreto 863, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado de Extradição, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0863.htm. Acesso em: 23 abr.2022.

²⁸ PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. **Homologação de Sentenças Penais Estrangeiras no Direito Internacional Privado Brasileiro**. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UERJ. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1354/1142>. Acesso em: 23 abr.2022.

²⁹ ITALIA. COSTITUZIONE (1948). Costituzione della Repubblica Italiana di 22.12.1947, entrata in vigore al 1º.01.1948. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 24 de abril de 2022.

Para em seguida, determinar a vedação da extradição de seus nacionais, exceto, quando expressamente permitida por convenções internacionais. Inexistindo a extradição por crimes políticos. De acordo com o artigo 26 da Constituição Italiana (ITÁLIA, 1948)³⁰.

A extradição do cidadão somente pode ser permitida quando expressamente prevista pelas convenções internacionais. Em hipótese alguma pode ser admitida por crimes políticos. (ITALIA, 1948, p. 18).

Posto isto, pelo princípio da territorialidade, a sentença tem seus efeitos limitados espacialmente pelo território do Estado prolator, sendo que sua execução em Estado estrangeiro, princípio da extraterritorialidade, obedece a diversos critérios e princípios, cabendo no caso concreto a análise apurada de sua aplicação, o que em suma, nada tem a ver, com a homologação de sentença estrangeira, um mecanismo de cooperação jurídica, muito mais eficaz, e efetiva, no combate da criminalidade globalizada, que transcende às fronteiras dos Estados.

Sem contar os entraves dos ordenamentos jurídicos de Brasil e Itália, na determinação da competência originária, na aplicação de uma ou outra legislação, ocasionando o perigo da demora, no julgamento dos casos, a proliferação do fenômeno social do crime, com suas consequências, advindas da relativização do poder punitivo do Estado. O fenômeno da extraterritorialidade “vai ocorrer por aceitação da legislação desse Estado, por meio de lei, convenção ou reciprocidade” (DEL’OLMO, 2009, p. 69)³¹.

Contudo, nos ilícitos elencados numa das hipóteses previstas no art. 7º do Código Penal, deve ser atendido o pedido de cooperação jurídica internacional, tendo em vista o princípio da proteção. Nesse caso, segundo a legislação penal brasileira, o fato de haver processo ou até mesmo decisão transitada em julgado no exterior não impede a responsabilização do agente, sendo, portanto, exceção ao princípio do *ne bis in idem* (MAGLIARELLI, 2014, p. 116)³².

Após apurada análise, das referências ora existentes sobre o tema supracitado, constatou-se a verossimilhança entre Brasil e Itália, no que tange ao respeito aos tratados internacionais internalizados, como o Decreto 863 de 1993 (1993)³³ bem como são

³⁰ ITALIA. COSTITUZIONE (1948). Costituzione della Repubblica Italiana di 22.12.1947, entrata in vigore al 1º.01.1948. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 24 de abril de 2022.

³¹ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Curso de direito internacional privado. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

³² MAGLIARELLI, Filipe Henrique Vergniano. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal e as medidas cautelares patrimoniais**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=MESTRADO+Filipe+Henrique+Vergniano+Magliarelli&btnG=Acesso em: 15 de maio de 2022.

³³ BRASIL. Decreto 863, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado de Extradição, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0863.htm. Acesso em: 23 abr.2022.

signatários de acordos bilaterais de cooperação ou assistência em matéria penal, entre eles, o decreto n° 862, de 9 de julho de 1993 (BRASIL, 1993)³⁴, que versa sobre a Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Itália, buscando autorizar a força punitiva do Estado em relação ao cometimento de crimes, cujas sentenças penais definitivas, estipulem penalidades. Tais homologações dependem de processos próprios em cada estado. No Brasil, os trâmites são coordenados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (BECHARA, 2010, p.37)³⁵.

O sistema adotado pelo Brasil inspira-se no modelo do antigo “Codice Civile” italiano, no qual não se examina o mérito, mas tão-somente os requisitos formais da sentença. Este, na prática, é apenas verificado à luz do princípio da ordem pública, do respeito à soberania nacional, e, ainda, teoricamente também ao respeito aos bons costumes, por força do artigo 17 do Decreto Lei n° 4.657 de 04 de setembro de 1942 (BRASIL, 1942)³⁶.

Busca-se assim, pelos dois Estados, Brasil e Itália, a efetividade do cumprimento das sentenças estrangeiras, que estipulem sanção penal, por meio de instrumento da cooperação jurídica internacional, qual seja a “ Homologação judicial de sentença estrangeira” privilegiando-se assim em detrimento de outros conceitos, como a extraterritorialidade, a busca da consecução dos interesses recíprocos de seus povos, a sustação dos fenômenos da transnacionalização global dos crimes, bem como, evitar a impunidade e a extensão de seus braços criminosos sobre as nações brasileira e italiana, visando o seu crescimento econômico, social e político (MAGLIARELLI, 2014, p. 17)³⁷.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO, NO BRASIL, DE SENTENÇA ITALIANA QUE ESTABELEÇA PENA EM SENTIDO ESTRITO (PPL , PRD E MULTA)

Ao falar sobre repressão às condutas criminosas, a máxima que impera

³⁴ BRASIL. Decreto 862, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado de Extradicação, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0863.htm. Acesso em: 23 abr.2022.

³⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=bechara+cooperacao%20juridica%20internacional+tese+de+doutorado+&btnG=#d=gs_cit&t=1652625820395&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AaxprxwgmD5dkJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D1%26hl%3Dpt-BR. Acesso em: 01.05.2022.

³⁶ BRASIL. DECRETO-LEI N° 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 14 de maio de 2022.

³⁷ MAGLIARELLI, Filipe Henrique Vergniano. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal e as medidas cautelares patrimoniais**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=MESTRADO+Filipe+Henrique+Vergniano+Magliarelli&btnG=Acesso em: 15 de maio de 2022.

globalmente é a de que compete a cada Estado soberano idealizar a sua política criminal, pois gozam de soberania (MALUF, 2019)³⁸ e autonomia exprimida no seu poder de autodeterminação. Contudo, subsiste o imbróglio envolvendo a prática de crimes por um nacional em território estrangeiro.

Não há dúvidas de que cada país lida especialmente com suas patologias sociais, dentre elas, os delitos. Esse fato decorre da soberania inerente aos Estados (MALUF, 2019)³⁹. Quando as práticas delituosas começam a perpassar as fronteiras dos Estados, emerge uma espécie de arrepsia jurídica, quanto à melhor e mais eficaz maneira de lidar com a repressão à criminalidade internacional, seja pelo delito iniciado e consumado no território estrangeiro, ou, os crimes à distância, iniciados em território nacional, e consumado em território estrangeiro e vice-versa.

A fim de lidar com esses problemas, o Código Penal brasileiro (1940)⁴⁰, prevê a hipótese de processar e julgar um indivíduo pelo princípio da extraterritorialidade consagrado no Art. 7º, do referido diploma legal. Esta é a única solução positivada para reprimir crimes desse aspecto. Contudo, a extraterritorialidade mostra-se não tão eficaz no plano fático, sabendo que, é fato incontroverso a morosidade e onerosidade inerente a esse tipo de processo, resultando, na prática, na ineficácia do combate à criminalidade.

Ressalta-se que a extraterritorialidade é o único mecanismo que remedia os delitos internacionais, pois, o outro, seria a possibilidade de transferência da execução da pena por meio da homologação de sentença penal estrangeira no Brasil. Contudo, o Código Penal (1940)⁴¹, em seu Art. 9º, I, II, somente autoriza a homologação de sentença penal condenatória estrangeira no Brasil, se for, primeiro, na hipótese do inciso I, para a reparação civil do dano, ou na hipótese do inciso II, para sujeitar o condenado a medida de segurança.

É imprescindível que para que se compreenda a impossibilidade dada pelo inciso II, se compreenda também a sistemática das penas do direito penal brasileiro. O

³⁸ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. São Paulo; Editora Saraiva, 2019. 9788553610020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610020/>. Acesso em: 17 mai. 2022.

³⁹ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. São Paulo; Editora Saraiva, 2019. 9788553610020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610020/>. Acesso em: 17 mai. 2022.

⁴⁰ BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%3CB3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁴¹ BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%3CB3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

legislador ao consagrar o princípio da legalidade no Art. 1º, do Código Penal (1940)⁴² foi atécnico, ao dispor que não haverá “crime” sem lei prévia que o defina, e nem “pena” sem uma cominação anterior. Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha (2020)⁴³, deflagra tal atecnia, aduzindo que a redação legal do dispositivo, deveria, na verdade, ser com “infração penal” no lugar de “crime”, e, de igual modo, “sanção penal” no lugar de “pena”.

Isso se dá pelo fato de que infração penal e sanção penal são gêneros (CUNHA, 2020)⁴⁴. A infração penal compreende as contravenções penais, e, os crimes propriamente ditos. Na mesma corrente, a sanção penal desdobra-se como gênero na espécie pena (strictu senso) e medida de segurança. Desse modo, medida de segurança é uma espécie de sanção penal, excluindo-se, portanto, da hipótese do inciso II do Art. 9º (BRASIL, 1940)⁴⁵, as penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito, e a multa.

O resultado prático disso, é que é impossível na conjuntura legislativa atual, a homologação de sentença penal estrangeira que estabeleça as penas retromencionadas, sendo possível, portanto, somente a homologação, e, conseqüentemente, a execução de medida de segurança estabelecida ao fim do processo tramitado em órgão julgador alienígena.

A competência para homologar uma sentença estrangeira no Brasil, conforme estabelecido pela Constituição da República (1988)⁴⁶ em seu Art. 105, I, “i”, é do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A homologação traduz-se em ato no qual o STJ analisa o disposto na sentença estrangeira, momento em que observa se naquela decisão há algum dispositivo que afronta os princípios da ordem pública, ou, diretamente a soberania do país (MAZZUOLLI, 2021)⁴⁷.

Trata-se, portanto, de uma espécie de filtro, feito pelo Estado brasileiro, que denuncia qualquer disposição da sentença que afronte a ordem jurídica nacional.

No que tange a transferência da execução da pena, a Lei Nº 13.445/2013 (BRASIL, 2013), disciplina o procedimento a partir de seu Art. 100. Nesse momento,

⁴² BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%3%B3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁴³ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 8ª edição. Imprenta: Salvador, JusPODIVM, 2020.

⁴⁴ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 8ª edição. Imprenta: Salvador, JusPODIVM, 2020.

⁴⁵ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%3%B3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de O. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro -RJ: Grupo GEN, 2021.

importa ressaltar o parágrafo único desse dispositivo, que, aponta de maneira clara e incisiva, a observância obrigatória das regulamentações postas pelo Código Penal (1940)⁴⁸. Isso significa, que, o título da seção II do Capítulo VIII da Lei, também sofre uma atecnia, pois, a redação do título é: ‘‘a transferência da execução da pena’’.

Já fora visto, que a pena em sentido estrito não pode ser homologada, não por proibição legal, mas por falta de regulamentação expressa. Depreende-se que o legislador, não incorreu em omissão, mas, na verdade, não quis autorizar o que se discute nessa perquirição. Portanto, os dispositivos da lei de imigração (2017)⁴⁹ que apontam a possibilidade de transferência da execução da ‘‘pena’’, está regulamentando, na verdade, a transferência da execução de medida de segurança.

A impossibilidade de transferência de pena em sentido estrito, trazida pelo Código Penal (1940)⁵⁰, provoca diversas agruras à persecução penal, e, conseqüentemente, à contenção das práticas delitivas. Nesse cenário, só restará o processamento pela extraterritorialidade. Nesse tipo de processo, o esforço do estado para concatenar uma forma de elucidar os fatos em territórios estrangeiros, é de imensurável dificuldade. Os cumprimentos de mandados, notificações, intimações e diligências teriam de ser realizados por cartas rogatórias, e dependeria não só da vontade do outro Estado em cumpri-las, mas também de seu poder político.

Essa perquirição tem por foco a possibilidade de homologação de sentença penal advinda da República Italiana. Esse enfoque se dá pelos estreitos laços jurídicos e econômicos existentes entre ambos os países, desde o século XIX (GOMES E CORDEIRO, 2021)⁵¹. Não obstante, o julgamento do crime de estupro praticado pelo brasileiro Robson de Souza, conhecido pelo grande público como Robinho, põe em voga o objeto desta pesquisa.

O Robinho, ex-jogador, fora julgado e condenado em todas as instâncias da jurisdição italiana pelo crime de estupro. O acórdão da suprema corte italiana manteve a condenação de nove anos de pena privativa de liberdade, e multa de sessenta mil euros

⁴⁸ BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%3%B3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁴⁹ BRASIL. Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de imigração. Diário Oficial da União, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 17 de maio de 2022.

⁵⁰ BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%3%B3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁵¹ GOMES, Arthur Lunardi; CORDEIRO, Douglas Farias. ANÁLISE EXPLORATÓRIA DO COMÉRCIO DE EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO BRASIL-ITÁLIA. Revista Eletrônica de Sistemas de Informação e Gestão Tecnológica, v. 11, n. 2, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unifacef.com.br/index.php/resiget/article/view/2035>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

ao ex-jogador. Contudo, o ex-atleta exilou-se no Brasil. Nesse caso, o Brasil, como já visto, em consonância com a Constituição da República (1988)⁵² não extradita brasileiro nato, e nem permite a homologação de sentença penal italiana que estabeleça pena em sentido estrito, sendo na situação do ex-jogador, pena privativa de liberdade (PPL), e a Multa.

O resultado prático disso é: O Brasil não extradita brasileiro para a Itália, e nem a Itália extradita italiano para o Brasil, com base no acordo bilateral de cooperação ou assistência em matéria penal N.º 862 de 1993, Art. 1º, 3 (BRASIL, 1993)⁵³. Portanto, a relação que se forma entre os dois países, é desleal, deslegitimando até mesmo o tratado entre as nações. Além disso, a mensagem que fica para república italiana, e para as demais nações, é de que o brasileiro pode praticar delitos no exterior e refugiar-se no Brasil e vice-versa.

Por isso que se torna tão imperiosa e necessária, a regulamentação da homologação de sentença penal italiana pelo Brasil, que estabeleça penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e multa. Fato é que a República brasileira já reconheceu essa necessidade ao convencionar com os países baixos o tratado internacional firmado em Haia no ano de 2009, promulgado pelo Decreto N.º 7.906 de 4 de fevereiro de 2013 (BRASIL, 2013)⁵⁴.

Por meio desse tratado internacional, a República federativa do Brasil possibilita a transferência da execução da pena em sentido estrito, para crimes praticados por brasileiros no território dos Países Baixos. A necessidade, portanto, já é reconhecida.

Contudo lidar com isso por meio de tratados celebrados entre países singulares, é uma maneira não muito econômica e também não muito prática. Não há razão para que no próprio ordenamento jurídico brasileiro, se faça regulamentar a hipótese de homologação para os demais países soberanos.

A grande questão, seria, portanto, na certificação das sentenças, isto é, na homologação propriamente dita. Nesse momento, o Superior Tribunal de Justiça, analisaria, os princípios de ordem pública que são indisponíveis à República, por

⁵² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

⁵³ BRASIL. Decreto 863, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado de Extradicação, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0863.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.

⁵⁴ BRASIL. Decreto 7.906, de 4 de fevereiro de 2013. Promulga o Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas e Execução de Penas Impostas por Julgamentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos, firmado em Haia, em 23 de janeiro de 2009.

exemplo, o *quantum* da pena aplicada. O Artigo 75 do Código Penal (1940)⁵⁵, dispõe sobre o limite das penas. Após a Lei N.º 13.964/2019 (BRASIL, 2020)⁵⁶, o pacote anticrime, o limite máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil passou a ser quarenta anos. Essa é uma norma de ordem pública, que não aceitaria disposição diversa constante em sentença estrangeira.

Assim sendo, se uma sentença ou acórdão que estabeleça pena em sentido estrito, com o “*quantum*” superior ao máximo legal estabelecido pelo Código Penal (1940)⁵⁷, esta seria uma questão sanável, pois a pena estrangeira seria reduzida ao “*quantum*” máximo permitido pela legislação brasileira. De outro lado, se a questão for de ordem insanável, a homologação não deve ocorrer, sob pena de ofensa à soberania do país, e as normas e princípios de ordem pública. Um exemplo de disposição intratável, seria uma eventual disposição de pena de morte em sentença estrangeira. Ora, sabe-se que a Constituição (1988)⁵⁸, por meio de seu Art. 5º, XLVII, só permite pena de morte em caso de guerra declarada.

Sendo assim, uma eventual sentença que estabeleça esse tipo pena, feriria a norma fundamental do país, isto é, a Lei Maior (BRASIL, 1988)⁵⁹, que estrutura, organiza, confere direitos e garantias aos cidadãos. Desse modo, a homologação de sentença penal italiana que estabeleça pena, é viável, e, até mesmo, imprescindível, a fim de que se reprima com eficácia a prática delitativa internacional. Se as normas fundamentais, e àquelas tidas como de ordem pública forem observadas, e não houver afronta à soberania do país, a possibilidade de homologação desse tipo de sentença provocará um grande avanço à repressão delitativa, cooperação jurídica entre os países, e o fortalecimento dos laços diplomáticos.

⁵⁵ BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%C3%B3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁵⁶ BRASIL. LEI N.º 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 15 de maio de 2022

⁵⁷ BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%C3%B3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa produção científica teve por objetivo apresentar a fragilidade da falta de regulamentação para homologar pena em sentido estrito, como instrumento de cooperação jurídica entre Brasil e Itália.

Foi possível notar que, até o momento não se pode extraditar brasileiro nato para cumprimento de pena no exterior, e isso não vai mudar, pois é uma cláusula pétreia conforme o artigo 60, §4º, IV da Constituição (BRASIL, 1988)⁶⁰, e nem homologar pena para ser cumprida no Brasil. É nesse sentido que pode-se verificar o maior desafio para a sociedade jurídica.

Pôde-se analisar também que, a República italiana por meio de sua Constituição não extradita italiano nato, com exceção da existência de pactos internacionais que autorizem tal ato. O Brasil, entretanto, não faz ressalvas em sua cláusula constitucional. Ora, se há possibilidade mediante tratado pelo lado da Itália, e não há pelo lado do Brasil, há então uma relação jurídica desigual entre as nações.

Já foi reconhecida a necessidade desse instrumento pelo Brasil, uma vez que, existe o Decreto 7.906, de 4 de fevereiro de 2013 que regula que, em alguns casos, a possibilidade da transferência da execução da pena dos Países Baixos para o Brasil, por meio da homologação da sentença exarada naquele país.

Sendo assim, é imprescindível a regulamentação pelo ordenamento jurídico brasileiro, a homologação de sentença estrangeira que estabeleça pena em sentido estrito, como forma de combate a criminalidade internacional de maneira energética porque na conjuntura atual, os que cometem crimes fora do país utilizam de sua imunidade de extradição como forma de ficarem impunes.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=bechara+coopera%C3%A7%C3%A3o+internacional+tese+doutorado+&btnG=#d=gs_cit&t=1652625820395&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AxPRXWgmD5dkJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D1%26hl%3Dpt-BR. Acesso em: 01.05.2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 23 mar. 2022.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%20LEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%C3%B3digo%20Penal. Acesso em: 15 de maio de 2022.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 14 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto 863, de 9 de julho de 1993. **Promulga o Tratado de Extradicação**, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0863.htm. Acesso em: 23 abr.2022.

BRASIL. Decreto 7.906, de 4 de fevereiro de 2013. **Promulga o Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas e Execução de Penas Impostas por Julgamentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos**, firmado em Haia, em 23 de janeiro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7906.htm. Acesso em: 21 abr.2022.

BRASIL. Decreto 862, de 9 de julho de 1993. **Promulga o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana**, de 17/10/1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0862.htm Acesso em: 23 abr.2022

BRASIL. Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de imigração**. Diário Oficial da união, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 17 de maio de 2022.

BRASIL. LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. **Aperfeiçoa a legislação**

penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 15 de maio de 2022

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em: 23 abr. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). 8ª edição. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2020.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Privado**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José et al. Cooperação jurídica internacional em matéria criminal: autoridades centrais, das rogatórias ao auxílio direto. **Revista de Estudos Criminais**, v. 10, n. 46, p. 97-116, 2012. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=COOPERA%C3%87%C3%83O+JUR%C3%8DDICA+INTERNACIONAL+EM+MAT%C3%89RIA+CRIMINAL+laura+santos++&btnG=#d=gs_cit&t=1652638679725&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3Amp7znUmJYBIJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D0%26hl%3Dpt-BR. Acesso em 29 de abril de 2022.

GOMES, Arthur Lunardi; CORDEIRO, Douglas Farias. ANÁLISE EXPLORATÓRIA DO COMÉRCIO DE EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO BRASIL-ITÁLIA. **Revista Eletrônica de Sistemas de Informação e Gestão Tecnológica**, v. 11, n. 2, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unifacef.com.br/index.php/resiget/article/view/2035>. Acesso em: 15 de maio de 2022

ITALIA. COSTITUZIONE (1948). Costituzione della Repubblica Italiana di 22.12.1947, entrata in vigore al 1º.01.1948. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 24 de abril de 2022.

MAGLIARELLI, Filipe Henrique Vergniano. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal e as medidas cautelares patrimoniais**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt->. Acesso em: 15 de maio de 2022.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo; Editora Saraiva, 2019. 9788553610020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610020/>. Acesso em: 17 mai. 2022.

MAZZUOLI, Valerio de O. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro - RJ: Grupo GEN, 2021.

MUZZI, Tácio. **Os mecanismos de cooperação jurídica internacional na nova lei de migração**. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n30>.

Acesso em: 15.05.2022.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **SÉRIE IDP - CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555593952. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 30 mar. 2022

PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. **Homologação de Sentenças Penais Estrangeiras no Direito Internacional Privado Brasileiro**. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UERJ. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1354/1142>. Acesso em: 23 abr.2022.

ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS ACERCA DOS CONTRATOS *BUILT TO SUIT* NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA LEI 8.666/1993 E SUA REVOGAÇÃO PELA LEI 14.133/2021

Gedson Alves da Silva¹

Resumo É objetivo central da pesquisa o de analisar o contexto dos contratos de locação de imóveis, onde a administração pública figura como locatária, sob a perspectiva da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021), notadamente quanto à obrigatoriedade de licitação para esse tipo de contrato, atualmente abarcado pela hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, X da Lei 8666/93, cujo recorte metodológico dá-se sobre os contratos do tipo *built to suit* (BTS) e, secundariamente, pretende-se analisar a aplicação dos contratos BTS como instrumento jurídico de aperfeiçoamento da governança da administração pública e a consequente mitigação de eventuais falhas formais/materiais que podem ocorrer na instrução desses processos. Como metodologia as hipóteses serão submetidas à dialética hegeliana associada ao método hipotético-dedutivo, ao prisma das constatações: embora não haja previsão expressa na nova Lei de Licitações, o contrato BTS não ofende o princípio da legalidade estrita; a dinâmica normativa híbrida dos contratos de locação autoriza a celebração dos contratos BTS pelo ente público; independente da hipótese de contratação direta, se dispensa (Lei 8.666/93) ou inexigibilidade (14.133/2021) a regra permanece sendo a licitação, ainda que por meio de chamamento público para prospecção de mercado. Conclui-se, portanto, que a vigência desses contratos rege-se pelo art. 51/8.245/1991, não estando sujeita ao limite máximo de sessenta meses, estipulado pelo inc. II do art. 57/8.666/93, sendo o valor máximo pago a título de locação, em regra, de 1% sobre o valor do imóvel, se o método de avaliação for o CUB/m² (Custo Unitário Básico), recomendável por ser o indicador dos custos do setor da Construção Civil, no Brasil.

Palavras-Chave: *Built to Suit*. Contratos de Locação. Administração Pública. Nova Lei de Licitações e Contratos.

Abstract: The main objective of this research is to analyze the context of real estate leasing contracts addressed to government agencies, from the perspective of the New Public Procurement and Contracts Act (14.133/2021 Act), especially regarding the obligation to bid for this type of contract, currently covered by the exception to bidding provided in art. 24, X of 8666/93 Act, with a methodological focus on built-to-suit (BTS) contracts. Secondly, the aim is to analyze the application of BTS contracts as a legal instrument for improving governance and reducing formal/Substantive defect that may occur in the formation of these processes. Methodologically, the hypotheses will be subjected to Hegelian dialectics linked to the hypothetical-deductive method. The research concludes that: although there is no express provision in the new Procurement Act, the BTS contract does not violate the principle of strict legality; the hybrid normative dynamics of leasing contracts authorize the public entity to enter into BTS contracts; regardless of the direct contracting hypothesis, whether dispensing (8.666/93 Act) or unenforceability (14.133/2021 Act), the rule remains bidding, even by public call for market prospecting. Regarding the contractual term, the validity will be governed by art. 51/8.245/1991 Act, not subject to the maximum limit of sixty months, stipulated by article 57, II of 8666/93 Act, and the maximum rent payable is 1% of the property price, If the evaluation method was the CUB/m² (Basic Unit Cost per square meter), recommended this indicator of costs in the Construction sector in Brazil.

Key-words: Built-to-Suit. Lease contracts. Government. New Procurement and Contracts Act.

INTRODUÇÃO

¹ Advogado. Sócio do Escritório Sonsim, Santolin e Alves Advogados Associados. Técnico Legislativo Sênior. Poder Legislativo. Município de Marataízes. Servidor de Carreira. Especialista em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário – PUC-RS (2023). Especializando em Direito Médico e Bioética – EBRADI. Pós Graduação breve em Responsabilidade Médica – Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT (2023). Possui Certificação em Direito Digital e Legal Tech/PUCRS (2022). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim-ES. Licenciado em Ciências Biológicas pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Alegre (2007). Email: gedson.as@gmail.com

Entrará em vigor, definitivamente, em abril de 2024, a Lei Federal nº 14.133/21, que institui o novo regime geral de licitações e contratos administrativos².

A nova lei de licitações e contratos (artigo 193, II da Lei 14.133/2021), além da revogação integral da Lei 8.666/93 revoga os artigos de 1º a 47-A da Lei Federal nº 12.462/11, que institui o Regime Diferenciado de Contratações.

Nesse mister, o artigo 47-A da Lei 12.462/2011 permite que a Administração Pública (AP) firme contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, com ou sem reversão do patrimônio, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela Administração, isto é, trata-se de autorização expressa que permite a celebração de contratos do tipo *built to suit* (BTS) pela AP que, a partir de abril de 2024, não poderá ser aplicada.

Ademais, destaca-se ausência de reprodução do texto do art. 47-A do RDC na Nova Lei de Licitações.

Por essa razão, questiona-se se poderá a Administração Pública valer-se dos contratos tipo *built to suit* (BTS) para locação de bens imóveis e quais os impactos diretos esse fato determinará à Administração, até porque, as locações de bens imóveis deixarão ser possíveis via dispensa de licitação, fazendo-se, em regra, a partir do novo regime, materializadas via licitação.

O objetivo deste trabalho é analisar o contexto dos contratos de locação de imóveis pela Administração Pública com o advento da nova de LLC em abril de 2024, notadamente quanto à obrigatoriedade de licitação para esse tipo de contrato, atualmente abarcado pela hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, X da Lei 8.666/93, analisando, de forma mais específica os contratos do tipo *built to suit*.

Como objetivo secundário pretende-se analisar a aplicação dos contratos BTS como instrumento jurídico de aperfeiçoamento da governança da Administração Pública e a consequente mitigação de eventuais falhas formais/materiais que podem ocorrer na instrução desses processos.

Nessas perspectivas a pesquisa considerará a mudança de paradigma normativo de escolha do imóvel com a NLLC, extinguindo a hipótese de dispensa e trazendo a possibilidade de inexigibilidade de licitação, incluindo-se no escopo da pesquisa a

² BRASIL. Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023 que Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

metodologia de aferição do valor máximo a ser pago nesse tipo contrato e o prazo de vigência, tendo em vista que, por se tratar de amortização de investimento de longo prazo, a atual legislação oferece óbice à renovação prolongada (superior a sessenta meses) nos contratos de locação.

O trabalho que se apresenta, submetido à dialética hegeliana, cujas informações elementares estarão adstritas ao método hipotético-dedutivo³, tende a revelar: I) Muito embora não haja previsão expressa na nova Lei de Licitações, não ofende o princípio da legalidade estrita (art. 37, caput/CF/1988) a contratação sob medida de imóveis onde figura como locatária a Administração Pública; II) a dinâmica normativa híbrida (direito administrativo e direito privado dos contratos de locação) autoriza a celebração dos contratos BTS entre particulares e o ente público; III) ainda que caracterizada hipótese de dispensa (Lei 8.666/93) ou inexigibilidade (14.133/2021) a regra permanece sendo a licitação, ainda que por meio de chamamento público para prospecção de mercado.

Dados secundários (coletados e apurados pela fonte), extraídos de estudos de custos administrativos, serão analisados e tratados para, a *posteriori*, reputadas as hipóteses como verdadeiras, submeter o resultado a análises de eficácia e validade em alternativa aos modelos de contrato de locação de imóveis já construídos.

1. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

A primeira e sintética análise a ser feita é com relação aos contratos de locação no âmbito da Administração Pública.

Partindo-se da premissa de aplicação subsidiária do direito privado nos contratos de locação em que figura como locatária a AP, o texto do Código Civil, muito embora não regulamente a matéria, confere regra geral sobre o tema e aduz que após o termo final, se o locatário manter-se na posse direta do bem sem resistência do locador, a renovação será tácita e por tempo indeterminado, nas mesmas condições avençadas⁴.

Por outro lado, a Lei do Inquilinato, sobre prazo e renovação, determina que o direito a renovação tem prazo decadencial mínimo de seis meses e máximo de um ano, antes do vencimento do contrato vigente para propositura de ação renovatória, em face

³ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴ BRASIL. Código Civil. Lei 10.046 de 10 de janeiro de 2002. Art. 574. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado.

de um ou de outro⁵ e, não sendo o contrato renovado, poderá o locador requerer em juízo, por meio de ação de despejo, a desocupação do imóvel⁶.

Nessa antinomia, o direito brasileiro oferece como solução a aplica-se do princípio da especialidade⁷ (*lex specialis derogat legi generali*)⁸, prevalecendo a Lei do Inquilinato.

Essa regra, considerando a natureza híbrida do contrato de locação onde o particular é o locador e a Administração Pública a destinatária do imóvel locado, aplicam-se o art. 61, caput, e parágrafo único, e art. 62, todos da Lei 8.666/1993, pois não se admite contrato verbal sendo, portanto, instrumento obrigatório para o ente público contratante.

De mais a mais a Administração Pública, em função da supremacia do interesse público sobre o particular⁹, com prerrogativa constitucional para intervir sobre a propriedade privada^{10:11}, poderá permanecer no imóvel (art. 58, V/8.666/93), indenizando o proprietário, até que haja solução para o caso, na hipótese de atraso na tramitação do processo de renovação do contrato, nos casos em que o proprietário dê azo, de alguma forma, ao vencimento indesejado do contrato, culminando com a impossibilidade de renovação, ou qualquer outro fato relevante que tenha, ao mesmo tempo, obstado a sua renovação e a procura em tempo hábil por outro imóvel que sirva a mesma finalidade daqueles serviços prestados diretamente pela AP à população.

⁵ BRASIL. Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Art. 51. [...] § 5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

⁶ Art. 74. Não sendo renovada a locação, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, que conterà o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária, se houver pedido na contestação.

⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [...] Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. [...] § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

⁸ 4. [...] O princípio da especialidade constitui critério para a superação de antinomias aparentes, e a incompatibilidade normativa soluciona-se pela aplicação do comando que contém elementos especializantes, subtraindo do espectro normativo da norma geral a aplicação em virtude de determinadas características especiais. O conflito entre os critérios cronológico e de especialidade resolve-se priorizando a regulamentação particular. BRASIL. STJ. REsp n. 2.028.232/RJ. Q. Turma. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Jul. em 11/10/2022. DJe. de 17/10/2022.

⁹ “O princípio da supremacia determina privilégios jurídicos e um patamar de superioridade do interesse público sobre o particular. Em razão desse interesse público, a Administração terá posição privilegiada em face dos administrados, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares” MARINELA, Fernanda, Direito Administrativo. 8 ed. Impetus: Niterói, 2014, p.27.

“O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p.59.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

¹¹ 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. Art. 3º [...] VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;

Ainda que haja a aplicação subsidiária das regras de direito privado nos contratos de interesse da pesquisa, é defeso ao gestor a ausência de cláusulas exorbitantes¹², repetidas na NLLC:

São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado¹³.

Sem embargo, o art. 104, V, “b” da Lei 14.133/2021, traz explicitamente a possibilidade de permanência no imóvel, ao fundamento de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

Todavia, havendo motivos de força maior ou casos fortuitos que tenham impedido a renovação tempestiva dos contratos (sem culpa do locador), basta a instrução de novo processo de contratação, podendo-se aproveitar, inclusive, os atos praticados no processo inicial (Estudo Técnico Preliminar, Termo de Referência e etc.), com previsão autorizativa pelo art. 15 c/c artigos 277, 282, § 1º e art. 283 todos do CPC/2015, bem como art. 22 da Lei 9.784/99, sendo desnecessário proceder a novo chamamento público, se mantidas as condições do contrato anterior.

Ao referir-se sobre as normas em vigência o art. 191/14.133/2021 veda, peremptoriamente, a combinação de artigos da lei anterior (Lei 8.666/93) com a nova lei, em um mesmo processo, podendo a AP optar pela aplicação de uma das normas, observando-se a indicação expressa no edital, no aviso ou instrumento de contratação direta. Porém, com o advento da Medida Provisória nº 1167, de 31/03/2023, essa regra de transição perdeu força aplicabilidade prática.

2. OS CONTRATOS BUILT TO SUIT NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹² Lei 8.666/93: Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

Lei 14.133/2021. Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei; III - fiscalizar sua execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

¹³ Pietro, Maria Sylvia Zanella Di Direito administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 354.

A rotina da administração autoriza a deduzir que a escolha de um imóvel, seja para locação ou expropriação, é deveras complexa por diversos motivos, dentre os quais a doutrina destaca: a) falta de padronização do objeto; b) exigências objetivas de necessidades que condicionam a escolha do imóvel (localização, distância entre órgãos, sistema de refrigeração e tecnologia da informação, estacionamento; e por último, c) a oferta de mais de um imóvel interessado em contratar, todos preenchendo as exigências mínimas apresentadas pela Administração¹⁴.

Além desses motivos o que justificaria a adoção pelo contrato do tipo BTS, segundo a doutrina, seria:

- i) a inexistência ou contingenciamento de dotação orçamentária para aquisição por compra ou desapropriação de bens imóveis;
- ii) os altos custos de reformas realizadas em imóveis alugados pela administração pública que não são revertidos ao patrimônio público;
- iii) falta de imóveis que atendam às necessidades específicas dos entes públicos, visando a uma melhor prestação de serviços públicos¹⁵.

A práxis ainda impõe que, em municípios de pequeno e médio portes (76,9% dos municípios brasileiros)¹⁶, reste inviável a competição entre licitantes em oferta de imóvel à Administração local, que pode dar-se pela incompatibilidade de imóveis disponíveis com as necessidades da Administração, falta de interesse de proprietários e até ausência de aptidão jurídico-fiscal dos locadores e/ou do próprio imóvel.

Lado outro, para a União e Estados, bem como as Autarquias desses entes, essa realidade pode encontrar obstáculos no espectro oposto do recorte da pesquisa, pois, considerando a amplitude do campo de atuação haverá maior competição e, raras vezes, a oferta de um único imóvel que atenda às necessidades da Administração, pois pela lógica e obviedade, haveria maior pluralidade de imóveis que preenchessem os requisitos definidos pelo Poder Público em cidades e centros urbanos de grande porte.

O que mais se observa em imóveis locados pelas vias convencionais do chamamento, no caso de imóveis já prontos ou semi-prontos, são adaptações que além de

¹⁴ HERBSTER, Luís Gustavo Montezuma. Compra/locação de imóvel de terceiro pela Administração: Diferenciação material das hipóteses de inexigibilidade (art. 25) e dispensa (art. 24, X): Interpretação e aplicação do art. 24, X da Lei 8.666/93. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3638, 17 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24735>. Acesso em: 4 dez. 2022.

¹⁵ NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. O Built To Suit e a Administração Pública. *Revista Jurídica Cesumar* maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 349-374. DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n2p349-374>. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4653>. Acesso em 05 dez. 2022.

¹⁶ Municípios de pequeno porte (com menos de 25 mil habitantes), médio porte (com 25 a 100 mil habitantes) e grande porte (municípios com mais de 100 mil hab.). BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Contagem da população. Disponível em: <https://ces.ibge.gov.br/apresentacao/portarias/200-comite-de-estatisticas-sociais/base-de-dados/1147-contagem-da-populacao.html>. Acesso em 04 dez. 2022.

onerar o Poder Público, podem não oferecer solução totalmente compatível com a demanda do serviço.

Do ponto de vista econômico o custo administrativo médio dos processos de compra, publicado em recente pesquisa, é de R\$ 27.448,31¹⁷ demonstrando que, ao se considerar o custo médio do m² para locação comercial em uma capital como Curitiba, por exemplo, que é de R\$ 25,84¹⁸, e considerando ainda a locação de um imóvel de 200m², ao custo anual de R\$ R\$ 62.016, conclui-se que, o custo do processo administrativo licitatório, por si só, corresponderia a 44,16% do valor da locação anual, nesses parâmetros.

Tem-se em campo e a partida que um processo administrativo licitatório, em regra, poderia inviabilizar sua realização ou onerar, desarrazoadamente, o Poder Público, não sendo, por outro lado, dado ao gestor burlar o regime jurídico administrativo sob essa justificativa.

A locação de bens imóveis na forma dos BTS tem fundamento híbrido (Direito Administrativo com a utilização de normas do Direito Privado - artigo 54-A da Lei Federal nº 8.245/91, a Lei do Inquilinato).

Veja-se que a aplicação supletiva do artigo 54-A da Lei Inquilinato está em consonância com o artigo 89 da Lei nº 14.133/21:

Artigo 89: Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Em complemento, entendeu o Tribunal de Contas da União que nos contratos BTS a Administração Pública deve observar, notadamente os riscos desse modelo:

[...]

- c) "riscos relacionados à aplicação do modelo *built to suit*, a saber: riscos relacionados à falta de regulamentação do modelo, como por exemplo, a interpretação da extensão do percentual limitador do valor aluguel e a definição das regras de atualização contratual; ausência de instrumento orçamentário para aprovação do investimento e possíveis impactos nas regras fiscais; falta de requisitos mínimos para utilização do Fundo Garantidor de Infraestrutura como cobertura da operação BTS" (Achado 3.3 - F/I); e
- d) "riscos identificados na minuta do edital que podem prejudicar a competitividade do certame, a saber: conflito de interesses no modelo de contratação da FGV para prestação de serviço de assessoria técnica e adoção de critérios inadequados de habilitação e julgamento" (Achado 3.4 - F/I)¹⁹.

¹⁷ MOTTA, Carlos Vinícius de Souza. Identificação dos custos administrativos dos processos de compras da Empresa Brasileira De Serviços Hospitalares – EBSERH. ENAP. Brasília, Abril de 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5133/1/Carlos%20Vinicius%20de%20Souza%20Motta.pdf>. Acesso em 04 dez. 2022.

¹⁸ FIPE/ZAP. Índice FIPE/ZAP. Informativo. Fevereiro de 2021. Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/indices/fipezap/fipezap-202102-comercial.pdf>. Acesso em 04 dez. 2022.

¹⁹ TCU. Plenário. Acórdão 1928/2021. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julg. 11/08/2021.

Com a revogação expressa da Lei Federal nº 12.462/11 (RDC) entende a doutrina que haveria espaço no novo regime geral de licitações e contratos para os contratos de aluguel BTS, tendo em vista que é possível extrair da literalidade do art. 51 da Lei 14.133/2021 os fundamentos para sua celebração:

[...] a possibilidade de celebração dos contratos BTS pelo poder público é extraída do regramento criado pelo artigo 51 da Lei Federal nº 14.133/21. Estabelece o dispositivo que, salvo na hipótese de dispensa (artigo 74, V), a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários²⁰.

O *built to suit* é contrato bilateral oneroso e determina a uma das partes a construir (ou reformar, adaptar) um imóvel de sua propriedade, conforme requisitos estabelecidos pela locatária que irá utilizar do bem mediante remuneração periódica com vistas a amortizar o investimento inicial. Trata-se, todavia, de um contrato de duração prolongada e de trato sucessivo, cujas obrigações devem constar do contrato, conforme o caso concreto.

3. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO SOB MEDIDA

Discute-se, ainda, o processo de contratação, se direta por dispensa (art. 24, X/8.666/93 ou inexigibilidade (art. 74, V/14.133/2021) e, de forma mais restrita, precedida de licitação visando ampla divulgação e concorrência, cujo comando é expresso pelo art. 51 da NLLC.

A regra do sistema de compras públicas na legislação em *vacatio legis* é a licitação, mantendo a axiomática da Lei 8.666/93.

As demais hipóteses para compras diretas são exceções adstritas a condições singulares e específicas tais como valor (art. 75, inc. I e II/14.133/2021), resultado frustrado da licitação, isto é, se deserta ou fracassada (art. 75, inc. III/14.133/2021), pela natureza do objeto (art. 75, inc. IV, alíneas de “a” a “m”/14.133/2021) ou inviabilidade de competição (art. 74, inc. de I a III/14.133/2021).

Quando a Lei prevê hipóteses de contratação direta (dispensa e inexigibilidade) é porque admite que nem sempre a realização do certame levará à melhor contratação pela Administração ou que, pelo menos, a sujeição do negócio ao

²⁰ SOLIANO, Vitor. O built to suit na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Revista **CONJUR**. 25 de setembro de 2021. Disponível em: [Revista Ibérica do Direito | ISSN 2184-7487
Vol. 4 | Número 2 | Ago/Dez | 2023](https://www.conjur.com.br/2021-set-25/vitor-soliano-built-to-suit-lei-licitacoes#:~:text=Pela%20regra%20atual%2C%20o%20valor,do%20Regime%20Diferenciado%20de%20Contrata%C3%A7%C3%B5es. Acesso em 14 dez. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

procedimento formal e burocrático previsto pelo estatuto não serve ao eficaz atendimento do interesse público naquela hipótese específica.²¹

Em sede de pesquisa cujo recorte determina o espectro do campo de visão, não se vislumbram destaques em comparação à atual LLC. Ao lume do objeto de pesquisa, locação de imóvel, a partir de abril de 2023, passa ser precedida de licitação podendo, no que couber, ser inexigível. Na prática não se trata de inexigibilidade ou dispensa puras. As locações não abandonam a natureza jurídica de compras diretas, todavia, é assente nos Tribunais de Contas que o chamamento público para locações é fortemente recomendado.

Os processos de locação de imóveis de iniciativa do Poder Público devem observar os procedimentos legais, como os destacados no Parecer/Consulta TC-001/2017 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES):

1. deve ser precedida de licitação, admitindo-se, no entanto, a contratação direta se preenchidos os requisitos previstos no art. 24, X, da Lei 8.666/1993; [...]
3. faz-se necessária a caracterização da efetiva necessidade do novo imóvel, evidenciando-se que o imóvel até então em uso não atende mais ao interesse público e de que não comporta readequação e ainda, que não existem outros imóveis disponíveis no âmbito da Administração que atendam às necessidades da atividade a ser desenvolvida;
4. a fundamentação da decisão pela locação sob medida deve, forçosamente, embasar-se em estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios que justifiquem tal opção contratual, com a demonstração de que a solução é mais vantajosa comparada às alternativas. [...]

É sempre recomendável a observância do Acórdão 1.479/2019 do Plenário do Tribunal de Contas da União: “Admite-se a utilização de chamamento público previamente à realização de locação de imóveis”.

O Tribunal de Contas da União (TCU), nos autos do TC 041.024/2018-4, assim se manifestou:

- [...]
95. O chamamento público é um mecanismo para prospecção de mercado, cujo intuito é identificar os imóveis que atendam às necessidades da APF. Nesse sentido, o Acórdão 1.273/2018-TCU-Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, dispôs o seguinte: 9.2.1 é permitida a utilização do chamamento público para permuta de imóveis da União como mecanismo de prospecção de mercado, para fim de identificar os imóveis elegíveis que atendam às necessidades da União, com atendimento aos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade, devendo, posteriormente, ser utilizadas várias fontes de pesquisa de preço para certificação de que aqueles preços atinentes aos imóveis produtos do chamamento estejam compatíveis com os de mercado, considerando, com efeito, as especificidades de cada um, a exemplo de permutas realizadas anteriormente por órgãos ou entidades, públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados.

²¹ TORRES, Ronny Charles de. Lei de licitações públicas comentada. 12. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 281.

Muito embora não haja expressa previsão na Lei 8.666/1993 que se atenha ao chamamento público, é certo que esse procedimento reflete observância ao regime jurídico do direito administrativo.

Deve-se ressaltar que a utilização desse instrumento merece atenção quanto à finalidade pretendida pela Administração Pública. No caso de o chamamento público ser utilizado para prospecções de mercado, trata-se de consulta prévia de preços correntes, não vinculando à Administração Pública à obrigatoriedade de contratação. No mais, o Edital de Chamamento deverá determinar as características do imóvel e os critérios de seleção, sempre de forma clara e objetiva.

Ao levantar informações atuais sobre o mercado, o gestor poderá identificar imóveis que, a princípio, poderiam não estar incluídos na pesquisa simplificada da dispensa, ampliando o grau de abordagem e reduzindo a probabilidade de que a Administração incorra em esforços desnecessários ou indevidos quando da realização de procedimento licitatório ou de contratação direta. O legislador, contudo, permaneceu silente na NLLC quanto à utilização do Chamamento Público nos casos de prospecção de mercado para fins de locação de imóveis.

A Lei 14.133/2021 inova quando prevê e normatiza os procedimentos auxiliares às licitações²²:

Artigo 78: São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

- I - credenciamento;
- II - pré-qualificação;
- III - procedimento de manifestação de interesse;
- IV - sistema de registro de preços;
- V - registro cadastral.

Desses procedimentos, os que são materializados por meio de chamamento público são o credenciamento e a manifestação de interesse:

Artigo 6º:

[...]

XLIII - credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;

Artigo 79: O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

- I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;
- II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

²² BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

[...]

Artigo 81: A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento²³.

O credenciamento foi trazido e aperfeiçoado da Lei nº 8.666/93 e recebe definição normativa no gênero de procedimentos auxiliares da licitação na Lei nº 14.133/2021, cujos elementos não seriam adequados à finalidade de prospecção de mercado em caso de busca de imóvel para locação.

Vê-se que, *a priori*, os procedimentos auxiliares, sem aplicação de uma hermenêutica sistêmica, não seriam capazes de se amoldar ao objeto da pesquisa em tela, mantendo, ao rigor da lei, o cumprimento das recomendações do TCU quanto ao chamamento público para locações de imóveis.

Está bastante claro que caberá à doutrina e à jurisprudência interpretar as aplicações desse instituto e encontrar uma nova solução capaz de fazer frente à observância dos princípios norteadores da administração pública.

Uma das discussões necessárias dá-se no campo das hipóteses de cabimento tanto do credenciamento quanto da manifestação de interesse, em face do caráter taxativo ou exemplificativo do rol inscrito nos incisos do artigo 79, da Nova Lei de Licitações.

Atribuir caráter taxativo aos artigos 79 e 81 da NLLC não resultaria na melhor aplicação da norma, até porque seria contrassenso deduzir que o legislador anteviesse todos os casos concretos de aplicação da regra.

A inviabilidade de competição (que não elide o gestor de garantir o maior número possível de potenciais locadores e selecionar a proposta mais vantajosa) passa ainda pela verificação da vantajosidade como *conditio sine qua non* para escolha da proposta, tal qual nos casos de eventual renovação contratual, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Consigne-se que há em tramitação minuta de Instrução Normativa sobre locação de imóveis (Processo SEI 19973.106030/2022-73), que poderá trazer novas soluções para as questões até aqui expandidas.

Como decisão paradigmática traz-se o Acórdão 1.928/2021 recém publicado pelo Tribunal de Contas da União, com relatório do Min. Benjamin Zymler, de 11/08/2021, nos autos do processo 008.162/2019-0, por meio do qual se discutiu achados de relatório

²³ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

de auditoria com o objetivo de avaliar a adequação da modelagem *built to suit* (BTS) para execução do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos RJ (NCPFI), localizado em Santa Cruz, zona oeste do município do Rio de Janeiro.

Das recomendações da equipe de auditoria do TCU, têm-se os excertos que merecem destaque, pela pertinência com o recorte proposto, sendo, todavia, peça importante de estudo do tema como um todo:

[...]

9.2. recomendar à Casa Civil que, em face de sua atribuição de coordenação e integração das ações governamentais, avalie a conveniência e oportunidade de regulamentar as garantias a serem ofertadas pelo Poder Público em contratações *built to suit* de que trata o art. 47-A da Lei 12.462/2011, a fim de reduzir os fatores de riscos envolvidos nesses ajustes, permitir propostas mais vantajosas e viabilizar o uso desse modelo de contratação no âmbito de administração pública;

9.3. dar ciência desta deliberação ao Ministério da Economia a fim de que analise, para casos futuros, o enquadramento de contratações do tipo BTS com reversão, do contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos (Lei 14.011/2020), do contrato de eficiência (Lei 14.133/2021) e do contrato de fornecimento e prestação de serviço associado (Lei 14.133/2021) como uma operação de crédito, verificando as condições que devem ser atendidas para a sua celebração;

Essas recomendações decorreram das seguintes irregularidades:

[...]

a) falhas nos estudos de viabilidade técnica-econômica-financeira do empreendimento, consubstanciadas pelas seguintes ocorrências: não saneamento das inconsistências verificadas no Acórdão 2687/2018-TCU-Plenário, de modo que não foi possível comprovar que o projeto é viável financeira e economicamente; falhas no estudo de alternativas ao não se comprovar que a escolha pelo modelo *built to suit* é a mais adequada para a execução do objeto" (Achado 3.1 - IGC);

b) "preço de aluguel inadequado devido a falhas no orçamento da obra" (Achado 3.2 - IGC);

c) "riscos relacionados à aplicação do modelo *built to suit*, a saber: riscos relacionados à falta de regulamentação do modelo, como por exemplo a interpretação da extensão do percentual limitador do valor aluguel e a definição das regras de atualização contratual; ausência de instrumento orçamentário para aprovação do investimento e possíveis impactos nas regras fiscais; falta de requisitos mínimos para utilização do Fundo Garantidor de Infraestrutura como cobertura da operação BTS" (Achado 3.3 - F/I); e

d) "riscos identificados na minuta do edital que podem prejudicar a competitividade do certame, a saber: conflito de interesses no modelo de contratação da FGV para prestação de serviço de assessoria técnica e adoção de critérios inadequados de habilitação e julgamento" (Achado 3.4 - F/I).

A primeira conclusão que se chega a respeito desse modelo de contrato para a Administração, refere-se à seleção da melhor alternativa, pois, no caso vertente, a Fiocruz,

primeiro optou, no mérito administrativo, pelo *built to suit*, para só depois analisar as desvantagens da única opção considerada (Parceria Público-privada).

Nessa esteira, a análise das alternativas existentes, deve preceder à escolha do modelo de contrato e irá, por meio de um amplo estudo de viabilidade técnica e econômica, considerar custo-benefício, valores, vantagens e desvantagens e, com base nas informações apuradas, afastar a contratação de outros modelos menos vantajosos.

A atual legislação, Lei 8.666/1993, no artigo 6º, IX, ao definir o conceito de Projeto Básico, aponta para o EVTE, como um de seus elementos, tais como estudos técnicos e preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra, bem como a definição dos métodos e do prazo de execução²⁴.

Sobre isso a NLLC (14.133/2021) não trouxe qualquer novidade normativo-conceitual, mas amplia e aprimora o alcance e o procedimento relativo ao EVTE:

Artigo 6º:

[...]

XX estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

[...]

XXV projeto básico: [...] com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

Superada a imprescindibilidade do EVTE à luz das hipóteses traçadas, ao prisma do caso concreto delineado, outros três fatores são determinantes à análise de admissibilidade do BTS, sem reversão do imóvel, para a Administração Pública, quais sejam: valor do contrato após conclusão da obra, incluindo aí a metodologia do cálculo, prazo de vigência e forma de seleção do imóvel, haja vista que, aplicada a legislação atual ou a novel, ambas enquadram as locações como exceções à regra do procedimento licitatório.

O EVTE, entretanto, não seria peça autônoma, mas auxiliar do estudo técnico preliminar, definido pela NLLC como:

Art. 6º.

[...]

Artigo 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de

²⁴ BRASIL. LEI N° 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos.

que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

[...]

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos: (...) V – levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar²⁵;

Quanto à inexigibilidade de elaboração do ETP, o artigo 15 da NLLC aduz que essa poderá ocorrer caso comprovada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, cabendo a especificação do objeto apenas em termo de referência.

4. O VALOR DE REFERÊNCIA DO CONTRATO BTS

Utilizar-se-á como exemplo e referência normativa o Decreto Municipal nº 29.411, de 17 de abril de 2020²⁶, do município de Cachoeiro de Itapemirim, Estado do Espírito Santo, considerado de médio porte, que dispõe sobre o ajuste financeiro para o enfrentamento do período emergencial da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19) e define em seu art. 11, os valores pagos a título de locação em prorrogações, editado pelo Prefeito Victor Coelho:

Parágrafo único. As prorrogações dos contratos de aluguel deverão observar o limite máximo de até 0,7% (zero vírgula sete por cento) do valor do imóvel avaliado quando custeados com recursos ordinários, e o limite máximo de até 1% (um por cento) do valor do imóvel avaliado quando custeados com recursos de fontes vinculadas.

A legislação municipal está consoante ao §3º, art. 47-A da Lei Federal 13.190/2015:

Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração.

§ 3º O valor da locação a que se refere o caput não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado.

²⁵ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

²⁶ CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM. Decreto Municipal nº 29.411, de 17 de abril de 2020 do município de Cachoeiro de Itapemirim, Estado do Espírito Santo, considerando de médio porte, que dispõe sobre o ajuste financeiro para o enfrentamento do período emergencial da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Disponível em: <http://legislacaocompilada.com.br/pmcachoeiro/legislacao/norma.aspx?id=65286&tipo=6&numero=29411>. Acesso em 16 dez. 2022.

Ademais, é o entendimento consolidado do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, no que tange ao percentual máximo de 1% sobre o valor do bem locado nos contratos sob medida (BTS):

1. Responde-se afirmativamente ao questionamento do consulente sobre a possibilidade de aplicação do inciso X do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 ao contrato de locação sob medida, lembrando, contudo, que a licitação é a regra, devendo a dispensa obedecer rigorosamente aos requisitos legais elencados nos arts. 24 e 26 da Lei de Licitações;
2. Quanto aos aspectos legais e técnicos aplicáveis à locação *built to suit* (segundo questionamento do consulente), são aqueles atinentes à sua natureza jurídica de contrato da administração, regido pelo regime de Direito Privado, com derrogação parcial pela supremacia do interesse público. Aplica-se ainda a Lei n. 8.666/93 como procedimento para a contratação, devendo ainda obedecer ao que se segue:
 - 2.1 Deve ser precedida de licitação, admitindo-se, no entanto, a contratação direta se preenchidos os requisitos previstos no art. 24, X, da Lei 8.666/1993 e se o terreno, onde será construído o imóvel, for de propriedade do eventual locador;
 - 2.2 Deve restar perfeitamente demonstrada que a junção do serviço de locação com a eventual execução indireta de obra apresenta economia de escala, sem ofensa, portanto, ao princípio do parcelamento do objeto;
 - 2.3. Faz-se necessária a caracterização da efetiva necessidade do novo imóvel, evidenciando-se que o imóvel até então em uso não atende mais ao interesse público e de que não comporta readequação e ainda, que não existem outros imóveis disponíveis no âmbito da Administração que atendam às necessidades da atividade a ser desenvolvida;
 - 2.4 A fundamentação da decisão pela locação sob medida deve, forçosamente, embasar-se em estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios que justifiquem tal opção contratual, com a demonstração de que a solução é mais vantajosa comparada às alternativas.²⁷

O percentual referencial de até 1% do valor de avaliação do imóvel para fins de base de cálculo a título de aluguel, além de prática consuetudinária do mercado privado, está positivado no 37-A da Lei 9.514/97 com redação alterada pela Lei 13.465/2017:

Artigo 37-A: O devedor fiduciante pagará ao credor fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a 1% (um por cento) do valor a que se refere o inciso VI ou o parágrafo único do art. 24 desta Lei, computado e exigível desde a data da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciante até a data em que este, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel.

²⁷ TCEES. Pleno. Parecer/Consulta TC-001/2017. Cons. Rel. Domingos Taufner. DOEL de 03/04/2017.

Cristalino é o parâmetro máximo inicial acerca do valor referencial dos contratos BTS no percentual de 1%, também porque usa como parâmetro o CUB²⁸, com fundamento legal no art. 54 da Lei Nº 4.591/1964²⁹.

5. O PRAZO DE VINGÊNCIA DO CONTRATO DO TIPO BTS

A Advocacia Geral da União manifestou-se sobre o assunto por meio da Orientação Normativa nº 6/2009, ainda vigente:

A vigência do contrato de locação de imóveis, no qual a administração pública é locatária, rege-se pelo art. 51 da lei nº 8.245, de 1991, não estando sujeita ao limite máximo de sessenta meses, estipulado pelo inc. ii do art. 57, da lei nº 8.666, de 1993.

O que se impõe à luz do demonstrado são as condições necessárias e suficientemente claras ao proponente, em especial quanto ao valor máximo dispendido pela AP a título de locação, dentro de um período de tempo razoável à amortização do investimento.

Desse cenário, duas conclusões se formam: a) os prazos dos contratos de locação em que a Administração é locatária não são regidos pelo art. 57 da Lei nº 8.666/93, e sim pelas disposições da Lei nº 8.245/91; e b) em que pese os prazos dos contratos de locação em que a Administração é locatária sejam regidos pelas disposições da Lei nº 8.245/91, não se admite a celebração desses contratos por prazo indeterminado, ainda que a referida Lei não obste essa prática³⁰.

Vê-se que o prazo contratual no modelo BTS, assim como na forma convencional, poderá ser renovado por prazo superior a 60 meses, sendo vedado prazo indeterminado. Todas essas informações conferem ao gestor segurança jurídica para abertura dos procedimentos visando uma locação sob medida capaz de atender, de forma mais equilibrada, às necessidades prementes do interesse público enquanto princípio do *mínus* público. Também deve o ente observar a regra licitatória, quando o proponente não for o proprietário do imóvel e, no caso de dispensa (art. 24, X/8666/1993) ou inexigibilidade (Lei 14.133/2021), mesmo nas hipóteses de compra direta, é recomendável o chamamento público (publicidade, transparência e moralidade).

²⁸ “Custo por metro quadrado de construção do projeto-padrão considerado, calculado de acordo com a metodologia estabelecida em 8.3, pelos Sindicatos da Indústria da Construção Civil, em atendimento ao disposto no artigo 54 da Lei nº 4.591/64 e que serve de base para a avaliação de parte dos custos de construção das edificações.” SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO ESTADO DE MINAS GERAIS. Custo Unitário Básico (CUB/m²): principais aspectos. Belo Horizonte: SINDUSCON-MG, 2007, p. 16.

²⁹ BRASIL. Lei Nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. [...] Art. 54 Os sindicatos estaduais da indústria da construção civil ficam obrigados a divulgar mensalmente, até o dia 5 de cada mês, os custos unitários de construção a serem adotados nas respectivas regiões jurisdicionais, calculados com observância dos critérios e normas a que se refere o inciso I, do artigo anterior.

³⁰ Artigo. Informativo de Licitações e Contratos (ILC). Revista *Zênite*. Curitiba: Zênite, n. 250, dez. 2014. p. 1188.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o art. 193, inc. II, da Lei nº 14.133/2021, revogar-se-iam a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/2002 e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial Lei 14.133/2021, mas Medida Provisória nº 1167, de 31/03/2023, estabeleceu prorrogação à *vacatio legis* por mais um ano.

Conclui-se que as locações não abandonam a natureza jurídica de compras diretas, todavia, é assente nos Tribunais de Contas que o chamamento público para locações é fortemente recomendado, embora continue sendo facultado ao gestor.

O processo de chamamento público deverá ser instruído com estudo técnico preliminar, imprescindível o EVTE, acompanhado, de outros três fatores determinantes à análise de admissibilidade do BTS, sem reversão do imóvel, para a administração pública, quais sejam: valor do contrato após conclusão da obra, incluindo aí a metodologia do cálculo, prazo de vigência e forma de seleção do imóvel, haja vista que, aplicada a legislação atual ou a novel, de modo a incluir as locações como exceções à regra ao procedimento licitatório.

O percentual referencial de até 1% do valor de avaliação do imóvel, pelo método CUB, para fins de base de cálculo a título de aluguel, além de prática consuetudinária do mercado privado, está positivado no 37-A da Lei 9.514/97 com redação alterada pela Lei 13.465/2017 no §3º, art. 47-A da Lei Federal 13.190/2015.

Vê-se que o prazo contratual no modelo BTS poderá ser renovado por prazo superior a 60 meses, sendo vedado prazo indeterminado devendo a AP manter a atualização anual do valor do imóvel e auferir a vantajosidade na permanência, podendo, no que couber, promover os devidos ajustes fazendo-se valer das prerrogativas conferidas pela supremacia do interesse público sobre o particular.

Por fim, evidencia-se que o contrato *built to suit* além de amparo doutrinário e jurisprudencial é instrumento de eficácia e apto a permitir à Administração Pública modernizar suas instalações, garantir melhores condições de acesso aos administrados e de trabalho ao servidor e pode, por vias de consequência, desonerar o erário com locações e reformas desproporcionais, além de poder entregar melhor qualidade do serviço prestado à sociedade, com uso racional dos recursos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTIGO. Informativo de Licitações e Contratos (ILC). **Revista Zênite**. Curitiba: Zênite, n. 250, dez. 2014. p. 1188.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Contagem da população**. Disponível em: <https://ces.ibge.gov.br/apresentacao/portarias/200-comite-de-estatisticas-sociais/base-de-dados/1147-contagem-da-populacao.html>. Acesso em 04 dez. 2022

BRASIL. **Lei Nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

BRASIL. **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

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o **Sistema de Financiamento Imobiliário**, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da **Administração Pública Federal**.

BRASIL. Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as **locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes**.

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM. **Decreto Municipal nº 29.411, de 17 de abril de 2020**. Disponível em: <http://legislacaocompilada.com.br/pmcacheiro/legislacao/norma.aspx?id=65286&tipo=6&numero=29411>. Acesso em 16 dez. 2022.

FIPE/ZAP. Índice FIPE/ZAP. **Informativo**. Fevereiro de 2021. Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/indices/fipezap/fipezap-202102-comercial.pdf>. Acesso em 04 dez. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HERBSTER, Luís Gustavo Montezuma. Compra/locação de imóvel de terceiro pela Administração: Diferenciação material das hipóteses de inexigibilidade (art. 25) e dispensa (art. 24, X): Interpretação e aplicação do art. 24, X da Lei 8.666/93. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3638, 17 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24735>. Acesso em: 4 dez. 2022.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Impetus: Niterói, 2014, p.27.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p.59.

MOTTA, Carlos Vinícius de Souza. Identificação dos custos administrativos dos processos de compras da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH. **ENAP**. Brasília, Abril de 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5133/1/Carlos%20Vinicius%20de%20Souza%20Motta.pdf>. Acesso em 04 dez. 2022.

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. O Built To Suit e a Administração Pública. **Revista Jurídica Cesumar**. Maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 349-374. DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n2p349-374>. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4653>. Acesso em 05 dez. 2022.

Pietro, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO ESTADO DE MINAS GERAIS. Custo Unitário Básico (CUB/m²): principais aspectos. Belo Horizonte: **SINDUSCON-MG**, 2007, p. 16.

SOLIANO, Vitor. O built to suit na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Revista CONJUR**. 25 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-25/vitor-soliano-built-to-suit-lei-licitacoes#:~:text=Pela%20regra%20atual%2C%20o%20valor,do%20Regime%20Diferenciado%20de%20Contrata%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 14 dez. 2022.

TCEES. Pleno. Parecer/Consulta TC-001/2017. Cons. Rel. Domingos Taufner. DOEL de 03/04/2017.

TCU. Plenário. Acórdão 1928/2021. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julg. 11/08/2021.

TORRES, Ronny Charles de. **Lei de licitações públicas comentada**. 12. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

LINCHAMENTO POPULAR COMO MODALIDADE DE JUSTIÇA PARAESTATAL POPULAR LYNCHING AS A MODALITY OF PARASTATAL JUSTICE

João Gaspar Rodrigues¹

RESUMO: O presente estudo reúne reflexões sobre a agressividade coletiva que resulta em modalidades de justiça paraestatal, como o linchamento popular. O fenômeno da agressividade coletiva só recentemente vem sendo estudado no sentido de identificar as múltiplas formas adquiridas pela violência humana intraespecífica, bem como as fragilidades sociais, jurídicas e institucionais sob o contexto abrangente do Estado de Direito Democrático. Ademais, busca-se avaliar se o modelo de Estado está cumprindo suas funções e se há pontos de erosão no meio social.

Palavras-chave: Justiça paraestatal. Agressividade coletiva. Linchamento. Estado de Direito. Insegurança Pública.

ABSTRACT: The present study brings together reflections on the collective aggressiveness that results in modalities of parastatal justice, such as popular lynching. The phenomenon of collective aggressiveness has only recently been studied in order to identify the multiple forms acquired by intraspecific human violence, as well as the social, legal and institutional weaknesses under the broad context of the Democratic Rule of Law. Furthermore, it seeks to assess whether the State model is fulfilling its functions and whether there are points of erosion in the social environment.

Keywords: Parastatal justice. Collective aggression. Lynching. Rule of law. Public Insecurity.

INTRODUÇÃO

Há certos fenômenos sociais que, embora extremamente danosos à própria existência pacífica e ordeira da sociedade, permanecem carentes de uma abordagem científica reflexiva e, o que é pior, cercados de múltiplos mitos. Dentre esses fenômenos estão as modalidades de justiça paraestatal, como linchamento, vingança privada, milícia, grupos de extermínio etc. O tópico tem sido tão descuidado pelos cientistas sociais que, em geral, o material está mal organizado, subanalisado² e aberto de par em par a novas interpretações.

O estudo dessas modalidades de justiça, além do interesse intrínseco de compreensão (que pressupõe um padrão e uma ordem objetiva inteligível), projeta um pouco de luz sobre a organização social e política. Ajuda a esclarecer as fragilidades sociais, jurídicas e institucionais sob o contexto abrangente do Estado de Direito Democrático, bem como a identificar as múltiplas formas adquiridas pela violência.

Dentre as modalidades de justiça paraestatal, selecionamos o linchamento popular, por sua maior visibilidade e recorrência, para ser objeto de análise neste ensaio.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Amazonas. Atualmente Chefe do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MPAM.

² Por ser escassamente estudado pelas ciências sociais é um problema sobre o qual é “muito mais fácil ser dogmático que correto” (Smith, 1957, p. 243).

Obviamente, não há discussão adequada e produtiva de um problema, se ela é conduzida fora de todas as relações com o contexto que determina o significado do problema (Nagel, 1966, pp. 13/299). Não é possível operar, hoje em dia, em qualquer área do conhecimento, sem um *approach* relacional.

Cada coisa é parte tão integral de um contexto que não pode existir, nem ser verdadeiramente concebida fora desse cenário contextual. Não se pode, além disso, empregar a um fenômeno social um significado unívoco. Logo, toda abordagem que se pretenda frutífera pressupõe, como boa técnica metodológica e de construção intelectual, uma visão contextual, relacional e funcional, dentro de uma hermenêutica da totalidade. Só existe uma maneira de alcançar uma clara compreensão do valor dos princípios metodológicos: colocar suas funções identificáveis na investigação efetiva.

Temos pouco conhecimento sistemático sobre o linchamento, enquanto modalidade de justiça paraestatal, e não tem havido muita reflexão, política e juridicamente fundamentada, sobre o assunto. O que é favorecido pela inexistência de registros oficiais sobre o fenômeno, visto não ser tipificado como delito e, portanto, não ser contabilizado nos filtros institucionais da polícia e do sistema de justiça³. A indefinição do fenômeno torna-o mais recorrente e, até certo ponto, permissível social e institucionalmente. Como fato social não apresenta uma linha constante de atuação, mas oscila de época em época, de acordo com as condições sociais, políticas, econômicas e culturais.

O grau de confiança de um feixe de reflexões – não meramente marginais - está na proporção direta com a perfeição do que é observado e exposto mediante os melhores métodos disponíveis. A justeza dos métodos utilizados para alcançar conclusões seguras, garante a qualquer estudo identificar e distinguir o falso do verdadeiro, dissolvendo preconceitos e dogmas a partir de uma acurada reflexão crítica.

Vários estudos apresentam evidências em apoio das concepções referentes às origens da ação humana em seu viés coletivo, que são profundamente inquietantes a respeito de hipóteses amplamente sustentadas sobre a base da racionalidade humana e da ação responsável. Movimentos massivos de violência incontida insinuam-se como modelos representativos dessas inquietações.

³ O que se sabe sobre linchamentos está confinado e reduzido, basicamente, às notas vermelhas e ao discurso noticioso dos jornais. “As manchetes dos meios eletrônicos e impressos são eloquentes e frequentemente promovem um duplo impacto sobre os cidadãos: esse trabalho jornalístico não resiste à tentação de temperar seu trabalho informativo com suculentas doses de morbidez e, muitas vezes, levanta a voz clamando um já basta, em franco desafio às instituições de justiça. A severidade com que se exige a aplicação de ‘mão firme’ contra a insegurança, transforma o evento noticioso em um tribunal eletrônico *de fato* da sociedade” (Islas, 2002, p. 39).

O propósito deste ensaio é tentar refletir sobre uma diretriz geral – uma hipótese de trabalho ou um modelo de análise – capaz de manipular ou manejar o complexo labiríntico de fatos referentes aos linchamentos, como modalidade de justiça paraestatal, e encontrar meios teóricos para fixar algumas balizas, noções conceituais ou essências simples.

1. LINCHAMENTO: NOÇÕES PRÉVIAS

O Estado de Direito Democrático obedece a dois princípios básicos de ordem pública: 1- a submissão dos cidadãos a um sistema jurídico formalmente reconhecido sob o filtro da supremacia constitucional; 2- o monopólio legítimo do uso da força por parte do Estado⁴. Neste monolítico esquema político, em torno do qual os mecanismos sociais e políticos devem se organizar, não há espaço razoável para manifestações subjetivas individuais ou coletivas que o infirmem, como formas paraestatais de justiça: exercício arbitrário das próprias razões, vingança privada, linchamento, grupos de extermínio (ou “esquadrões da morte”), milícias etc.

Os movimentos de justiça paraestatal, incluindo o linchamento, constituem uma afronta direta aos fundamentos e aos objetivos da República, no que se referem à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) e à construção de uma sociedade justa (CF, art. 3º, inc. I). E ainda violam o elevado compromisso constitucional com a “solução pacífica dos conflitos” (CF, art. 4º, inc. VII) e a garantia essencial de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, inc. LIV), além de toda a tábua de direitos fundamentais.

E não é possível fazer justiça com as próprias mãos, pois para isso existe um sistema judiciário devidamente institucionalizado, do qual a “lei não excluirá ... lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, inciso XXXV – Brasil, 2022a). Em tese, o recurso à justiça de própria mão estaria interditado, pois teríamos tribunais com uma atuação célere, exaustiva e imparcial (e no caso, dos hipossuficientes, gratuita). Apesar disso, a autotutela ainda encontra respaldo em algumas situações legalizadas: legítima defesa (Código Penal, art. 23, II – Brasil, 2022b); desforço pessoal⁵ (Código Civil, art. 1.210, § 1 – Brasil,

⁴ “É afinal com o instrumento do direito positivo e coercivo que se regulamenta de maneira legítima o convívio político de uma comunidade política” (Habermas, 2002, p. 86). Em clássica lição, destaca John Locke (1964, p. 17): “...toda força cabe apenas ao magistrado, nem deve qualquer indivíduo em qualquer ocasião fazer uso da força senão em defesa própria contra violência injusta”.

⁵ “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

2022c); penhor legal ou crédito pignoratício (Código Civil, art. 1.467, inc. I⁶ - Brasil, 2002c); a greve, no direito laboral (garantido pela própria Constituição, art. 9⁷ - Brasil, 2022a).

A lei civil brasileira ainda destaca que não constituem atos ilícitos, os “praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (CC, art. 188, I). O art. 345 da lei penal (Código Penal - Brasil, 2022b) ao prever o crime do “exercício arbitrário das próprias razões” (“fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima...”), exclui os atos permitidos por lei.

Em âmbito internacional, a Constituição mexicana é explícita (México, 2022):

“Nenhuma pessoa poderá fazer justiça por si mesma, nem exercer violência para reclamar seu direito” (art. 17).

O que significa isso? Não é que prive o indivíduo de poder fazer justiça (Goyri, 2002, p. 59), mas que na lógica do pacto social já não é possível fazer justiça com as próprias mãos, porque entregamos, entre outras, essa faculdade natural para instituições estatais de caráter permanente. O que é esclarecido ainda no mesmo art. 17 da referida Constituição mexicana:

“Toda pessoa tem direito a que a justiça seja administrada por tribunais que serão expeditos para administrá-la nos prazos e termos estabelecidos em lei, expedindo suas resoluções de forma pronta, completa e imparcial; seu serviço será gratuito, conseqüentemente, as custas judiciais são proibidas”.

O Estado de Direito, mesmo que imperfeito, permite a existência pacífica da sociedade e abre um largo espaço para o “controle democrático da violência”. Se atos de violência coletiva começam a ser vistos com condescendência, a segurança e a vida de cada um são colocadas em constante risco. O pacto jurídico-social representado pelo Estado de Direito é a bússola e a carta de marear de uma sociedade organizada e civilizada, projetado para desintegrar, um após o outro, os fragmentos herdados de uma estrutura autoritária e violenta. E nesta missão reguladora é capaz de resistir a infrações, exceções e crises, sem romper-se ou desvitalizar-se.

A violação da legalidade vigente, convertida em fenômeno massivo perturbador, é diretamente proporcional à falta de um tecido social forte e são (Ciaramelli, 2009, p. 168), e representa a ruptura dos limites, ainda que mínima, entre a efetividade institucional e a sociedade. Por isso, mostram-se funcionais e tem cabida os

⁶ “São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito”.

⁷ “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. Resguardam-se os abusos cometidos, sujeitando os responsáveis às penas da lei (CF, art. 9, §2º).

comportamentos e os movimentos multitudinários ilegais, que castigam não apenas o delincente (ou o *outsider*), mas também a constelação institucional do Estado de Direito. Mesmo execrados publicamente, sua recorrência é algo facilmente constatável no dia a dia turbulento, algo caótico e inseguro das periferias das grandes cidades (com igual ou proporcional incidência nas zonas rurais).

O domínio da lei baseado no poder do povo põe fim ao domínio do homem sobre o homem, típico das sociedades pré-modernas, detentoras de um senso de justiça muito próprio. Mesmo em sociedades complexas e modernas, há um estatuto jurídico e moral muito próprio que é acionado em certas situações limítrofes. Nestas “situações limítrofes” (de raiva acumulada e recorrente impotência), seja nos primórdios da espécie humana, seja nas últimas conquistas da civilização, “a força física”, diz-nos Beatty (2014, p. 01), “normalmente tem sido o recurso empregado para resolver as desavenças mais difíceis e sentidas com mais profundidade”.

Numa sociedade democrática, o povo é o titular máximo do poder, mas deve saber que *não deve* fazer qualquer coisa (Rodrigues, 2021, p. 152), como suspender a ordem jurídica vigente e impor justiça com as próprias mãos, acreditando ser a *vox populi, vox Dei*. A democracia é o regime da autolimitação e “de disputa bem regulada, em que se faz prevalecer a força sem violência” (Jouvenel, 1996, p. 60; Beatty, 2014, p. 02; Popper, 1974, p. 126). Enquanto aparatos policiais e esquadrões de exércitos podem ser governados por ordens, democracias exigem negociações, compromissos e concessões (Levitsky/Ziblatt, 2018, p. 80). Quando não submetidas a nenhum controle, as democracias são capazes de destituir as pessoas de seus bens e de sua dignidade e, onde a pena de morte é legal, até mesmo de matá-las sem titubear.

Esses movimentos de justicamento reprimam todo o instinto obscuro da infância primitiva da humanidade: são fatos recheados de passado e de tendências ancestrais, e sem nenhum futuro no horizonte da normalidade institucional. A indignação coletiva nem sempre é guiada por um sentimento de justiça e, quase sempre, torna-se em si um ato de injustiça. Neste fugaz momento de fúria e de violência, o indivíduo experimenta a primitiva liberdade (uma espécie de “poder catártico”⁸), um tenaz resíduo de uma origem remota, sem experimentar o sentimento de culpa tão próprio do ato individual em si. A anonimidade da multidão é um bilhete mágico para integrar a turbamulta do linchamento,

⁸ Os linchadores “matam porque odeiam a impunidade de estupradores, ladrões e assassinos, mas sobretudo por causa do poder catártico que lhes é conferido pelas penas de morte” (Monsivais, 2002, p. 16). Este autor entende a massificação do linchamento, fundamentalmente, como a conjugação entre a volta à barbárie, como sinal de afirmação justiceira, e o crescimento local das taxas de homicídio (2002, p. 17).

garantindo a irresponsabilidade de todos os partícipes e, portanto, aquela “liberdade primitiva” tão apreciada, a “plenitude do extermínio”. Multidão é sinônimo de invisibilidade.

O homem é um animal e suas faculdades racionais são o prolongamento de funções biológicas muito rudimentares (Nagel, 1966, p. 153; Santayana, 1958, p. 16; Gould, 1991, p. 351; Ferrater Mora, 1983, p. 20), que se exacerbam quando age em grupo ou coletivamente. O homem, a nível multitudinário, encontra-se estreitamente vinculado aos animais. Neste módulo, a mente coletiva passa a ser um recipiente passivo de estímulos externos que chegam ao córtex cerebral como alertas e não como dados de informação a serem processados por meio da reflexão. Por instantes valiosos, o indivíduo se desveste da condição de *animal rationale* para ingressar num estado de irracionalidade (desafiando o louco que traz atado à cintura, no dizer de Santayana⁹), sem pleno conhecimento de si mesmo e de suas ações.

Uma certa dose de agressividade integra o ímpeto de sobrevivência de qualquer ser orgânico, com a eliminação de obstáculos e até de outros seres vivos (Ferrater Mora, 1983, p. 177). E o processo parece reiterar-se, com as modificações pertinentes, no mundo social e histórico, onde nem a convivência, nem a tolerância mútua e nem a paz têm sido normas a pautar a constituição e o desenvolvimento das sociedades humanas ou de grupos e indivíduos dentro destas sociedades. Como diz Thomas Jefferson (1964, p. 63), “o homem é o único animal que devora sua própria espécie”, infligindo-lhe dor e morte.

O linchamento promovido por uma multidão é uma livre invenção da emoção e dos instintos mais baixos, fora do reino dos processos lógicos e racionais. Não há cálculo ou planejamento, apenas a erupção de emoções incontidas que revelam o lado mais diabólico da natureza humana. As respostas das massas transgressoras aos estímulos recebidos são quase sempre mais rígidas, imediatas, estereotipadas e impiedosas do que as respostas de um indivíduo posto na mesma situação. As reações do indivíduo são, em regra, mais flexíveis e variáveis. À medida que procedemos das partes (indivíduos) à coletividade (massa linchadora), esta exhibe maior rigidez. A inventiva do comportamento individual difere essencialmente das rotinas extremistas (“tudo ou nada”) e mecânicas ou binárias (“nós ou eles”) dos grupos massivos.

⁹ Diz textualmente G. Santayana (1958, p. 16), em famosa referência: “El hombre inteligente que la historia conoce florece dentro de un imbécil y lleva amarrado un loco”. Esta passagem resume, genialmente, a dinâmica da miséria humana, lapidando a verdade de que “não entenderemos o homem, se não estudarmos sua natureza animal” (Becker, 1977, p. 17).

Em seu intento histórico de separar-se dos animais, o homem escancara sua animalidade ao integrar uma massa linchadora e seu ímpeto de destruição. Facilmente, perde seu juízo na multidão, deixando-se arrastar pela quantidade, pelos gritos e pelo entusiasmo de rebanho. A integração dos díspares ontológicos, homem e multidão, individualidade e anti-individualidade, na unidade massa linchadora, resulta num composto explosivo.

É necessário um gatilho para ativar o módulo linchamento popular. E esse gatilho (“superestímulo” ou “indicador de ação”) é uma espécie de comunicação ou instrução instintiva para a ação massiva, não para a reflexão. Não há atraso na resposta. Quando uma determinada situação ocorre (um roubo fracassado com réplica ou simulacro de arma de fogo, por exemplo), a massa interpreta como uma mensagem ou um comando específico para despejar sua fúria linchadora, sem refletir sobre o contexto e as condições envolvidas¹⁰ ou atender gritos de clemência. Sua unidade de resposta é imediata (ou automática) e única; há um único ponto de contato com a realidade, que logo se desfaz na catarse emocional. O material da realidade com o qual a massa entra em contato direto tem um caráter emotivo primário (quase primitivo).

Não há intervalo apreciável (“atraso na resposta”¹¹) entre o estímulo que chega (“gatilho”) e a ação empreendida. A massa não recita um Pai Nosso ou conta até dez (como faria, em princípio, um indivíduo solitário posto em idênticas circunstâncias), deixa-se, simplesmente, dominar pela carga emocional contida no superestímulo. Não dedica tempo para decodificar a situação ou refletir sobre ela e as consequências de uma resposta imediata. Sob o modelo estímulo-resposta, a fúria avassaladora passa pelos membros da massa linchadora como através de um circuito elétrico.

Esse “atraso na resposta”, ou seja, o intervalo entre o estímulo e a emissão da mensagem que ele provoca é um traço central e formativo não apenas da linguagem humana, mas da condição de ser racional do homem. A resposta atrasada produz, dentre outras consequências, a *separação da afetividade*. No reino animal não há uma separação da carga emocional que envolve suas mensagens. Entre os seres humanos, o conteúdo de um estímulo é independente de sua carga emocional. A massa linchadora por ignorar a

¹⁰ Essa situação é similar ao que se passa entre os animais. Quando um animal emite uma mensagem (uivo, berro, zurro etc.) ou estímulo sonoro de perigo, “o animal que ouve dispara, sem refletir” (Bronowski, 1977, p. 90). Os sons e sinais emitidos têm a força de instrução, mais do que de informação.

¹¹ O intervalo entre o superestímulo e a ação tem o efeito de produzir uma discussão interna de alternativas antes da concretização de uma ação imediata de agressão.

resposta tardia e a separação de afetividade, parte para a ação animal imediata, emocional e agressiva.

O envolvimento massivo afrouxa as presilhas da identidade. Os integrantes do movimento transgressor não apresentam características identitárias, são dentes de uma engrenagem precária sem personalidade. As pequenas flutuações individuais acumulativas e interatuantes num grupo social organizado, não se apresentam – ou são momentaneamente neutralizadas - num quadro de agressão coletiva. Qualquer um solto em tal meio, perde a personalidade como um animal no rebanho. O indivíduo, embora plenamente consciente do que faz, age como se estivesse num transe bacante amorfo. E neste transe, ele se liberta, momentaneamente, das amarras dos mandamentos, das proibições e da moralidade, sendo engolido e remodelado pela transitoriedade da massa ignara. Sua consciência moral e as ameaças do seu “juiz interno” são, por um momento, ignorados, enquanto sua ação se dilui no anonimato da multidão.

As massas, tal como referido por M. Oakeshott (2020, pp. 95/96), “não são compostas de indivíduos; são feitas de *anti-indivíduos* reunidos em uma repulsa à individualidade”. O símile com os termos físicos “matéria” e “antimatéria” não é absurdo, pois da mesma forma como do encontro dessas duas partículas fundamentais há a extinção, o indivíduo diante da massa linchadora perde sua personalidade e individualidade; desaparece enquanto ser racional. Este anti-indivíduo (sinônimo de homem-massa ou homem *manqué*) possui sentimentos ao invés de pensamentos, impulsos no lugar de opiniões, incapacidades no lugar de paixões.

No contexto massivo, o conceito de individualidade, já de si ambíguo, perde todo significado operacional. Depois que o indivíduo mescla sua identidade ao poder palpitante da massa linchadora, perde o domínio sobre si mesmo. O indivíduo tem um valor, a justiça, acredita nele, mas envolvido pela multidão adere ao justicamento de própria mão, desenvolvendo um impulso não valioso ou um antivalor, ou uma forma de catexia. Não há equivalência entre o valor e o impulso; este é uma resposta a curto prazo e a preferências mais superficiais, enquanto o valor implica uma visão mais ampla e a longo prazo.

As multidões parecem encontrar-se em um estado comparável à hipnose, esse estranho estado que excita em cada indivíduo uma obscura necessidade de fusão com o todo (Moscovici, 1993, p. 121). Alivia o indivíduo de sua solidão e o transporta a um

mundo de embriaguez coletiva e de instintos jubilosos, onde experimenta a sensação eufórica de sua liberdade onipotente, inaugurando a imagem de um novo barbarismo.

Nem sempre são multidões ou grupos casuais ou informes de pessoas que lincham. Sob o epíteto de “massa”, “povo” ou “populares”, escondem-se organizações formais ou informais preparadas para o justicamento paraestatal, que se aproveitam das necessidades sociais. São exemplos dessas organizações (ou “parainstituições”): vigilância de bairros ou de ruas, grupo de vizinhos (que fecham ruas, põem cercas e vigilantes¹²), líderes comunitários, comitês de autodefesa, milícias etc. Esses grupos organizados assumem tarefas tipicamente policiais como patrulhamento e vigilância, e ainda protagonizam ações não só de prevenção, mas de repressão e castigo.

2. JUSTIÇA POPULAR OU PARAESTATAL

Como qualquer fenômeno, o linchamento apresenta algumas regularidades verificáveis (*vide* item 5) que autorizam defini-lo em termos construtivos. Assim, a partir de uma definição de Vilas (2003, p. 51), podemos dizer que o linchamento ou linchagem é uma ação coletiva, de caráter privado e ilegal, que pode provocar a morte ou a mutilação severa da vítima¹³ em resposta a ações ou condutas desta, e que se encontra em inferioridade numérica frente à massa linchadora. A reação da massa linchadora é, em regra, excessiva e desproporcional.

A massa linchadora é uma representação reduzida e disforme de povo ou população, atuando como turba, multidão ou reunião ocasional de pessoas, impulsionada por instintos ferozes e básicos agregados. Rigorosamente, o conceito de massa (linchadora) é “uma pura abstração quantitativa” (Nicol, 1953, p. 250), dado seu caráter amorfo.

As diversas modalidades de justicamento paraestatal traduzem, em sua infinita variedade, a violência da inumanidade do homem para o homem, evidenciando que a “humanidade ainda não está, de modo algum, reconciliada consigo mesma” (Chatelet, 1972, p. 187). O panorama humano da massa linchadora, em especial, não é mais que um somatório indiferenciado, cuja totalidade não guarda semelhança com a adição de suas partes.

¹² Um claro indício de desconfiança na justiça do Estado, no aparato de segurança pública e na própria segurança de si mesmos.

¹³ É uma experiência brutal e chocante deparar-se com um evento dessa natureza. A “raiva popular é temível” (Hume, 1963, p. 97). Quando da violência excessiva não resulta a morte, resta a gravidade de lesões com fraturas (externas e internas), feridas que exigem suturas, politraumatismos severos, profanações etc.

O linchamento, como espécie de justiça popular ou paraestatal, configura-se como um fato antijurídico diante do direito positivo do Estado. Mas até que ponto esses linchamentos coletivos e outras modalidades de justiça paraestatal não constituem um subproduto desvitalizado do irracionalismo e do obscurantismo pós-modernos? Ou de uma sociedade de massas unidimensional que vê no outro o inimigo e destrói tudo o que não compreende? A decadência de valores racionais e a emergência de novas exigências favorecem, de algum modo, a indistinção entre bem e mal, certo e errado?

As necessidades materiais mais imediatas da vida absorvem toda a vontade, tornando-a indisponível para fins mais elevados. Desse modo, quando a sociedade lida com problemas básicos prementes como desemprego, saúde, educação, segurança pública e corrupção, frases convencionais e racionais a respeito de liberdade pessoal e direitos humanos soam cada dia mais irrealistas e não se prestam a conceituar a crise existente, mas são elas mesmos sintomas críticos. O máximo de atualidade desse cenário humanista passa por anacronismo, um inquietante anacronismo.

3. MOTIVOS QUE LEVAM À JUSTIÇA PARAESTATAL

Os escassos estudos sobre o tema indicam várias causas que levam ao linchamento, tais como: crise de responsabilidade social, crise de autoridade, crise moral, índole humana agressiva etc. Abaixo indicamos, pela nossa métrica, alguns motivos ou causas que determinam esses movimentos.

3.1- Crescimento da percepção de insegurança

A reação massiva/agressiva da comunidade remete a uma memória ativa consolidada a partir da percepção de insegurança e de temor por práticas criminosas comuns. O castigo infligido não deriva unicamente ou imediatamente da infração atual, mas de todas as anteriores cometidas pela mesma pessoa ou, o que é ainda mais grave, por outros delitos difusos (cometidos por outras pessoas ou em outros lugares) fortemente assentados no imaginário coletivo (Santillán, 2008, p. 66). É como se o linchado funcionasse como um “bode expiatório” de mágoas coletivas passadas, mais ou menos profundas.

As forças negativas jacentes na coletividade, como o sentimento de inferioridade, de vitimização ou de insegurança, são descarregadas e projetadas sobre um bode expiatório, e aplacadas ou eliminadas, momentânea e simbolicamente, junto com este. Quando um criminoso ou um *outsider* é vítima de linchamento, há uma razão que vai

diretamente no coração e na mente de cada pessoa, que é a projeção da sombra de todos os sentimentos alinhados. Como nunca o cenário social estará à perfeição, sempre será universalmente necessário ter vítimas e bodes expiatórios.

O temor coletivo crônico pode levar a que boatos ou rumores falsos funcionem como estopim ou “motivo suficiente” para linchamentos. A propalação desses rumores será tanto mais facilitada quanto maior for a percepção de insegurança de uma determinada comunidade. Todavia, embora essa “percepção de insegurança” predomine em quase toda a sociedade, ela não define, de maneira homogênea, o comportamento dos diversos grupos sociais.

Em tese, o castigo imposto às vítimas pode guardar certa proporção com o nível de insegurança vivido e percebido pela comunidade ou pelo grau de interiorização individual e coletivo do cenário de insegurança pública, medo e temor frente à criminalidade e à violência. A maior ou menor relação entre essas variáveis pode resultar de duas uma: na mera detenção do criminoso para entregar às autoridades estatais ou no puro e simples linchamento.

Além disso, a participação cidadã na segurança pública “como responsabilidade de todos” leva à necessidade de autoproteção, em que o indivíduo busca sua própria segurança, não por ausência ou deficiência do Estado, mas como um direito fundamental de buscar uma vida segura por seus próprios meios¹⁴, e não apenas pelos meios (historicamente ineficientes) proporcionados pelo Estado. Sob este argumento amplo e expansivo da cláusula da livre autodeterminação do indivíduo alimentado pelo princípio de que a necessidade não conhece lei (*necessitas non habet legem*), o linchamento surge como uma forma de autoproteção imediata e precária, tão válida como outras formas aceitáveis, a exemplo da manutenção de serviço privado de segurança ou da posse de armas.

3.2- Defesa da propriedade “versus” delitos recorrentes nas classes desassistidas: roubo, furto etc.

O linchamento é uma violência intraespecífica, de pobres contra pobres, sob uma lógica punitiva e castigadora primitiva. A materialização do delito patrimonial (com ou sem violência à pessoa), principalmente, põe em evidência a vulnerabilidade de todos os integrantes da comunidade, e não apenas das vítimas diretas e imediatas. O sentimento de

¹⁴ O regime securitário público de corresponsabilidade confere ao indivíduo o bastão de general para aplicar justiça pelas próprias mãos. Funciona, pelo menos, como um passe racionalizador.

ofensa coletiva é muito presente em tais casos. Estas classes e grupos veem a forma das coisas através de um cristal empanado pela angústia, pelo medo e pela insegurança. E por conta disso, muito naturalmente, o castigo é aplicado de forma desproporcional e degradante.

Em contextos sociais marcados por níveis elevados de precariedade e sofrimento social produzem-se transformações, circularidades e interconexões entre distintas formas de violência. A partir desse pano de fundo, os linchamentos podem ser vistos como uma forma de violência coletiva relacionada com violências menos evidentes, mas altamente tóxicas como a desigualdade social, o pauperismo¹⁵ e as contradições próprias de cada país, cujo empenho no pleno cumprimento de direitos é mais retórico que real (Santillán, 2008, p. 59). Por este ângulo, os linchamentos constituem uma resposta, tosca e primitiva, ao incremento da delinquência e da desvalia social.

Por mais cruel, sanguinário e chocante que seja, o justicamento popular em tais circunstâncias converte-se em demandas de justiça num sentido bem mais amplo e num clamor coletivo por melhores condições de segurança, atuação efetiva das instituições estatais e uma melhor ordem. Este realismo, ainda que brutal, não é cínico: é o clamor da irracionalidade de uma cidadania rebelde exigindo racionalidade institucional. Essa conjunção de racionalidade com irracionalidade é de monta a causar perplexidade ao espírito moderno, mas bem analisadas as coisas, é assim que caminha a humanidade, de forma dialética. Rigorosamente, acaba sendo a realidade uma unificação de forças contraditórias. Ademais, como diz Lecomte Du Noüy (1951, p. 112) “é lutando que o homem se humaniza, e é para humanizar-se que ele luta”.

Se a guerra é a continuação da política por outros meios, na clássica afirmação de Clausewitz (1943, p. 16), a justiça popular é, guardadas as proporções, a continuação de demandas sociais por outros meios; um instrumento de rebeldia e de reivindicação social, como se emanasse de uma raiz racional. Como nos revela a escola freudiana, o irracional, além de ser uma parte fundamental do homem, tem uma estrutura e, portanto, pode ser compreendido. O linchamento não é, pois, uma “aberração irracional” incompreensível, senão um reflexo humano básico de uma verdade imediata que se projeta sobre objetos

¹⁵ Isto não significa que em todos os lugares com estas características “se produzcan linchamientos, no obstante sugiere que estas condiciones crean un marco general para el ejercicio de esta forma de violencia pues no parece casual que no se registren hechos similares en zonas residenciales con mejores condiciones de vida incluyendo la seguridad” (Santillán, 2008, p. 64).

odiados¹⁶ diretos (criminosos, *outsiders*, pobres, negros etc.) ou indiretos (Estado e suas instituições ineficientes).

De um modo primitivo, a agressão coletiva física confere voz ao sentimento de impotência do indivíduo frente à criminalidade, violência e ineficiência do Estado. Constitui a expressão de sentir-se obstruído, limitado, abandonado, frustrado, desamparado, impotente. E a propriedade de irracionalidade que lhe é atribuída não tem o condão de retirar-lhe a índole reivindicativa, principalmente diante do fato de que não existe uma fronteira segura entre o normal e o anormal nos assuntos humanos. Ademais, se os homens vivem de mitos e não de absolutos, quem garante seja a razão a única guia da vida social?

Se, em última instância, a guerra tem uma natureza política, em escala reduzida, o linchamento popular apresenta uma índole reivindicativa¹⁷, fazendo da violência sua vitrine de reivindicação de direitos. Toda atividade ou movimento social tem uma razão de ser, às vezes, até motivações mais elevadas não reconhecidas. Estima-se, portanto, que essa modalidade de justiça paraestatal exerce uma função, dado que, em regra, emite uma mensagem e visa a satisfação de uma necessidade local. A ocorrência de linchamentos indica, quase sempre, a insatisfação de alguns bens valiosos para a comunidade: segurança, ordem, garantia dos direitos, preservação de usos e costumes etc. É uma fórmula imperfeita e tosca de tentar manter as coisas em equilíbrio, embora, muitas vezes, incida sobre “bodes expiatórios” ou estereótipos malfazejos da sociedade.

O ato massivo, em si, existe por conta de uma “necessidade comunitária” (um conjunto de condições materiais, psicossociais e culturais) não atendida pelos meios institucionais regulares; é como certas ervas daninhas que surgem quando há um desequilíbrio florístico. Para uma razoável compreensão do fenômeno, é preciso ficarmos atentos para as demandas e necessidades comunitárias, que variam de acordo com a diversidade cultural, geográfica, linguística, histórica e social.

O linchamento surge como um “ato de justiça” em resposta ao cometimento de um crime anterior, e, geralmente, leva à prisão a vítima do linchamento antes de quem o comete. Há, portanto, um alto grau de impunidade; a massa linchadora não presta contas de seus atos, senão a si mesma, sob o amplo preconceito de que o povo não erra. Soma-

¹⁶ Um “objeto odiado não necessita ser uma classe especial ou uma raça, nem um inimigo, senão que pode ser as coisas que tomam formas impessoais mas reais, como a pobreza, as enfermidades, a opressão, os desastres naturais etc” (Becker, 1977, p. 237).

¹⁷ A mente militar vê a força como instrumento da política; a mente coletiva linchadora vê a agressividade castigadora como instrumento de demanda (ou desforra) social. São meios de racionalizar fenômenos a serviço da morte e da violência, reduzindo o seu alcance antissocial (tido como algo animal e não humano).

se a isso a dificuldade de se estabelecer a responsabilidade individual em ato de natureza eminentemente coletiva (Santillán, 2008, p. 62). Os únicos casos em que se ensaia uma investigação e perseguição judicial dos perpetradores é quando ocorre a morte do detido/linchado, e mesmo assim não há relatos de sanções legais adotadas contra aqueles que executam.

Dada essa linha de argumentação, todo ato de linchamento tem dois aspectos contraditórios: destina-se numa afirmação vital a reivindicar direitos fundamentais (segurança, justiça, liberdade etc.), mas leva dentro de si a putrefação de negar os direitos fundamentais de uma vida humana.

3.3- Descrença nas instituições públicas

Há entre os grupos vulneráveis e excluídos dos bens fundamentais da civilização uma dilatada desconfiança¹⁸, descrença, frustração e ressentimento (“indignação moral” ou “irritação social”) em relação ao poder público e às suas instituições aparelhadas. Exemplo é a forma como a polícia é recebida nestes rincões: com franca hostilidade ou silêncio temeroso (e quase sempre insolidário).

Entende-se por “indignação moral”, o ponto de ruptura em que a sociedade ou um fragmento dela expressa através da violência coletiva a rejeição de diferentes formas de alterar os ritmos da vida cotidiana, quando as ofensas de algum membro da sociedade ou de alguma autoridade geram descontentamento, não no nível individual, mas coletivo (Guillén/Heredia, 2005). A indignação moral sempre se expressa como ação coletiva e a violência é o meio pelo qual ela tenta exercer uma reivindicação, que os indivíduos, per si, não poderiam realizar. É uma forma de limitar diferentes ações individuais e organizadas que constantemente ofendem a dignidade, a propriedade e a vida das pessoas, a ponto de criar condições para explosões violentas.

A descrença nas instituições públicas pelo senso comum da população é o combustível inicial para cenários de transgressão massiva. As formas de justiça popular são o sintoma mais visível. Cada vez mais, os cidadãos mostram-se impacientes com uma inefetiva atuação institucional e, por isso, proliferam violações massivas das leis. E quando essas violações causam mais simpatia que indignação na sociedade, o nível de preocupação eleva-se, pois se põe em dúvida o aparato de justiça e até o próprio Estado de Direito.

¹⁸ “...la desconfianza en las autoridades han sido el caldo de cultivo de la violencia social, que en forma cada vez mas recurrente hace del linchamiento un medio de rechazo a la autoridad que no cumple” (Guillén/Heredia, 2005).

“A má ou nula aplicação da justiça é uma das principais causas dos linchamentos e da violência social em geral”, afirmam Guillén/Heredia (2005). E ainda agregam a desconfiança em relação às autoridades e corpos policiais, que resulta numa “crise de autoridade”. O problema ou a motivação dos linchamentos coloca-se aqui como uma questão de arranjo institucional ou social, e não apenas como de índole moral.

A falta de efetividade da atuação institucional revela-se na negligência ou omissão no exercício da função pública, burocratismo, abuso de poder, corrupção ou interpretação/aplicação abusiva da lei por instituições, órgãos públicos ou indivíduos investidos de autoridade. Quando se verifica, na prática, essa falta de efetividade há, naturalmente, a substituição do aparato institucional do Estado (e seu monopólio da força) pela violência massiva, como meio para colmatar uma necessidade social por alguma espécie de justiça. Enquanto prevalecer a inefetividade institucional, a insegurança e a injustiça, são possíveis que os casos de linchamento se mantenham num nível elevado.

Se pelo pacto social sintetizado na Constituição, os cidadãos abrem mão da justiça privada em prol da atuação pronta das instituições estatais (com a respectiva garantia de segurança e justiça), e se estas não entregam os bens pactuados, de alguma forma subliminar o Estado devolve o mandato recebido, levando a que os linchamentos e outras modalidades de justiça privada se tornem cada vez mais recorrentes. Para fazermos uso de uma imagem de Goyri (2002, p. 63), é como a compra ou venda de um carro: vende-se em troca de dinheiro, e se não for dado o valor, é solicitado o bem de volta. Ou se o carro é comprado e não é transferido em sua totalidade, exige-se o dinheiro de volta. No âmbito social e político, acontece exatamente a mesma coisa: se é transferido ao Estado a capacidade própria, humana, de fazer justiça com as próprias mãos, de buscar vingança, e o Estado não dá a resposta adequada, então começa-se a fazer justiça com as próprias mãos (resgatando a transferência original). E quanto mais essas instituições sociais de segurança e administração da justiça se desintegram, mais ocorrem situações extremas de justiça privada¹⁹.

Os movimentos de justiça alimentar no imaginário popular um indesejável ceticismo nas instituições públicas de segurança e no sistema de justiça criminal, o que, numa espécie de círculo vicioso, retroalimenta os meios de justiça paraestatal, representando um retrato da crise conjuntural ou estrutural pela qual atravessa os sistemas

¹⁹ “Salvo ante a extrema necessidade de autodefesa, o cidadão não pode fazer justiça pelas próprias mãos, desde que esta foi confiada a agentes do poder público. Se assim proceder, seus atos não terão caráter legal e ele será um indivíduo ‘fora da lei’” (Lipson, 1967, p. 100).

judiciário e policial. Além disso, a justiça coletiva com as próprias mãos se, por um lado, expressa a indignação com a ineficiência estatal, por outro, abre um grande espaço para esquemas políticos do tipo “linha dura” (“lei e ordem”, por exemplo).

O paradoxo irremovível desses movimentos massivos de justiça paraestatal, quando em xeque a credibilidade das instituições de segurança e de justiça, é que os atores produzem um material que também consomem, ou seja, geram uma insegurança de que também padecem. Essa massa primitiva é agressora e vítima ao mesmo tempo (é a humanidade em guerra consigo mesma), sob uma linguagem comunitária de extrema crueldade. O carrasco de hoje pode ser a vítima de amanhã.

3.4- Vulnerabilidade social

As interpretações mais significativas sobre os linchamentos enfatizam a ausência-deficiência do aparelho estatal para impor a ordem jurídico-administrativa em áreas e/ou populações específicas (Santillán, 2008, p. 65). Nesse sentido, os linchamentos são entendidos como formas válidas de manter ou reapropriar o recurso da violência pelas populações marginalizadas, como artífices de sua própria autodeterminação. Seu principal significado constitui-se em desafiar a legitimidade do monopólio do uso da força por parte do Estado.

As motivações da ilegalidade difusa e massiva não se explicam apenas sob o fundo de funcionalidade (antecipar uma punição que se acredita não se tornará efetiva – cf. item 4.3), mas atendem ao imperativo de satisfação imediata de um impulso coletivo de obter paz, ordem ou impor um castigo a qualquer preço. Esse sentimento é mais presente naqueles estratos ou grupos sociais de maior vulnerabilidade e desvalimento²⁰, em que suas vozes não são escutadas, nem suas angústias sentidas ou compartilhadas.

Se é verdade que uma sociedade é tão livre quanto sejam seus estratos inferiores (Bay, 1961, p. 20), é igualmente verdade que ela será tanto mais segura quanto o for seus membros menos privilegiados e assistidos, bombardeados, diariamente, com os fatos mais trágicos da vida. O meio em que viceja o linchamento é incompleto e com intrínsecas ou estruturais deficiências.

As modalidades de justiça paraestatal são subprodutos da psicologia social e da organização dos indivíduos em comunidade, e refletem os fatores gerais que influenciam as sociedades (mídia, medo social, insegurança, discursos de ódio etc.). As peculiaridades

²⁰ “El hombre frustrado, que sufre privaciones, débil, sin individualidad, comete agresiones muy facilmente” (Becker, 1977, p. 230).

inerentes a cada modalidade transcrevem, sobretudo, gradações de coerência e organização social.

4. CARACTERÍSTICAS OU ATRIBUTOS

Nas linhas que seguem, apresentaremos algumas características específicas ou diacríticas do linchamento, sem a pretensão de decompor, cartesianamente, essa totalidade marcadamente irracional, para depois recompô-la conceitualmente. A conceitualidade, empreendimento profundamente racional e lógico de converter em conceitos as experiências, não pode se arvorar em árbitro máximo de um fenômeno cujas principais balizas beslicam a irracionalidade. Esta insuficiência, também sinônimo de humildade, acompanha qualquer abordagem científica.

Seja como for, em ciência social um objeto é conhecido quando podemos defini-lo ou representar suas partes constituintes (ou ainda, suas condições essenciais). Mas o que devemos fazer para dotar um fenômeno social com significado? Devemos estabelecer para um certo número de pessoas, que irão manipular o fenômeno em suas minúcias cognitivas, uma maneira definitiva de entendê-lo (Ajdukiewicz, 1975, p. 33; Ribot, 2020, p. 59). Resulta disso, a importância inafastável de consolidar um núcleo conceitual em torno dele, de modo a estabelecer, minimamente, uma maneira homogênea de entendê-lo.

Desse modo, apresentamos abaixo alguns atributos ou propriedades que ajudam a identificar e individualizar o fenômeno do linchamento popular.

4.1- Caráter isolado, desconexo e fragmentário

Num Estado de Direito razoavelmente civilizado e policiado, o fenômeno do linchamento popular é produzido pela indignação de grupos ou de multidões descontroladas (e amorfas), esgotando-se em si e não guardando relação com outros atos de igual índole. Todavia, essa dinâmica não linear de natureza empírica, não impede de reconhecer a existência de certos gatilhos que conferem, às vezes, um caráter sistêmico e espacial aos linchamentos.

São cenários assim que transformam, magicamente, os problemas sociais em aventuras bélicas ou modos crescentes de justiça paraestatal (linchamentos, grupos paramilitares, execuções sumárias, grupos de extermínio, milícias etc). Numa sociedade ordenada, um ato ilegal (coletivo ou individual), de vez em quando, se impõe, mas se

impõe apenas como distúrbio social enquanto permanecer ocasional – ou seja, desde que a sua própria prática não destrua a ordem social.

Em regra, os linchamentos se apresentam como estados ilegais de fato e não como movimentos organizados capazes de substituir a organização do Estado. A pura massa informe não pode ser sujeito de ação política (Nicol, 1953, p. 250). Sequer pode-se falar em “organização estatal embrionária”, pois dado o caráter isolado, desconexo e fragmentário, são fogos-fátuos, movimentos que se dissolvem com a mesma rapidez com que surgem; esgotam-se em si mesmos, sem outra consequência que o mau exemplo e eventual efeito irradiador (por pura aderência mimética).

A organização democrática descansa na ordem, na segurança, na paz social e numa conflituosidade regulada, e essas características fluem do Estado de Direito como a seiva das raízes da planta para seus extremos. O princípio estabelecido em cada povo livre é que só a lei governa e que a propriedade eminente de toda ordem é a racionalidade (Nicol, 1994, p. 246). Quando o justicamento privado ou a violência coletiva, assume um caráter orgânico, sistêmico e reiterado²¹, dentro de um *continuum* de violência sempre crescente, fagocita, em grande medida, as bases sólidas do Estado de Direito com efeitos desastrosos para a segurança e harmonia sociais (dados os reflexos macrossociais e macropolíticos).

As agitações populares ilegais, ainda que fragmentadas, episódicas e descontínuas, refletem a fragilidade do Estado de Direito em atender, de forma institucionalizada e pacífica, as demandas prementes da sociedade ou de grupos sociais vulneráveis (segurança, ordem, justiça, insumos urbanísticos, padrões ascendentes de vida, prestação dos serviços públicos etc.). Cada linchamento aproxima o povo da anomia, de um estado mais rude, infenso a mecanismos inibitórios e limitativos. Não sem uma certa dose de razão, diz-se que a civilização está a três refeições da barbárie²².

A melhor leitura talvez seja de que a cada direito fundamental básico não garantido e não concretizado, é um degrau da civilização retirado ao povo. Isto, inclusive, pode levar a que não seja feita apenas justiça pelas próprias mãos (diante de situações de injustiça e de insegurança), mas leve, em situações de extrema vulnerabilidade social, a uma modalidade de justiça social de próprio punho que pode ser expressada em saques

²¹ Tal cenário de anomia tem uma força de arrasto e de sedução em outros grupos sociais que, por mimetismo, passam a desafiar a legalidade oficial.

²² “...cuando las gentes sienten hambre es absurdo esperar que se preocupen por la libertad de palabra, excepto, a lo sumo, como medio de articular su demanda de alimentos. La miseria puede limitar la libertad de expresión con mayor eficacia que la tiranía política” (Bay, 1961, p. 30).

coletivos a supermercados e outros estabelecimentos congêneres, invasões de terras, ocupações coletivas de moradias etc.

4.2- Caráter reativo

A violência coletiva apresenta um caráter reativo e unidirecional pois, intuitivamente, reage a uma dada situação de forma mecânica e instintiva, sem qualquer juízo prévio, ainda que sumário. Vemos o rio seguindo seu curso, mas ignoramos sua fonte, a reserva profunda que nutre seu manancial.

O evento multitudinário é ocasional e variável: está circunscrito nessa unidade emocional que se chama fúria. E responde sempre a estímulos limitados de um aqui e um agora (caráter fragmentário). A fúria coletiva, instrumento primário e fecundo de reação, é um substrato emocional básico da animalidade humana guiado por uma mentalidade de rebanho.

4.3- Autorreferenciabilidade

O fenômeno antijurídico do linchamento apresenta uma marcante autorreferenciabilidade, dado que a massa protagonista é agressora e vítima ao mesmo tempo: enfrenta-se a si mesma e alimenta-se de sua própria irracionalidade, consistente na aludida confusão entre agressor e vítima. A agressividade e a vitimização ligam-se num movimento dialético e autodestrutivo, cujo ponto de partida e de chegada é o próprio indivíduo (é, em muitos casos, uma justiça de pobres contra pobres). O móvil da ação coletiva ilegal é a insegurança, mas paradoxalmente produz mais insegurança e arrasta com ela o seu contexto, por isso não há vencedor nesse fenômeno. O que é unido pelo medo, rompe-se pelo medo.

A dialética de agressor e vítima responde pela autorreferenciabilidade da justiça paraestatal (principalmente nas regiões de grande vulnerabilidade social). Todo esforço para fazer justiça “com as próprias mãos” leva à mais brutal e medular injustiça, numa combinação inconsciente de si mesma. O ato de agressão oprime a vítima, mas não deixa inalterado o agressor. O fracasso é duplo.

4.4- Adesismo mecânico

A adesão do indivíduo à massa furiosa e justiceira não guarda qualquer vestígio de racionalidade. É um movimento de adesão mecanizada, mimética e de puro reflexo

instintivo²³. Rola como rola a pedra, segundo a estupidez da mecânica. O sentido de razoabilidade é embotado e engolfado pelo frenesi da massa transgressora. Sucumbe à força atrativa e sedutora da irresponsabilidade massiva, incapaz de discriminar um ato criminoso ou premeditado de um ato imprudente ou acidental.

A vontade individual adere e submete-se à instrução captada pela *lynching mob*, desaparecendo momentaneamente como elemento anímico próprio e autônomo; o indivíduo integra a massa por simples imersão. Os fins não são desejados consensualmente, há apenas uma adesão fácil a um movimento coletivo de agressão (que obedece a uma peculiar dialética interna).

As perguntas a respeito da perda da individualidade e do adesismo mecânico à massa linchadora a partir das leis da psicologia pertencem ao grupo das irrespondíveis, mesmo para o observador mais idealizado.

4.5- Precariedade

Sob o pálio desse atributo, o linchamento popular pode ser definido como uma multidão ou grupo de pessoas que, sucessivamente, tomado em sua globalidade, vive uma intensa comunhão e depois se desagrega, na esteira do princípio físico de que um fenômeno intenso é sempre fugaz. Os seus laços fundam-se numa complementariedade que vincula, de modo precário, as partes ao todo.

Os laços estabelecidos entre os integrantes de uma massa linchadora são precários, passageiros e fugidios. Como categoria paraestatal de justiça, o *lynching mob* goza de uma estabilidade por tempo limitado e muito estrito, ao contrário das instituições estatais que têm na perenidade (ou perdurabilidade) sua característica mais peculiar. Não há desígnio duradouro para a atuação do grupo agressor. Dissolve-se com a mesma rapidez que surge e agrega-se; sua atuação dá-se na arena do circunstancial e do transitório. Seus fins são igualmente efêmeros. É um raro exemplo em que a participação comum é disjuntiva, não coesiva.

Os elos que unem os agressores numa massa raivosa são forjados a partir de uma liga frágil e passageira: sentido de insegurança, instinto agressivo desperto, raiva, vingança básica, sistema artificial de crenças, usos e costumes. São emoções extremas que por si só se destroem. Como todo fenômeno intenso, o linchamento popular é de pouca duração: é um breve transporte emocional. Barulho e fúria constituem a única retórica

²³ “O espírito da multidão fica à solta e, não vendo objeto fixado na sua frente, persegue o que lhe antepõe a fantasia ou a opinião” (Paine, 1964, p. 44).

que, durante o tumulto de paixões efêmeras, pode-se apreender de uma multidão linchadora.

A multidão, a reunião massiva de pessoas, sujeita-se a crises imprevisíveis de instabilidade, ressaltando suas qualidades imediatas de precariedade e de contingência. Todavia, nesse intervalo de tempo, o domínio anímico pertence à massa, ao coletivo precariamente reunido. O indivíduo integrante é um componente matemático, mas não compositor do composto resultante (um fator constituinte não determinante). Este indivíduo é um personagem histórico forjado pela modernidade, o homem-massa orteguiano, o “rei não coroado da modernidade”, o “indivíduo manqué ” (Oakeshott, 2020, pp. 77/92), que usufrui os bens culturais como se estivesse no estado de natureza.

A criminalidade, a violência e a insegurança exercem sobre o homem-massa dois efeitos (ou despertam duas emoções): de resignação ou de ressentimento. Com o ressentimento uma nova disposição toma corpo: o impulso de fugir à situação impondo-a ao resto da humanidade (é a busca interminável por “bodes expiatórios”).

A fúria coletiva por um momento absorve o medo, a insegurança e a impotência ordinária da vida comunitária exposta ao crime, à violência e ao descaso oficial. Por breves instantes, a massa linchadora vitimiza ao invés de ser vitimizada, fazendo do linchamento uma válvula de escape. É como se, por um limitado espaço de tempo, se tornasse imune às limitações normais da existência humana, adquirindo o poder de vida e de morte sobre o linchado.

4.6- Opacidade de desígnio

O palco do linchamento testemunha uma atividade carente de finalidade e sentido superiores, pois a massa age e se move guiada cegamente por uma explosão emocional que se alastra, como num rastilho de pólvora, a todos os componentes. Reconhece-se, em honra à exatidão, que os linchamentos têm causas (“gatilhos”) e consequências, mas não um princípio e um fim bem definidos. Não há premeditação, planejamento ou estratégia racional.

Se não há vontade e consciência individualizadas num grupo, como pode haver uma intenção única e definida? É psicologicamente inconcebível e impossível. O máximo que se consegue é uma vaga e mal definido (ou indiferenciada) convergência arrevesada de desígnios. Ao cabo, tem-se um desígnio independente.

Todo linchamento se reduz a grupos cegos e indiferenciados de indivíduos atomizados, sem um propósito além da fúria agressiva impulsionada pela trivialidade da vida animal. A massa e seus movimentos não são explicados a partir das suas unidades básicas (os indivíduos ou agentes eminentemente sociais/morais), mas pela especial forma de agir mecânica e irresponsável. Neste sentido, é pura “matéria inerte”, dotada apenas de impulso mecânico, sem sentido ou finalidade superior.

A ação massiva não é orientada para um objetivo ou desígnio determinado, mas incide no mundo fenomênico como uma descarga elétrica num temporal emocional repentino. Ela tampouco é o somatório (ou a composição) das vontades individuais que as integra²⁴. Por isso nominamos os desígnios massivos de opacos, dada a indefinição lógica e racional das ações justificadoras típicas do linchamento popular. Dessas ações não se deduz, por etapas lógicas, o seu sentido profundo.

O reducionismo, ou seja, a tentativa de explicar o todo (“massa justicadora”) pela junção aleatória de suas partes ou unidades básicas (“indivíduos”) não explica em nada essa especial forma de justiça paraestatal. E se o investigador insiste nessa metodologia cartesiana incorre no chamado “erro redutivo”²⁵. Essas “unidades básicas” deixam de conduzir-se como homens quando a força da totalidade quebranta a organização de suas ações corporais e de seus campos de conduta.

Um exemplo no reino físico serve para aclarar os limites cognitivos do reducionismo. Por mais que conheçamos a interação do hidrogênio e do oxigênio com outros elementos químicos, resulta impossível inferir deste conhecimento o fato de que se unam para formar água (Nagel, 1966, pp. 28-29); em particular, as propriedades que emergem uma vez formada a água (sua transparência ou sua capacidade de mitigar a sede, por exemplo) nunca poderiam ter sido previstas a partir desses dados elementares.

Há uma clara assimetria presente na relação entre os componentes autônomos (indivíduos e seus âmbitos de vontade e de conduta) e a dinâmica do fenômeno linchamento popular. Assim, por amplo que seja o conhecimento sobre todos os indivíduos integrantes de uma massa linchadora (em detalhes específicos como: inclinações ideológicas, profissão, escolaridade, moralidade, crença religiosa etc), esse conhecimento não permite deduzir as características, a conduta e os fins do todo massivo. As partes não explicam o todo: são componentes, não compositoras.

²⁴ Uma razão de força maior se impõe aos desígnios livres dos indivíduos, que uma vez engolfados na massa linchadora perdem o domínio sobre a ação.

²⁵ “A redução de uma sequência às partes que a compõem não é uma explicação suficiente para a sua totalidade” (Bronowski, 1977, p. 145).

O reducionismo às suas partes constituintes (indivíduos) não explica a natureza de um grupo de linchadores. A redução cartesiana²⁶ de uma sequência às partes que a compõem não é uma explicação suficiente para a sua totalidade. Isso ajuda a entender porque a união massiva com vistas ao justicamento paraestatal, além de precária, é canhestra, pois desprovida de sentido profundo do que está sendo feito. O potencial de estabilidade e de lucidez que jaz oculto nas unidades básicas da massa justicadora, não é compartilhada por esta. E, por isso, não governa seus impulsos, nem domina muitas das forças que a rodeiam.

4.7 Imposição de castigo

O uso da força ou da violência excessiva pela massa linchadora (*lynching mob*), não busca unicamente impedir o delito ou deter o infrator para as providências das autoridades do Estado, mas principalmente puni-lo por meio de severo e, quase sempre, desproporcional castigo físico, numa leitura pervertida do *slogan* constitucional de que “a segurança é responsabilidade de todos”.

A distinção entre deter ou impedir o delito e “fazer justiça” com imposição de castigo físico à margem das instituições estatais encarregadas de aplicar a lei, nem sempre é fácil de ser feita na prática, mas responde pela definição essencial de linchamento. O ponto fundamental para estabelecer esse *discrímen* é reunir informações que indiquem a intenção de proceder à detenção (como, aliás, todo cidadão está autorizado a fazer²⁷) ou passar ao castigo físico.

²⁶ O método cartesiano nos exorta a fragmentar um problema complicado em problemas simples como componentes, e a estudar estes um por um (Elsasser, 1969, p. 112), encontrando na totalidade recomposta a resposta final esclarecedora.

²⁷ “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (Código de Processo Penal, art. 301). Esta disposição normativa, de caráter excepcional, indica que “há ocasiões em que emergem circunstâncias de tal vulto que se colocam acima dos recursos normais das autoridades. Nesses casos, o princípio de que estas são agentes da comunidade se reforça com o apelo ao auxílio dos próprios cidadãos” (Lipson, 1967, p. 100).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos linchamentos populares, enquanto modalidade de justiça paraestatal, possibilita-nos trazer à tona os problemas de insegurança pública, inefetividade do sistema judicial e efeitos da ação policial, além de outras questões transcendentais como legitimidade quanto ao uso da violência e estudo do homem em sociedade, que saturam muitos séculos das ciências sociais.

A justiça paraestatal, em todas as suas modalidades, é um dos tantos embaraços à evolução da sociedade e remete a raízes muito mais profundas que tocam as fibras constitutivas do tecido social e político (Guillén/ Heredia, 2005). Não nos parece, de forma alguma, que seja uma ameaça negligenciável, fútil ou sem interesse, para a higidez social e política do país. O problema é atual e importante, e sob um prisma político e jurídico, fornece material para avaliar se o modelo de Estado está cumprindo suas funções e se há pontos de erosão no tecido social.

É tarefa do Estado assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade, livre do medo e da insegurança (Roxin, 2009, p. 22), variáveis responsáveis pelo domínio da cultura da violência¹. Enquanto as instituições estatais, com suas ações, programas e iniciativas, não tornarem realidade concreta o Estado de direito democrático, o linchamento continuará a existir no imaginário da população como mecanismo coletivo válido de castigo (“direito ao uso da violência punitiva”), por fora da institucionalizada justiça estatal, fazendo da tortura e do homicídio seus instrumentos macabros de reivindicação. E a unidade de motivação do linchamento continuará a ser o indivíduo, com seus temores, preconceitos, necessidades e esperanças não atendidos.

O ato de agressão coletiva, em si, existe por conta de um conjunto de condições materiais, psicossociais e culturais não atendido pelos meios institucionais regulares. Para encaminhar soluções e extirpar essa mazela social, é necessária atenção às demandas sociais, tendo como pano de fundo a diversidade cultural, geográfica, linguística, histórica e social. E neste sentido, alguns desafios são claríssimos: deter, de forma sistemática, a desconfiança social nas instituições encarregadas de aplicar a lei; reduzir a insegurança objetiva e subjetiva²; substituir a cultura da violência por uma cultura da tolerância, do respeito e da legalidade; e aproximar as autoridades das necessidades sociais, tornando-as mais resolutivas.

¹ O homem, devido a seus temores, ajuda a assegurar que a cultura da violência o domine.

² Segurança não é apenas estar seguro (*segurança objetiva*), mas sentir-se seguro (*segurança subjetiva ou psicológica*).

As concepções mais elementares da democracia e do direito exigem que movimentos de justiça paraestatal sejam domados ou neutralizados pelo Estado de Direito. Melhor ainda, que sejam substituídos por mecanismos institucionalizados e predispostos à solução pacífica dos conflitos, impedindo que esses movimentos coletivos continuem a disseminar a cultura da violência, num *continuum* crescente, dentro de um padrão que tende, infelizmente, por força de mimetismo social à “normalização”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJDUKIEWICZ, Kazimierz. **Problems and theories of philosophy**. Tradução de K. Skolimowski e A. Quinton. New York: Cambridge University Press, 1975.

BAY, Christian. **La estructura de la libertad**. Tradução de María Dolores López Martínez. Madrid:Editorial Tecnos, 1961.

BEATTY, David. M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo:WMF Martins Fontes, 2014.

BECKER, Ernest. **La lucha contra el mal**. Tradução de Carlos Valdés. México:Fondo de cultura económica, 1977.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 02.03.2022.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal)**. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 08.06.2022.

BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil)**. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 08.06.2022.

BRONOWSKI, Jacob. **Um sentido do futuro**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília:Editora Universidade de Brasília, 1977.

CHATELET, François. *Logos e praxis*. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro:Paz e Terra, 1972.

CIARAMELLI, Fabio. **Instituciones y normas**. Tradução de Juan-Ramón Capella. Madrid:Editorial Trotta, 2009.

CLAUSEWITZ, Karl von. **On War**. Tradução de O. J. Matthijs Jolles. New York:Modern Library, 1943.

DU NOÛY, Lecomte. **A dignidade humana**. Tradução de Cruz de Malpique. Porto:Educação Nacional, 2^a. ed., 1951.

ELSASSER, Walter M. **Átomo y organismo. Nuevo enfoque de la biología teórica**. Tradução de Juan Almela. México:Siglo XXI Editores, 1969.

FERRATER MORA, José. **De la materia a la razón**. Madri:Alianza Universidad, 1983.

GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. Tradução de Válter Lellis Siqueira. São Paulo:Martins Fontes, 1991.

GOYRI, Víctor M. Martínez Bullé. **Seguridad y justicia como derechos humanos**. In: Comisión Nacional de Derechos Humanos. **Justicia por propia Mano**. México:CNDH, 2002, pp. 53-64.

GUILLÉN, Raúl Rodríguez.; HEREDIA, Juan Mora. Los linchamientos en México: entre el Estado de Derecho y los usos y costumbres. 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/325/32512908.pdf>. Acesso em: 12.05.2022.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo:Edições Loyola, 2002.

HUME, David. **Ensaio político**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo:Ibrasa, Col. “Clássicos da Democracia”, n. 09, 1963.

ISLAS, Gerardo. **La justicia por propia mano y la recuperación de nuestra memoria**. In: Comisión Nacional de Derechos Humanos. **Justicia por propia Mano**. México:CNDH, 2002, pp. 37-44.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo:Ibrasa, Col. “Clássicos da Democracia”, n. 22, 1964.

JOUVENEL, Bertrand de. **A ética da redistribuição**. Tradução de Rosélis Pereira. Porto Alegre:Ortiz, Instituto Liberal, 1996.

LEVITSKY, Steven.; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro:Zahar, 2018.

LIPSON, Leslie. **Os grandes problemas da ciência política**. Tradução de Thomaz Newlands Neto. Rio de Janeiro:Zahar, 1967.

LOCKE, John. **Carta a respeito da tolerância**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo:Ibrasa, Col. “Clássicos da democracia”, n. 21, 1964.

MÉXICO. **Constitución**. (1917). 2022. Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>. Acesso em: 08.06.2022.

MONSIVAIS, Carlos. **Justicia por propia Mano**. In: Comisión Nacional de Derechos Humanos. **Justicia por propia Mano**. México:CNDH, 2002, pp. 11-28.

MOSCOVICI, Serge. **La era de las multitudes. Un tratado histórico de psicología de las masas**. Tradução de Aurelio Garzón del Camino. México:Fondo de cultura económica, 1993.

NAGEL, Ernest. **Razón soberana**. Tradução de J. L. A. G. Madrid:Tecnos, 1966.

NICOL, Eduardo. **La reforma de la filosofía**. México:Fondo de cultura económica, 1994.

NICOL, Eduardo. **La vocación humana**. México:El Colegio de Mexico, 1ª. ed., 1953.

OAKESHOTT, Michael. **Conservadorismo**. Tradução de André Bezamat. Belo Horizonte:Âyiné, 2020.

PAINE, Thomas. **Senso comum e outros escritos políticos**. São Paulo:Ibrasa, Col. “Clássicos da Democracia”, n. 20, 1964.

POPPER, Karl. **The open society and its enemies. Vol. I**. London:Routledge & Kegan Paul, 1974.

RIBOT, Théodule. **As doenças da personalidade**. Tradução de Wilson Antonio Frezzatti Jr. São Paulo:Editora Unifesp, 2020.

RODRIGUES, João Gaspar. **Força normativa, teoria especular e imperativo constitucional**. Revista Eletrônica do CNJ, v. 5, n. 1, jan. /jun. 2021, pp. 141-159.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2^a ed., 2009.

SANTAYANA, George. **La Vida de la Razón**. Tradução de Aída A. de Kogan. Buenos Aires:Editora Nova Buenos Aires, 1958.

SANTILLÁN, Alfredo. **Linchamientos urbanos. “Ajusticiamiento popular” en tiempos de la seguridad ciudadana**. Quito:Iconos. Revista de Ciencias Sociales. Num. 31, mayo 2008, pp. 57-69.

SMITH, Louis. **La democracia y el poder militar**. Tradução de Fernando Demarco. Buenos Aires:Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

VILAS, Carlos. **(In)justicia por mano propia: linchamientos en el México contemporáneo**. In: MENDOZA, C.; TORRESRIVAS, E. (eds.) **Linchamientos: ¿barbarie o “justicia popular”?** Flacso-Guatemala:UNESCO, 2003.

A (IN)EFETIVIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INCONVENCIONAIS SOB A ÓTICA DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Marcus Vinícius Nogueira Rebouças¹

Resumo: Este estudo pretende apresentar a (in)efetividade do controle de convencionalidade como mecanismos de harmonização entre ordenamentos jurídicos interno e externo, notadamente, em face de convenções e de tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil, seja com status de emenda constitucional, seja com natureza supralegal, especialmente, a CADH. O descumprimento de normativas internacionais já levou o Brasil a ser responsabilizado e normas constitucionais terem sua inconventionalidade declarada a nível internacional. Assim, as razões da (in)efetividade desse mecanismo no Brasil ocasiona tensão entre os ordenamentos jurídicos interno e externo e o princípio da supremacia constitucional é utilizado como vetor de argumento de sua inaplicabilidade.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Supremacia constitucional; Inefetividade.

Abstract: This study intends to present the (in) effectiveness of the control of conventionality as mechanisms of harmonization between internal and external legal systems, notably, in view of international human rights conventions and treaties incorporated by Brazil, either with constitutional amendment status or with supralegal nature, especially CADH. Failure to comply with international regulations has already led Brazil to be held accountable and constitutional norms to have their unconventionality declared internationally. Thus, the reasons for the (in) effectiveness of this mechanism in Brazil and the principle of constitutional supremacy as an argument vector for its inapplicability.

Keywords: Conventionality control. Constitutional supremacy. Ineffectiveness.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá abordar o controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos tratados (acordos formais) e às convenções (acordos multilaterais com normas gerais) internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira e sua relação com a supremacia da Constituição Federal de 1988.

Nesse panorama, o controle de convencionalidade surge como uma tentativa de dupla verificação de validade das normas, haja vista que a ausência de harmonização entre a ordem jurídica interna e os tratados internacionais de direitos humanos causa insegurança jurídica na aplicação dos direitos que, a rigor, devem ser aplicados sem distinção. No Brasil, uma das primeiras aparições da temática objeto de discussão se deu com a tese de Doutorado de Mazzuoli (2008) e, hoje, tem ganhado contornos mais definidos por outros juristas, a exemplo de Trindade (2006).

¹ Advogado. Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela UNIFOR (Conceito: CAPES 6). Integrante do Grupo de Pesquisa em Estudos em Direito (GEPEDI) do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional (PPGD/UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Revisor acadêmico da Revista Antinomias (ISSN: 2675-9808). Experiência como estagiário no Tribunal Regional Eleitoral do Ceará (TRE/CE). Escritor, palestrante, organizador de livros acadêmicos, participante de grupos de pesquisa e extensão.

Todavia, o Brasil, em decorrência de sua soberania, nem sempre observa os comandos internacionais, por exemplo, da CADH, o que já o levou a ser responsabilizado pela Corte IDH, em clara desarmonização entre a norma interna e externa, decorrente do conflito entre essas normas.

Ademais, deve-se considerar que as normas de direitos humanos são positivadas com status de supralegalidade ou como emendas à constituição, por isso, hierarquicamente superiores as legislações infraconstitucionais. Nesse caso, havendo conflito, deve haver uma harmonização entre os ordenamentos jurídicos interno e externo, em decorrência do princípio para o homem.

Destarte, considera-se demonstrada a importância da temática objeto de estudo, visto que, no cenário globalizado atual, a interseccionalidade jurídica é uma realidade e precisa ser debatida no meio acadêmico, a fim de fomentar a produção de pesquisas voltadas à tutela de direitos humanos por meios de normativas internacionais, e o controle de convencionalidade como instrumento de apaziguamento de possíveis tensões entre os planos doméstico e externo, bem como a responsabilização dos Estados que infrinjam as disposições internacionais de tratados e de convenções de que seja parte.

O crescimento das relações internacionais e a necessidade de proteção de direitos humanos fez com que vários países do mundo se aliassem, sendo um deles o Brasil. Essas "alianças" internacionais se perfectibilizam, como regra, por meio dos tratados que, na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, podem adquirir status de norma constitucional ou supralegal.

Porém, às vezes, é necessário que se realize o controle de convencionalidade, ocorrendo pela via difusa, na atuação de juízos e Tribunais, bem como, por estes últimos, de maneira concentrada, quando da análise e do julgamento dos casos concretos. O objetivo desse mecanismo é equilibrar as possíveis "tensões" entre as normas interna e externa.

Nesse contexto, a problemática-cerne deste trabalho repousa quando esses choques entre as previsões nacional e internacional põem em discussão a segurança jurídica. Quando se vislumbra um choque paradigmático nesse sentido, tem-se, de um lado, a supremacia do ordenamento interno, do outro, a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador das relações internacionais de que o Brasil é parte, como ocorre com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Em determinados casos, a

incongruência entre as previsões interna e externa ocasiona a responsabilização internacional do Brasil perante a Corte IDH.

Além disso, tem-se a possibilidade de existir normas, concomitantemente, constitucionais e inconventionais, de modo a causar atritos entre a soberania nacional e a jurisdição internacional, a exemplo da Corte Americana de Direitos Humanos. Em face a essas questões, ratifica-se a relevância do controle de convencionalidade efetivo, nacional ou internacionalmente.

1. DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DE TRATADOS E DE CONVENÇÕES SOB O PRISMA DA HISTÓRIA E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos humanos tiveram como berço histórico a Revolução Americana (1776), com inspiração do movimento Iluminista e a Revolução Francesa (1789), marco revolucionário lembrado pela tomada da Bastilha pelos populares e pela consagração dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A universalização dos direitos humanos se deu com Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, posteriormente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) (HUNT, 2009).

Nesse contexto e devido à característica da historicidade, os direitos humanos representam uma classe de direitos que está em constante processo de construção e reconstrução ao longo da história, conforme Arendt (1989), e possui um caráter democrático e revolucionário (MANIGLIA, 2013). Nesse sentido, para que os direitos humanos fossem protegidos e ganhassem uma dimensão legítima, foi necessária a edição de marcos legais (HUNT, 2009).

Alguns instrumentos normativos ao longo da história marcam a regulação dos tratados internacionais em lato sensu, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966), a Convenção de Viena (OEA, 1969) e o Pacto São José da Costa Rica (CADH, 1969).

A Convenção de Viena, por exemplo, teve como objetivo precípua o disciplinamento e a regulação do processo de formação dos tratados internacionais, sendo promulgada, pelo Brasil, com ressalvas (arts. 25 e 66), por meio do Decreto nº 7.030/09 (BRASIL, 2009). Apesar das ressalvas, o art. 27 da Convenção de Viena é nítido “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969, s. p.). Este artigo da

convenção traduz a ideia de que é preciso um diálogo entre as ordens endógena e exógena para que haja uma otimização da justiciabilidade e acionabilidade dos direitos humanos.

Da leitura sistemática e teleológica do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, os tratados são considerados fontes oriundas do Direito Internacional, de modo a servirem como orientadores à sua aplicação e integração ao ordenamento jurídico (ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945).

Além disso, os tratados possuem requisitos de negociação internacional, validade e modalidades de extinção, o que os tornam legítimos e seguros perante os Estados que os incorporam. De acordo com Weis (2012), o processo de positivação dos tratados de direitos humanos marca um período contemporâneo, abstendo-se dos ideais do jusnaturalismo e aproximando-se do caráter obrigatório desses direitos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 intensificou o diálogo e a interseção dos tratados internacionais e das convenções face às normas e aos princípios constitucionais, sendo a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura um exemplo desse processo de internalização de normativas internacionais no ordenamento pátrio logo após a promulgação do Texto Constitucional (BRASIL, 1989).

A Constituição Federal, quando disciplina as competências à celebração e deliberação de tratados, acordos e atos internacionais, explicita que compete ao Presidente da República celebrá-los e promulgá-los (art. 84, IV e VIII) e, ao Congresso Nacional (art. 49, I), deliberar se esses instrumentos internacionais podem acarretar encargos graves ao patrimônio nacional e, posteriormente, se for o caso, referendá-los (BRASIL, 1988).

Quanto à posição normativa de tratados e de convenções, a redação dada pela EC 45/04 estabelece que pode ter natureza de emenda constitucional, segundo o art. 5º, §3º, quando diante de tratados de direitos humanos; de supralegalidade, no caso de não terem sido incorporados pelo rito do artigo mencionado e aprovados pelo procedimento do art. 47 da CF/88, segundo interpretação do Supremo no HC 90.172-7/SP (BRASIL, 2007), no RE 466.343-1/SP (BRASIL, 2008) e com base na disposição do art. 5º, §2º, da CF/88 (BRASIL, 1988); e de lei ordinária, na hipótese de tratados que não versem sobre direitos humanos.

Há quem entenda que a inclusão do §3º ao art. 5º é um verdadeiro retrocesso, haja vista que a hermenêutica do §2º já é clara acerca da constitucionalidade dos tratados

(GALINDO, 2005). Neste raciocínio, todos os tratados e todas as convenções internacionais de direitos humanos ocupariam posição constitucional.

Assim, depreende-se que os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma natureza especial, posto o que justifica sua incorporação mais rígida ao ordenamento jurídico doméstico. Ademais, para que esses tratados sejam válidos, é imprescindível que atendam aos fins sociais visados, para que sirvam, também, como mecanismos de controle contra os arbítrios do Estado.

Em conjugação a isso, imperioso se faz relacionar os princípios da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, previsto no art. 4º, II, da CF/88 e da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, III, da CF/88 (BRASIL, 1988). Essa relação, que visa proteger a dignidade da pessoa humana como direito intangível e de responsabilidade da sociedade endógena e exógena, pôde ser visualizado fortemente, no Brasil, com a ratificação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 2002), em cenários de graves violações a direitos humanos na seara penal.

Nesta perspectiva, realça Piovesan (1996) que a proteção aos direitos humanos é uma faceta do princípio da dignidade da pessoa humana e, por isso, fundamento da República Federativa do Brasil. Afora isso, a conjuntura internacional moderna se mostra, realmente, preocupada com a proteção do indivíduo (LAGE, 2009).

Arelado ao exposto, verifica-se que o procedimento de internacionalização de normativas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro possui algumas peculiaridades formais que visam, sobretudo, a proteção aos direitos humanos na órbita interna em compasso com a internacional, de forma que não haja infringência à soberania nacional. Saliente-se que os direitos humanos vêm sendo objeto de proteção nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Essa união representa um esforço mundial na salvaguarda dos direitos humanos para toda a sociedade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000).

2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Segundo Russowsky (2012), o controle de convencionalidade é exercido por meio da harmonização das leis de um país, tendo-se como parâmetro os tratados internacionais sobre direitos humanos, permitindo-se uma dupla verificação da compatibilidade. Assim, a aplicação do controle em destaque decorre do status normativo especial que o tratado ocupa no ordenamento jurídico (CAVALLO, 2013).

Além disso, o controle de convencionalidade possui alguns fundamentos de validade, a exemplo do princípio da boa-fé, do *pacta sunt servanda* e da prevalência dos direitos humanos (SAGUÉS, 2010). Essas características, por seu turno, norteiam a aplicação adequada do referido mecanismo de harmonização entre os planos interno e externo, já que o controle não pode, simplesmente, ser posto como parâmetro de adequação de normas internas sem observâncias que garantam a eficácia do sistema e, principalmente, da preservação dos direitos humanos.

O controle de convencionalidade guarda similitude com a transconstitucionalismo apontado por Neves (2014), à medida que tenta entrelaçar a constituição vigente com os ordenamentos jurídicos exógenos sem que, para tanto, estabeleça-se hierarquia. É, assim, a personificação do Estado Democrático de Direito contemporâneo dialógico e intergerencial.

Alinhado a isso, consoante Carducci (2014), tem-se a teoria tridimensional das integrações supranacionais, ao estabelecer os contornos entre hierarquia, verticalização e controle de convencionalidade no plano supranacional. Numa perspectiva crítica ao tratamento diferenciado ao respectivo controle, Juárez (2013) entende que o controle de convencionalidade nada mais é do que a aplicação do tratado.

No Direito Comparado, o controle de convencionalidade surgiu em 1975, fruto das interpretações do Tribunal Constitucional Francês (MAZZUOLI, 2008). No Brasil, uma das primeiras aparições do controle de convencionalidade se deu em 2008, com a defesa de doutoramento de Valerio Mazzuoli. A menção ao referido controle se deu pela CorteIDH (2006) com caso *Almacid Aureliano e outros vs. Chile*.

Mazzuoli (2013) sustenta que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos internalizados à ordenação jurídica brasileira com quórum especial são considerados emendas à Constituição e, portanto, possuem natureza jurídica de norma constitucional, dada a redação do art. 5º, §3º, da CF/88 e a às controvérsias do alcance que o art. 5º, §2º já atribuía às normativas internacionais.

Logo, se a lei pátria for contrária ao tratado, é possível que se decrete sua inaplicabilidade, como se deu com edição da Súmula Vinculante nº 25 (BRASIL, 2009), que passou a inadmitir a prisão civil do depositário infiel, em um juízo de suprallegalidade. Já no caso de normas internas compatíveis com o tratado, estas são consideradas convencionais.

Com base nessa proposição, Mazzuoli (2013) ensina que, se as normas constitucionais podem ser objeto de controle constitucionalidade. Não há argumentos, juridicamente, lógicos e legítimos a obstar o controle convencional em face de tratados com status de norma constitucional. Mesmo diante do apregoado, seria, realmente, o controle de convencionalidade um mecanismo eficiente no Brasil?

No que se refere a suas modalidades, o controle de convencionalidade pode ser nacional, como compreende Mazzuoli (2008), e internacional, conforme Ramos (2012), e se dá nas vias difusa e concentrada, semelhante ao controle de constitucionalidade. Todavia, a regra é que, a princípio, o controle ocorra internamente, de modo a se proteger as normas previstas na Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, o controle de convencionalidade, na lição de Guerra (2014), pode ser realizado pela própria Corte Americana de Direitos Humanos e pelos juízos e tribunais do Estado integrante. A CorteIDH definiu que a forma como os países devem exercer o controle, internamente, depende das especificidades e disposições de cada Estado (RAMÍREZ, 2013). Além disso, segundo Piovesan (2008), o parâmetro de controle que o tratado pode passar depende da forma como foi incorporado pelo Estado, ou seja, se formal e /ou materialmente constitucionais.

A via difusa permite que qualquer juízo ou Tribunal, sob casos concretos singulares, possa declarar, incidentalmente, a (in)convencionalidade de tratados, unicamente, materialmente constitucionais, ou seja, aqueles não incorporados pelo ordenamento jurídico segundo o rito do art. 5º, §3º da CRFB/88 (MAC-GREGOR, 2017). Essa forma de controle foi visualizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú* (CORTE IDH, 2017). Na modalidade difusa, também, há a possibilidade do controle de suprallegalidade.

Já a via concentrada é de competência dos Tribunais de Justiça e, precipuamente, do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de ações próprias, hipótese em que o objeto da ADI seria a declaração da inconvenção e não da inconstitucionalidade da lei e com efeito perante todos.

Nesta modalidade, reforçada pela EC 45/04 (BRASIL, 2004), somente os tratados de direitos humanos com status de emenda constitucional podem servir de parâmetro. Quanto ao momento de suscitação do controle, Martins e Moreira (2012) sustentam que deve ser em preliminar. Mazzuoli (2013), por sua vez, entende que pode se dar de ofício.

Além dessas classificações, Sagués (2012) preconiza que o controle de convencionalidade é gênero e que tem por espécies as modalidades construtiva e destrutiva. A primeira corresponde ao processo hermenêutico de compatibilização entre as ordens interna e externa. A segunda é compreendida como o procedimento de invalidação das normas internas que estejam em descompasso com a normatividade internacional.

Toda essa exigência em relação aos tratados e às convenções internacionais de direitos humanos repousa na preocupação histórica e mundial na proteção de direitos que fossem universais e pluridimensionais. Em face a isso, repisa-se a relevância do controle de convencionalidade como parâmetro de garantia à inviolabilidade de direitos que, segundo Piovesan (2004), nasceram universais na concepção natural, posteriormente, positivaram-se como particulares e, por fim, consolidaram-se como direitos positivos universalizados.

Assim, é necessária uma hermenêutica sistemática entre o teor do tratado de direitos humanos com as disposições normativas internas relativas àqueles direitos, de forma que haja uma coesão entre eles e uma conduta colaborativa entre os Estados (TRINDADE, 1997).

Assim, não basta a mera formalização dos tratados e das convenções e a incorporação ao ordenamento interno, é preciso que haja, efetivamente, a harmonia entre as ordens interna e externa para que os direitos reivindicados nesses instrumentos sejam respeitados em compasso à órbita constitucional, sob pena de responsabilização do Estado infringente.

No Brasil, verifica-se, de acordo com Ferreira (2017), uma escassa utilização ou menção ao controle de convencionalidade nas decisões judiciais do STF. A exemplo disso, tem-se a ADPF 496, de 19 de junho de 2020 (BRASIL, 2020). Após discussões acerca da compatibilidade do desacato com a ordem constitucional e internacional, a Suprema Corte decidiu que o desacato foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de forma que não há violação à ordem constitucional e à CADH. Ocorre que o art. 13 da referida Convenção considera o crime de desacato uma afronta ao primado da liberdade de expressão, razão pela qual a legislação que tipifica o referido crime do art. 331, do Código Penal seria inconveniente, em nítido descompasso com a CADH (BRASIL, 1940).

Outro exemplo é a ADPF n. 153/DF (BRASIL, 2008), em que a interpretação da Corte IDH foi no sentido de considerar a Lei de Anistia, Lei n. 6.683/1979 (BRASIL, 1979) inconvenção, por entender pela imprescritibilidade dos crimes cometidos por ditadores durante o período ditatorial (ROTHENBURG, 2013).

Por outro lado, há leis domésticas que reforçam a aplicação dos tratados, inclusive, com prevalência à legislação interna, como se dá com o art. 98 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966). Em consonância com o artigo mencionado, os tratados e as convenções internacionais de que o Brasil é parte têm a capacidade de revogar e modificar a legislação interna, devendo, ainda, serem observados pelas disposições tributárias que sobrevenham após a adesão à normativa externa.

A inaplicabilidade do controle de convencionalidade já fez o Brasil ser responsabilizado, a exemplo do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (CORTE IDH, 2006). Neste do caso, o Estado brasileiro foi condenado a indenizar a família de Damião Ximenes Lopes, torturado em uma Casa de Repouso no interior do Ceará. Em 2007, a União cumpriu a obrigação, indenizou os familiares da vítima e a Justiça Cearense condenou, nos ditames do art. 136, §2º, do CP (BRASIL, 1940), os responsáveis pela morte da vítima. Porém, as políticas adotadas pelo Brasil não se mostraram tão eficientes (ROSATO; CORREIA, 2011).

Interessante pontuar, de acordo com D'Ávila e Damasceno (2020), que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui um órgão de solução consensual de conflitos entre o Estado infrator e as vítimas, o PSA, pautado na autonomia da vontade. Nessa conjuntura, nota-se que existe um esforço internacional no combate a violações de direitos humanos de maneira mais responsável e menos desagradável para o Estado denunciado e para as vítimas.

O Relatório nº 95/03 informa que fora apresentada uma petição por Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (organizações não governamentais) junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro por sérias violações a direitos ligados à vida, a liberdade e, principalmente, pela situação de trabalho escravo no estado do Pará vivenciada por José Pereira, em meados de 1989, quando tinha 17 anos de idade (CADH, 2003).

Ainda conforme o Relatório, em 18 de setembro, o Brasil e as organizações peticionárias solucionaram o conflito perante a Comissão, de forma que o Estado brasileiro se comprometeu a reparar os danos sofridos, fiscalizar possíveis condições de

trabalho escravo e a adotar medidas legislativas que possibilitem punir com seriedade situações semelhantes. No que tange à mudança legal, a Lei nº 10.803 (BRASIL, 2003), que alterou o art. 149 do Código Penal, foi substancial na tentativa de amenizar condições escravocratas de trabalho no Brasil (D'ÁVILA; DAMASCENO, 2020).

Nesse cotejo, é preciso balancear a força dos tratados no panorama jurídico interno, sob pena de que aquilo que está expresso na Constituição e nas leis não for reforçado ou reproduzido em sintonia com tratado, ser considerado “texto morto” ou incompatível, de forma a gerar insegurança jurídica e “caos normativo”.

Se ao tratado foi atribuída posição de emenda à constituição, parte-se da premissa que todo o processo de internacionalização especial é legítimo perante a Constituição Federal de 1988. Porém, em razão de algumas incompatibilidades entre os ordenamentos jurídicos interno e externo, o controle de convencionalidade encontra dificuldades de amenizar determinados conflitos e/ou não é aplicado, o que, conseqüentemente, dificulta a homogeneidade entre as proposições nacional e internacional, uma vez que, segundo Killander (2010), o atual cenário é transnacionalidade.

Noutro viés, é passível questionar, por exemplo, a legitimidade da Corte Interamericana em proferir certas decisões que possam violar as normas constitucionais. É de se fazer crítica quando a Corte IDH “impõe” o controle, a despeito de qualquer consideração sobre as normas constitucionais, de forma unilateral (CONTESSÉ, 2013).

Ao se fazer isso, indaga-se que não houve efetivo diálogo, mas um mero “monólogo”, em que a Corte IDH decide pela modificação de normas internas. Além disso, é imprescindível a observação acerca das decisões emanadas pela Corte IDH, no sentido de se apurar se a Corte Internacional decide nos limites do pactuado, já que impera o pacto sunt servenda, ou se vai além, de forma a infringir os limites acordados.

Todavia, muito embora os arts. 1.1 e 2 da CADH reforcem a aplicação e prevalência das normativas interamericanas sobre as nacionais, os Estados integrantes não são obrigados a ratificar, tampouco coagidos a dar, no caso do Brasil, hierarquia de norma suprallegal à CADH (SHÄFER, RIOS, LEIVAS, GOMES, 2017).

Os desafios da proporcionalidade que deve ser mantida entre o tratado e a norma têm se apresentado, conforme Trindade (2006), como uma forma de mudanças notáveis das legislações nacionais com o objetivo de harmonizar-se perante os tratados.

Essa discussão, por sua vez, decorre de uma tensão entre soberania nacional e a adesão do Brasil às normativas internacionais de direitos humanos, como a CADH.

Diante disso, se o Brasil é soberano, não poderia, em tese, ser coagido a realizar mudanças normativas internas.

Por outro lado, em decorrência dessa mesma soberania, o país se obrigou a cumprir os tratados internacionais, e, portanto, estaria sujeito a obedecer às decisões da Corte IDH, já que o Brasil atribuiu legitimidade a esta Corte para proferir decisões. Em alguns casos, os Estados, em nome de suas soberanias e na falta de legitimidade democrática no plano interno das decisões da Corte IDH, deixam de aplicar as decisões da Corte (GARCÍA, 2012). Sob outro ângulo, há Estados que ratificam a importância e a hierarquia do controle de convencionalidade, como a Corte Suprema do México e da Argentina, de modo que as normativas internacionais devem ser respeitadas nesses Estados (TORELLY, 2017).

A problemática-desafio em torno do Brasil é: se, a rigor, o Brasil não aplica em sua jurisprudência o controle de convencionalidade, como forma de proteção a sua soberania nacional, por qual razão ratifica tratados e convenções, em alguns casos, com status constitucional? Neste ponto, o controle de convencionalidade não tem surtido o efeito desejado no Brasil, já que não é aplicado como deveria e/ou não é suficiente para solucionar as controvérsias interna e externa. Mas, como proceder a isso de forma efetiva? De que modo o Brasil pode aplicar a técnica da harmonização do controle de convencionalidade sem se “preocupar” com a proteção à soberania nacional em detrimento da decisão internacional? Por que esse “diálogo” não ocorre na prática? Questões como essas precisam ser elucidadas à eficaz proteção dos direitos humanos.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E INCONVENCIONAIS, O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E A SOLUÇÃO DA INEFETIVIDADE

De fato, pode ser que uma norma seja, integralmente, fiel ao texto da constituição e, parcialmente ou nada, à redação do tratado, uma vez que o quadro jurídico interno é oscilante. Todavia, indaga-se como isso pôde ocorrer, já que um dos princípios basilares do constitucionalismo brasileiro é a unidade do bloco de constitucionalidade. Nesse ponto, uma perspectiva interessante a ser analisada é o princípio do pro homine, que defende a prevalência da norma mais favorável ao indivíduo e aos direitos humanos (RAMOS, 2005).

Isso, porém, remete à questão de quem deve proceder ao controle de convencionalidade e, em última instância, dizer qual norma deverá prevalecer. Parte-se,

então, da premissa da harmonia das normas e das leis como ferramenta de completude do ordenamento jurídico pátrio.

A título exemplificativo, o art. 102, I, b e c da CF/88 (BRASIL, 1988), regulamentado pelo Regimento Interno do STF, art. 5º, I c/c art. 9º, I, a e k (BRASIL, 2020), trata do julgamento originário por foro por prerrogativa de função, de modo que o julgamento se opera em única instância, sem direito a recurso.

Essa previsão seria constitucional ou privilegiaria aqueles sujeitos com prerrogativas funcionais? Essa precisão colide com o art. 8.2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos (tratado em que o Brasil é parte com status de suprallegalidade). A colisão repousa na previsão internacional de que o duplo grau de jurisdição é um princípio obrigatório. Ocorre que, no Brasil, o princípio do duplo grau de jurisdição está implícito na Constituição.

Apesar disso, não se implica dizer que não seja um direito fundamental e que deva ser cumprido. É cabível, ademais, afirmar que, neste caso, a norma é constitucional e inconvenção. Resta, por derradeiro, ao STF, enquanto guardião da Constituição, amoldar o art. 102, I, b e c à CADH, similarmente como fez com a prisão civil do depositário infiel, em que o art. 5º, LXVII, da CF/88 permitia a prisão do depositário, e o art. 7.7 da Convenção (CADH, 1969) denegava.

Relevante salientar que, quanto ao exercício do controle de convencionalidade, em última instância, a Corte IDH é considerada o “intérprete legítimo” da Convenção Americana de Direitos Humanos. Então, no caso de conflito, há de se pensar em como a Corte IDH interpreta uma determinada norma. Se a norma é constitucional e inconvenção, como fica a situação da Constituição enquanto norma de obediência obrigatória? Ressalte-se, todavia, que o próprio art. 5, §2º, da CF/88, protege os direitos e os princípios dos tratados internacionais de que o Brasil é parte.

No caso de o tratado ter sido aprovado pelo rito especial do art. 5, §3º, como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Seu Protocolo Facultativo (ONU, 2007), ratificada pelo Dec. nº 6.949/09 (BRASIL, 2009), o conflito é entre normas, eminentemente, constitucionais. Ao revés, se a colisão se der entre uma norma constitucional e um tratado de direitos humanos de natureza suprallegal, a princípio, ter-se-ia como preponderante a norma oriunda da Carta Cidadã, pela sua supremacia.

Ademais, mesmo que o conflito se estabeleça entre uma norma, originalmente, constitucional e um tratado incorporado e de caráter supralegal, um dos princípios que regem as relações internacionais no Brasil é o princípio da prevalência dos direitos humanos, art. 4º, II, da CF/88 (BRASIL, 1988), independentemente da posição do tratado no ordenamento jurídico pátrio.

Exemplifica-se o caso da ADPF nº 320/DF (BRASIL, 2014), proposta pelo PSOL, de cujo objetivo era adequar à Lei de Anistia, Lei nº 6.683/79 (BRASIL, 1979), à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outra vs. Brasil, conhecida como “Guerrilha do Araguaia” (CORTE IDH, 2010). O Supremo, por seu turno, alegou que, em decorrência da CADH ter natureza supralegal, não poderia ser objeto de controle abstrato de convencionalidade.

Por derradeiro, considera-se que, embora haja a possibilidade de normas constitucionais a inconventionais, as jurisdições nacional e internacional precisam estabelecer uma postura mais cooperativa e menos combativa à solução da controvérsia. Assim, quando diante de conflitos dessa natureza e demais celeumas que envolvam direitos humanos nos plenos nacional e internacional, a solução é a compatibilização, de sorte que se proteja os direitos humanos, o princípio do pro homine e se evite o chamado efeito cliquet.

A tutela dos direitos humanos só é atingida quando houver um diálogo. Não há choques com a soberania nacional, pois o Estado atribuiu legitimidade, por exemplo, a CADH para decidir questões dessa natureza. Isso não implica dizer que o Brasil, enquanto Estado-membro, deva se manter inerte ante modificações em sua legislação e jurisprudência internas pela Corte IDH, mas que se busque cooperação em favor dos direitos e não, apenas, de sua soberania. Essa interlocução pode se dar por acordos de ratificação de compromissos internacionais, a própria solução amistosa no âmbito da Corte IDH etc. A soberania nacional não pode ser argumento de descumprimento de preceitos internacionais de que o Brasil é parte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos são de extrema relevância à garantia e à ratificação dos direitos humanos na órbita constitucional. Sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio deve observância aos ditames preconizados pela Constituição Federal de 1988. A proteção e o controle desses tratados devem se dar, independentemente, da forma como a internacionalização ocorreu. Todavia, a incorporação do §3º ao art. 5º da CF/88 pela EC 45/04 (BRASIL, 2004), pois personifica um retrocesso na proteção de todos os tratados de direitos humanos, independentemente, do procedimento de internacionalização;

O referido controle pode ser exercido pelas modalidades nacional, internacional, difusa e concentrada. Porém, o Brasil, em alguns julgados, demonstra não aplicar a referida ferramenta, desrespeitando os tratados de que é parte. Essa realidade já fez o país ser responsabilizado pela Corte IDH, o que demonstra um cenário de insegurança jurídica e desrespeito aos direitos humanos no país. Apesar disso, é necessário, para que os fins do controle de convencionalidade sejam atingidos, que haja um diálogo entre as previsões doméstica e internacional, de modo que se preserve a soberania e não haja, apenas, uma alteração arbitrária da legislação interna pela jurisprudência internacional;

Não se pode olvidar que, mesmo diante de todo um procedimento especial previsto na Constituição Federal de 1988 à incorporação de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, algumas previsões internas são, flagrantemente, inconventionais. Algumas antevistas colecionadas justificam essa realidade de “choque normativo”, bem como decisões judiciais que, claramente, demonstram esse caráter dúbio da norma que seja constitucional e inconventional. Além disso, questões relacionadas à supremacia constitucional são vetores que se verificam quando da inaplicabilidade do tratado nas decisões judiciais. Mesmo diante dos argumentos de segurança e soberania nacionais, não se pode esquecer da defesa dos direitos humanos como direitos do indivíduo, em contemplação ao princípio para o homem, o que deve prevalecer ante interrogações de qual normatividade deve prevalecer, se a endógena ou exógena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Brasília, DF: Presidência da República, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República. [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1979]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. **Lei no 10803, de 12 de dezembro de 2003**. Altera o art. 149 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Brasília, DF, Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.803.htm. Acesso em: 06 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, assinado em 17 de julho de 1998. Brasília, DF, Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm Acesso em: 02. set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 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: 15 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 98.386, de 09 de dezembro de 1989.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena, em 09 de dezembro de 1985. Brasília, DF, Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1980-1989/D98386.htm Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.** 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 320.** Lei de anistia. Violações a direitos humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Relator: Min. Luiz Fux, 19 de Agosto de 2020. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4574695>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153.** Lei n. 6.683/79, a chamada “Lei de Anistia”. Democrático e princípio republicano: não violação. Circunstancias históricas. Dignidade da pessoa humana e tirania dos valores. Interpretação do direito e distinção entre texto normativo e norma jurídica. Crimes conexos definidos pela lei. n. 6.683/79. Caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Relator: Min. Eros Grau, 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 496.** Direito constitucional e penal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Crime de desacato. Art. 331 do CP. Conformidade com a convenção americana de direitos humanos. Recepção pela constituição de 1988. Relator: Min. Roberto Barroso, 22 jun. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446054>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 141.949.** Habeas corpus. 2. Crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). 3. Controle de constitucionalidade (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) e de

convencionalidade (art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 4. Alegada ofensa à liberdade de expressão e do pensamento que se rejeita. 5. Criminalização do desacato que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. 6. Ordem denegada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 90. 172-7**. Habeas Corpus. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. Relator: Min. Gilmar Mendes, 05 jun. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc90172.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 466**. 343-1. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Min. Cezar Peluso, 03 dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 349.703-1**. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do Art. 5. da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento Jurídico brasileiro. Relator: Min. Gilmar Mendes, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CARDUCCI, Michele. **Teoria Tridimensional das integrações supranacionais**: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. **El control de convencionalidad**: análisis em derecho comparado. Revista Direito DV, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 721-754, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n2/a15v9n2.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe n. 95/03, 24 de outubro de 2003**. Petición 11.289. Solución Amistosa. José Pereira Brasil.

Washington D.C: CIDH, 2003. Disponível em:
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Brasil.12289.htm>. Acesso em: 06 set. 2020.

CONTESSÉ, Jorge. **¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2013. Disponível em:
http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/paper_contesse.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n° 154. Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n°149. Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Série C n° 333. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf Acesso em: 28 ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua**. Sentencia de 13 de septiembre de 1997. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Série C n° 45. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=278
Acesso em: 25 ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C no 219. Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf Acesso em: 08 ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Série n° 353. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf Acesso em: 29 ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Las Palmeras Vs. Colombia**. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Série C n° 96. Disponível em:
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/laspalmeras.pdf> Acesso em: 25 ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n°158. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf Acesso em: 18 ago. 2020.

D'ÁVILA, Ana Maria; DAMASCENO, Mara Livia. **Procedimento de solução amistosa perante a Comissão Interamericano de Direitos Humanos**. Revista Pensar Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 25, n.2, p. 1-18, abr./jun.2020. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/10162/pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **A reforma do judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos**: um estudo sobre o novo § 3o do artigo 5o da Constituição Federal. *Cena internacional*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 3-22, 2005.

GARCÍA, Hugo Saúl Ramírez; BARROSO, José Antonio Sánchez. **La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011**. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, [s.v.], n. 27, p. 213-249, 2012. Disponível: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n27/n27a8.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2014.

HUN, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: unha história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JUÁREZ, Karlos A. Castilla. **¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea**: la garantía de tratados. Anuário Mexicano de Derecho Internacional, México D.F., v. XIII, p. 51-97, 2013.

KILLANDER, Magnus. **Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos**. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 148-175, 2010.

LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicionalização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MOLLER, Carlos María Pelayo. **Las Obligaciones Generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. Biblioteca On-line da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/33211.pdf> Acesso em: 01 set. 2020.

MANIGLIA, Elisabete. **Direitos humanos**: entre o relativismo e o universalismo. Ponderações e justificações das correntes em tempos hodiernos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antônio Moreira (Org.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MARTINS, Leonardo. Moreira, Thiago Oliveira. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Orientador: Cláudia Lima Marques. 2008. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132783/000680945.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 ago. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova, São Paulo, v. 93, p. 202-232, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf> Acesso em: 11 set. 2020.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/carta/> Acesso em: 01 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em dezembro de 2006**. 2006. Disponível em: <http://www.bengalalegal.com/onu.php>. Acesso em: 02 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Cúpula das Nações Unidas sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. Nova York, 20 a 22 de setembro de 2000. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/07/MDG-2015-June-25.pdf> / . Acesso em: 03 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal de direitos humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. 1979. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 01 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1976. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 01 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da OEA**. 1967. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Acesso em: 02. set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**. 1985. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/tortura.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 set. 2020.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Direitos Humanos: Democracia e integração jurídica: emergência de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 557-589.

RAMÍREZ, Sergio García. **Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales)**: algunas cuestiones relevantes. UNAM, México, v.1, n. 18, p. 1-32, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Caso Damião Ximenes Lopes**: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 93-113, 2011. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/11/01.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Constitutionality and conventionality of the Brazilian Amnesty Law**. Rev. Direito GV, São Paulo v.1, n. 2, July/Dec. 2013.

Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200013 Acesso em: 08 set. 2020.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna.** Revista do CAAP, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 61-98, 2012. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/305>. Acesso em: 08 ago. 2020.

SAGUÉS, Nestor Pedro. **El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económicos-sociales.** Concordancias y diferencias con el Sistema Europeu. 2012. Disponível em: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagues.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

SAGUÉS, Néstor Pedro. **Obligaciones internacionales y control de convencionalidad.** Estudios constitucionales, Santiago, v. 8, n. 1, p. 117-136, 2010a. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 11 set. 2020.

SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda?** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.

TORELLY, Marcelo. **Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?** Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, p. 321-353, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662017000100321&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 08 set. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonis Fabris, 1997.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

OS DESTINATÁRIOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA NO DIREITO COMPARADO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Ana Cláudia Redecker¹
Natália Kochenborger Haack²

Resumo: O projeto que culminou na atual legislação concursal brasileira considerou abranger todos os sujeitos que exercem atividade econômica, nos mesmos moldes de países da União Europeia. Contudo, a Lei 14.112/2020 que alterou vários dispositivos da Lei de Recuperação e Falência (11.101/05) optou por manter a restrição aos empresários como seu destinatário. O presente artigo objetiva examinar os motivos da escolha do legislador. Desta forma, analisar-se-á a atividade empresarial à luz do ordenamento jurídico brasileiro e português com fins comparativos, de forma a se averiguar sua harmonização com o raciocínio principiológico adotado.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Lei de Recuperação e Falência. Destinatários. Direito Comparado.

Abstract: The project that resulted into the current Brazilian concursal legislation considered covering all subjects who perform economic activity, in the same lines of countries of the European Union. However, Law 14.112/2020, which amended several provisions of the Recovery and Bankruptcy Law (11.101/05) chose to maintain the restriction on entrepreneurs as its recipient. This article aims to examine the reasons for the legislator's choice. In this way, the business activity will be analyzed in the light of the Brazilian and Portuguese legal systems for comparative purposes in order to verify its harmonization with the adopted principle reasoning.

Key words: Commercial Law. Insolvency and Recovery Law. Debtor. Comparative law.

INTRODUÇÃO

O direito mercantil é conceituado como um sistema de normas reguladoras das relações humanas, resultante ou que compõe o comércio, portanto, o direito comercial surge e se afirma como um ramo especial do direito privado constituído para regulamentar a atuação dos comerciantes, figura que, posteriormente, com a adoção da Teoria da Empresa, será substituída pelo empresário.³

A Lei 11.101/05 – Lei de Recuperação e Falência (LRF), que revogou o Decreto-lei nº 7.661/45, é um dos desdobramentos do direito comercial que estabelece um processo peculiar de falência, o qual, por sua vez, objetiva regular a liquidação judicial do empresário insolvente e que, também, estabelece um microssistema recuperacional cujo intento é combater a crise financeira da empresa economicamente viável. O instituto da recuperação judicial trouxe consigo a ideia da preservação da empresa em ocasiões de

¹ Advogada. Professora adjunta da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Docente de cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Especialista em Ciências Políticas e Mestre em Direito pela PUCRS e Doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Autora de obras e de diversos capítulos de livros e artigos jurídicos. Endereço eletrônico: aredecker@pucrs.br.

² Advogada. Pós-Graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisadora do Grupo GTRATEC da PUCRS. Estagiária no Ministério Público Federal da 4ª Região (MPF4). Voluntária no Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU – UFRGS). Mestranda em Ciências Jurídico Criminais pela Universidade Lusfada de Lisboa. Endereço eletrônico: natalia.haack@icloud.com.

³ FERREIRA, Waldemar Martins. Tratado de Direito Mercantil Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1934. v.1.

turbulência e desajuste econômico, em caso de rompimento estrutural da atividade econômica, ou ainda em um cenário específico de um determinado setor.

A preocupação com a ocorrência de crise interna na relação empresarial decorre do fato de que houve uma mudança dentro do ordenamento jurídico no que diz respeito às crises socioeconômicas. O que antes era visto como um fato oriundo de situações ilícitas, decorrentes da má-fé e desonestidade, hoje é tido como um fato comum decorrente das complexas relações desenvolvidas no âmbito das atividades econômicas.

A Lei de Recuperação e Falência excedeu a lacuna da antiga legislação, pois criou um modelo voltado ao atendimento, em nível razoável, dos direitos dos credores, propiciando um caminho jurídico por intermédio do qual fosse possível debater a estratégia do plano de preservação da empresa em crise.⁴

Logo, percebe-se a importância da insurgência da recuperação judicial ou extrajudicial do empresário ou da sociedade empresária no fato de que há aplicação de um verdadeiro mecanismo voltado à reestruturação, com forte influência principiológica, que busca, acima de tudo, a viabilidade para solucionar a crise econômico-financeira da empresa e garantir, dentro de suas possibilidades, a satisfação dos credores. Importante frisar que, mesmo nas disposições pertinentes à falência, é possível visualizar a intenção do legislador em preservar a empresa⁵.

Assim sendo, é evidente que os efeitos decorrentes da falência, da recuperação ou da não recuperação repercutem de certa forma nas relações econômicas em torno do seio social. A Lei interfere, direta ou indiretamente, nas relações de trabalho, do contribuinte com o fisco, no desenvolvimento econômico e ou social de uma região, entre outros. O exame conjunto do Direito e da Economia proporciona um estudo mais profundo acerca da complexidade da realidade em determinados setores. Destarte, a Economia influencia a transformação do sistema jurídico que, por seu turno, quando estabelece regras de conduta que modelam as relações intersubjetivas, levando em conta os impactos econômicos que dela derivam, interfere na transformação de resultados econômicos.

É incontestável, diante do acima exposto, a utilidade do uso deste procedimento, tendo em vista que a atividade empresarial constitui uma genuína fonte de geração de

⁴ REDECKER, Ana Cláudia. **Recuperação de empresas**: efeitos sobre os negócios e ações em curso. In: GARCIA, Ricardo Lupion (org.). 10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 20-58.

⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

empregos e de produção de riqueza e, conseqüentemente, de crescimento econômico. À vista disso, é inegável o relevante papel de que esta se reveste, de verdadeira função social.

Este tema é de extrema importância a ponto de alguns países terem ampliado a legitimidade ativa, com base no interesse social, para o efeito de ensejar o pedido de recuperação ou falência, capacitando para tal o Ministério Público, determinada classe de credores e até mesmo os próprios empregados.

Diante de uma reforma tão significativa que provocou, é natural que suas disposições tenham ocasionado inúmeras interrogações, merecendo destaque, neste artigo, a restrição de que seus institutos são reservados a quem desenvolve atividade empresarial. Inicialmente abordar a origem do direito concursal e, após, expor algumas considerações sobre sua evolução no Brasil, além dos princípios da Lei de Recuperação e Falência. Na sequência, será explicitado quem são os destinatários da LRF e os motivos que levaram o legislador a impor tal restrição, trazendo a singularidade da questão do produtor rural e, ainda, realizando comparação entre o alcance da legislação concursal brasileira em relação à legislação portuguesa, em que não se verifica a mesma distinção. Ao final são elaboradas as considerações finais.

1. DA ORIGEM DO DIREITO CONCURSAL

1.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO CONCURSAL

Neste ponto, cabe pôr à vista um conciso histórico quanto à legislação concursal, cuja origem se encontra no direito romano. A normativa brasileira herdou do Direito Romano os institutos do *bonorum venditio* e do *conditio creditorum*.⁶

O instituto do *bonorum venditio* discorria sobre regras aplicadas na esfera patrimonial do devedor em que se autorizava que um credor pudesse ficar responsável pelos bens arrecadados do devedor. Esta previsão favorecia fraudes, pois tal credor era escolhido pelo próprio devedor.⁷

Já o instituto do *conditio creditorum* referia-se a regras materiais e processuais de chamamento de credores para que estes pudessem ver satisfeitos seus créditos de forma isonômica, ainda que o patrimônio do devedor não fosse suficiente para saldar suas dívidas. Ademais, tal procedimento afastava o critério temporal de que o primeiro no

⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/05. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷ OLIVEIRA, Mateus Marques; GUIMARÃES, Michele Aparecida Gomes. O perpasso histórico do direito falimentar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 20, p. 195-207, nov. 2016.

tempo também seria o primeiro no direito; tal prioridade só se justifica, até os dias de hoje, quando o devedor é solvente.⁸

Chegando à Idade Média, período de expansão e exploração do comércio marítimo, a tutela jurisdicional ganha frente à medida que é atribuído ao juiz o dever de zelo, e o concurso de credores passa a ser “[...] rigidamente disciplinado, com a obrigatoriedade de os credores habilitarem-se em juízo, por onde se processa a arrecadação dos bens do devedor [...]”⁹. É nesta fase que a falência, estendida a toda espécie de devedor, comerciante ou não, “[...] é vista como um delito, cercando-se o falido de infâmia [...]”¹⁰

A sistemática da Idade Média perdurou até a edição do Código Napoleônico, o qual sofreu forte influência do direito italiano, que passava por seu momento de ápice de disseminação. Apesar de o código impor severas penas ao falido e de não aplicar qualquer distinção ao devedor honesto e desonesto, foi inovador quanto ao âmbito de aplicabilidade ser restrita ao comerciante.¹¹

Acrescente-se que, se na Roma antiga, na Idade Média e em parte da Idade Moderna, o instituto da falência foi definido pela mácula de que o falido era um fraudador, na Idade Contemporânea, as influências dos ideais humanistas e liberais sugestionaram a amenização do tratamento dispensado ao falido.¹²

O Código de Napoleão marca o início dessa nova fase e cria um sistema enumerativo de quais atividades eram reputadas comerciais¹³. Em complementação a esta percepção, o Código Francês de 1807 “[...] constitui-se em inegável evolução do instituto [de recuperação e falência], restrito, na legislação francesa, ao devedor comerciante.”¹⁴

No que tange à influência do Código Napoleônico no Brasil, essa concepção objetiva foi acolhida, com as devidas adaptações, por nosso Código Comercial de 1850 o qual, em que pese não mencionar expressamente, inegavelmente lhe tomou como inspiração. Considerando não haver previsão, nesse código, de atividades enumeradas

⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/05. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

¹⁰ *Ibid*, p. 6.

¹¹ BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit.

¹² TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018.

¹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

¹⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/05. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7.

como comerciais para fins processuais, tal lacuna veio a ser preenchida, em novembro daquele mesmo ano, pelo Regulamento nº 737.¹⁵

Em Portugal:

É um facto que, com a extensão do âmbito de aplicabilidade do processo de insolvência aos não comerciantes, o regime da insolvência deixou de responder – de responder exclusivamente – às necessidades especiais da tutela dos interesses do crédito comercial [...].¹⁶

Contudo, o direito da insolvência continua alicerçado no direito comercial que, por seu turno, apoia-se no direito civil como seu domínio de referência permanente. É somente com o Código de Napoleão que se fixa a restrição de aplicabilidade aos comerciantes, concluindo ser por esta razão que a história da falência está indissolúvelmente ligada à história do direito comercial e da sua autonomia, para a qual foi decisiva a separação formal entre a aplicação da lei civil e da lei comercial.¹⁷

1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCURSAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Com a evolução histórica, o Brasil, seguindo a tendência francesa, editou o Decreto 697/1850 que tratava, no Capítulo de Quebra, da falência, à época entendido como mero inadimplemento do empresário. Destacam-se outras alterações até o advento do atual regramento tais como: o Decreto 917/1890, que fixou a impontualidade como consideração do estado de falência; o Decreto 4.885/1903, que minimizou a participação do Ministério Público; a Lei 2.204/1908, que atribuiu ao Ministério Público a função de curador das massas falidas, além de estabelecer duas modalidades de concordata, a preventiva e a aplicada na falência; o Decreto 5.746/1929, que buscava suplementar a legislação falimentar da época haja vista o período de crise que o mundo passava; até o Decreto 7.661/1945 – antiga Lei de Concordata, que somente atingia a categoria dos créditos quirografários¹⁸. Esta veio a ser substituída pela Lei 11.101/05, tendo em vista estar em desconformidade com a sociedade e com a economia contemporânea.¹⁹

¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.1.

¹⁶ SERRA, Catarina. **Lições de direito da insolvência**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 16.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Os créditos quirografários encontram-se previstos no artigo 83, inciso VI da Lei 11.101/05. São entendidos como aqueles “[...] sem qualquer privilégio, por isso também são chamados de comuns ou ordinários. A classe pode ser entendida como residual, em função de receber todos os créditos que não se enquadram nas demais [...]” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI; Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 882).

¹⁹ OLIVEIRA, Mateus Marques; GUIMARÃES, Michele Aparecida Gomes. O perpasso histórico do direito falimentar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 20, p. 195-207, nov. 2016.

Surge, então, no dia 09 de fevereiro de 2005, a Lei de Recuperação e Falência, que marca a quinta²⁰ fase do direito concursal pátrio, inspirada principalmente nas legislações norte-americana e de países europeus, e que perfez o paradigma pendular credor – devedor, atentando para a preservação da empresa. A normativa adota postura direcionada à reorganização das atividades da empresa no lugar daquela antes pautada por seu esvaziamento²¹.

Por conseguinte, a Lei de Recuperação e Falência, visando atender às necessidades das relações comerciais, com fulcro em princípios constitucionais, para os quais a tutela da empresa, enquanto organismo social, é fundamental para o desenvolvimento da base econômica nacional, apresenta a matéria “[...] como uma forma da manutenção da ordem econômica [...]”²².

Em acréscimo a este entendimento, tem-se que:

A diretriz do legislador ordinário, ao estabelecer multiplicidade de instrumentos recuperatório, cumpre norma maior, com vistas a atender à função social da propriedade e do incentivo à atividade econômica. (CF, arts. 170, II, e 174).²³

Durante a história do Direito Falimentar brasileiro houve o predomínio da dicotomia acerca do seu principal intento em que, ora a legislação pátria preservava a vontade particular do devedor, ora a comunidade de credores. Logo, “[...] até o advento da Lei 11.101/05, o legislador não foi capaz de oferecer soluções razoáveis para a recuperação da empresa em crise [...]”²⁴

A tão significativa reforma apresentada pela Lei de Recuperação e Falência ensejou profusas interrogações não só aos operadores do direito, mas em especial aos empresários, que consistem nos principais destinatários do diploma.²⁵

1.2.1 Dos princípios da lei de recuperação e falência

²⁰ Pode-se dividir o direito falimentar em cinco fases: a primeira, das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas; a segunda, a Imperial; a terceira, Republicana; a quarta que corresponde ao período pré-empresarial e a quinta e última fase é da Lei nº 11.101/05. (NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.)

²¹ OLIVEIRA; GUIMARÃES, op. cit.

²² OLIVEIRA, Mateus Marques; GUIMARÃES, Michele Aparecida Gomes. O perpasso histórico do direito falimentar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 20, p. 195-207, nov. 2016. p. 8.

²³ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 158.

²⁴ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 197.

²⁵ BARCELOS, Guilherme Bier. A função da lei de recuperação e de falência no sistema de direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 4, abr./jun. 2017.

A Lei 11.101/05 é permeada por diversos princípios que visam salvaguardar a atividade e não necessariamente seu exercente, na medida em que prevê hipóteses de transferência da titularidade ou de exploração dos estabelecimentos do devedor.²⁶

Diante do exposto, discorrer-se-á brevemente sobre os princípios da Preservação da Empresa, da Retirada da Empresa Inviável e o da Separação dos Conceitos da Empresa do Empresário, conforme se faz a seguir.

O Princípio da Preservação da empresa deriva do Princípio da Garantia do Desenvolvimento Nacional, encontrado no artigo 3º, II²⁷ da Constituição Federal. Preservar a atividade em funcionamento protege os demais interesses que gravitam a seu redor, tais como o movimento da economia, a produção ou colocação de bens e serviços à disposição da comunidade, o pagamento de tributos e salários, fonte empregadora, entre outros²⁸, chamados pela doutrina de “externalidade positiva”²⁹.

Nessa senda:

Por uma simples leitura do art. 47 da LRF, percebe-se claramente que a preocupação com a reabilitação da empresa está materializada em três princípios econômicos, quais sejam: preservação da empresa; função social da empresa e estímulo a atividade econômica.³⁰

Com efeito, o núcleo fundamental da recuperação judicial está consubstanciado no artigo 47³¹ da Lei 11.101/05, o qual consagra os princípios acima elencados e estabelece que

[...] a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.³²

²⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI; Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

²⁷ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II - garantir o desenvolvimento nacional”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

²⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

²⁹ A FUNÇÃO SOCIAL É UM DESDOBRAMENTO ECONOMICAMENTE POSITIVO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI; Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 83).

³⁰ AZEVEDO, Charles Stevan Prieto de. O alcance da decisão de processamento da recuperação judicial sob a perspectiva do princípio da preservação da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 14, out./dez. 2019. p. 4.

³¹ “ART. 47. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL TEM POR OBJETIVO VIABILIZAR A SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO DEVEDOR, A FIM DE PERMITIR A MANUTENÇÃO DA FONTE PRODUTORA, DO EMPREGO DOS TRABALHADORES E DOS INTERESSES DOS CREDORES, PROMOVENDO, ASSIM, A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, SUA FUNÇÃO SOCIAL E O ESTÍMULO À ATIVIDADE ECONÔMICA”. (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

³² CASTRO, Bruno Oliveira. A recuperação do produtor rural: aspectos legais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 11, jan./mar. 2019. p. 3.

O artigo 47 da Lei 11.101/05 explicita que a normativa tem por objetivo tornar realizável a superação da situação de crise, conferindo o respaldo jurídico para que a empresa em desequilíbrio econômico-financeiro que tiver capacidade de se recuperar possa retornar ao mercado.³³

Portanto, o princípio da Preservação da Empresa é basilar na legislação concursal, considerando que toda empresa é parte essencial da economia e, como tal, cumpre a função social que nada tem a ver com atos altruístas ou de caridade, mas sim com a trajetória percorrida na busca do lucro.³⁴ Veja-se que a empresa a cumprir mesmo não querendo, conscientemente, fazê-lo.

Essa realidade fica evidenciada por intermédio das diversas estratégias associadas ao sistema que permite a recuperação da empresa, colocando em segundo plano o prisma da insolvência da natureza falimentar.

Nesse diapasão, a Lei de Recuperação e Falência é introduzida não só como um artifício jurisdicional de superação da crise, mas também como mecanismo que garante o desenvolvimento econômico, social, cultural e ambiental da empresa em um cenário de insolvência.³⁵

Por outro lado, “[a] morte de empresas faz parte da (e é saudável à) conjuntura econômica [...]”³⁶, isso porque, ao retirar a empresa insolvente do mercado, a economia para de consumir recursos para produzir produtos ou oferecer serviços desajustados com a demanda³⁷. Acrescenta-se que “[...] seja por motivo da precariedade tecnológica, financeira e/ou administrativa [...]”³⁸ da empresa, o movimento de sua retirada é benéfico ao mercado. Dessarte, tutelam-se a atividade econômica e a eficiência do mercado no país³⁹.

Trata-se, aqui, do Princípio da Retirada da Empresa Inviável. Em consonância com esse entendimento, afirma-se que não há notícia de uma possível existência de um princípio da “preservação da empresa a todo custo”⁴⁰. Ora, é insensato manter no mercado

³³ ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI; Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

³⁵ CASTRO, Bruno Oliveira. A recuperação do produtor rural: aspectos legais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 11, jan./mar. 2019.

³⁶ LEMOS, Eduardo. Viabilizando a recuperação sem ou além da lei. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quyerter Latin, 2012, p. 79-102. p. 79.

³⁷ Ibid.

³⁸ OLIVEIRA, Mateus Marques; GUIMARÃES, Michele Aparecida Gomes. O perpasso histórico do direito falimentar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 20, p. 195-207, nov. 2016, p. 195-207, p. 195-207. p. 6.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI; Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 89.

uma empresa quando os agentes econômicos exploram uma atividade que está inapta a gerar riqueza e podem prejudicar o mercado e a oferta de crédito.

Consequentemente, [...] as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem. Quanto o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores.⁴¹

A respeito da ponderação dos Princípios da Preservação da Empresa e da Retirada da Empresa Inviável, a Lei 11.101/05 estabelece um sistema flexível, na medida em que permite o encontro da solução própria para cada caso, seja ela a recuperação ou a falência.⁴²

Conforme visto até aqui, constata-se que a Lei de Recuperação se preocupa com a economia, viabilizando a recuperação à empresa viável. Contudo, veja-se que o Princípio da Preservação da empresa busca preservar a atividade e não o empresário.

Nessa linha está o princípio da Separação dos Conceitos de Empresa e Empresário. A atual legislação falimentar se afasta das anteriores porque distingue “empresa” de “empresário”, fazendo convergir a tutela legal à primeira, de tal modo que prevê o afastamento do último para preservá-la. Assim, o vocábulo empresa deve ser compreendido à luz da Teoria da Empresa como atividade empresarial.⁴³

É por meio do Princípio da Separação dos Conceitos de Empresa e Empresário que a lei deixa claro seu intento de buscar a manutenção da atividade e não do seu titular. A lei apresenta como soluções recuperacionais, que alteram ou substituem a titularidade da atividade, os artigos 50⁴⁴, incisos II⁴⁵, XIII⁴⁶, XVI⁴⁷ e 140⁴⁸, ambos da Lei 11.101/05⁴⁹. Por esse ângulo, é necessário separar a sorte da empresa daquela de seus dirigentes, punindo as faltas destes e assegurando a salvaguarda daquela⁵⁰.

⁴¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.3. p. 244.

⁴² ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴³ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

⁴⁴ “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...]”. (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

⁴⁵ “VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados”. (Ibid.).

⁴⁶ “XIII – usufruto da empresa”. (Ibid.).

⁴⁷ “XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.” (Ibid.).

⁴⁸ “Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: [...]”. (Ibid.).

⁴⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

⁵⁰ SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Rodrigues. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, p. 224-240, abr. 2007.

A própria Comissão de Assuntos Econômicos, em parecer elaborado para o Projeto de Lei nº 71/2003, número recebido quando o atual diploma ainda estava em processo legislativo perante a Câmara, ao se referir aos princípios, expressamente distinguiu os conceitos de empresa e empresário ao afirmar que “[...] a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens e serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla”⁵¹. Isto posto, pode-se considerar salva uma empresa, ainda que falida, contanto que seja vendida e que prossiga ativa em bases eficientes.

2. DOS DESTINATÁRIOS DA LEI 11.101/05

Quando se fala na palavra destinatários, vem à mente o significado apontado por dicionários tais como Michaelis Online e Larousse, respectivamente como: “pessoa a quem se endereça ou envia algo; sobrescrito”⁵² e “pessoa a quem se envia ou destina algo”⁵³. Ao se tratarem das leis brasileiras, promulgadas após um extenso processo legislativo que pode ser simplificado nas fases de votação no Congresso Nacional e sancionamento pelo Presidente da República, é notório que se aplicam indistintamente a todos e devem ser conhecidas por todos⁵⁴, logo, servindo as acepções encontradas nas fontes acima às legislações brasileiras.

No entanto, não obstante o fato de os operadores do direito deverem observar a Lei 11.101/05, seu artigo 1º estabelece, excepcionalmente, que o regramento será aplicado exclusivamente ao empresário e à sociedade empresária. Ou seja, sempre que este artigo mencionar a expressão “destinatários” restringirá sua aplicação unicamente àqueles que poderão fazer uso dos institutos previstos na Lei de Recuperação e Falência.⁵⁵

Nesse seguimento, esta normativa é aplicável às pessoas que desenvolvem atividades empresárias, quais sejam, atividades organizadas e desenvolvidas profissionalmente para a produção ou circulação de bens e serviços⁵⁶. À luz do artigo 966 do Código Civil, é aplicável a qualquer atividade que se enquadre no conceito ora citado.

⁵¹ COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS. **Parecer n. 71**. Brasília, DF, 2003. p. 19.

⁵² MICHAELIS ONLINE. **Destinatário**. 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/destinatario>. Acesso em: 20 maio 2020.

⁵³ LAROUSSE. **Grande dicionário Larousse Cultural da língua portuguesa**. São Paulo: Nova cultural, 1999. p. 281.

⁵⁴ FERREIRA, Edílio. O processo legislativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 719, p. 21-35, set. 1995.

⁵⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁶ TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Só atualmente o Brasil adota, para explicar o fenômeno do Direito Empresarial como ramo autônomo, a Teoria da Empresa. Diante disso, faz-se necessária uma apresentação, ainda que sucinta, da evolução histórica do Direito Comercial.⁵⁷

O estudo do Direito Comercial é dividido em duas fases: a subjetiva e a objetiva. A primeira é chamada de subjetiva, pois o âmbito da prática do direito comercial era determinado a uma jurisdição especial, a qual somente aplicava suas normas especiais àqueles matriculados na corporação. Já a segunda fase manteve a jurisdição especializada; porém, as regras do Direito Empresarial passaram a ser aplicáveis àqueles que ordinariamente exercessem as atividades elencadas no Artigo 623 do Código Napoleônico.⁵⁸

Desta forma, considerando que na primeira fase era essencial a investigação da natureza da atividade desempenhada pelo agente, se mercantil ou não, como critério de apuração de competência; hoje, – na segunda fase – esta verificação diz respeito somente ao enquadramento subjetivo do agente para aplicação de determinada legislação comercial e eventuais prática de atos de falência e requerimento do pedido de recuperação judicial.⁵⁹

No mesmo sentido de ambas as referências à segunda fase, “O *code de commerce*”⁶⁰ considerou a falência como instituto restrito aos comerciantes [...].⁶¹

Durante o século XIX, vários países seguiram a tendência francesa e perfilharam a Teoria dos Atos de Comércio⁶². O Brasil, em seu turno, também optou por esta teoria ao estabelecer no Artigo 4º do Código Comercial de 1850 que:

Artigo 4º. Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (artigo nº 9).⁶³

Ademais, em 1876, com a edição do Decreto nº 6.385, o legislador firmou a competência dos juízes de direito para conhecer das causas comerciais, suprimindo a

⁵⁷ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁵⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1

⁵⁹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁰ “Código Comercial” francês.

⁶¹ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018.

⁶² CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 828, out. 2004.

⁶³ BRASIL. **Lei n. 566, de 22 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm. Acesso em: 23 maio 2020. Revogado.

jurisdição especial de maneira que a atribuição de conhecê-las recaísse sobre o juiz das causas cíveis⁶⁴.

Por conseguinte, “Restava, assim, no Brasil, apenas a importância da noção de ato de comércio para [...] determinar quem era comerciante e, portanto, sujeito aos direitos e deveres previstos pelas leis comerciais”⁶⁵.

Isso posto, tal qual ocorreu a transição do capitalismo comercial para o industrial, a doutrina foi obrigada a renovar seus conceitos, e é neste momento que, com o descrédito da Teoria dos Atos do Comércio, o Brasil filia-se aos Códigos Italianos e passa a adotar a Teoria da Empresa.⁶⁶

Isso porque a Teoria dos Atos Comerciais vigente à época do capitalismo comercial passou a apresentar problemas na medida em que “[...] não explicava novas práticas negociais criadas pelos comerciantes [...]”⁶⁷, e por carecer “[...] de explicação de por que determinados atos praticados por não-comerciantes eram reputados comerciais – e, em vista disto, sujeitos às normas do direito comercial [...]”⁶⁸.

Em seguimento, para o estudo e conclusão do presente artigo, faz-se necessário, também, compreender alguns dos conceitos utilizados pelo Direito Empresarial, tais como aqueles conhecidos como os perfis de Asquini. São eles: o perfil funcional – atividade –, o perfil objetivo – estabelecimento, o perfil subjetivo – empresário – e o perfil corporativo. No entanto, antes deste aprofundamento salienta-se que é somente com base no conceito de empresa que se pode delimitar o domínio do Direito Empresarial, quer dizer, partindo dessa definição será possível estabelecer quais são seus sujeitos.⁶⁹

Então, ao buscar deslindar a empresa enquanto ato, a doutrina compreendeu-a como um conjunto de atos coordenados, ou seja, uma atividade. Deste modo, “O adjetivo ‘comercial’ foi, gradativamente, perdendo relevo para o substantivo ‘atividade’”⁷⁰. Assim, empresa passou a ser caracterizada pela atividade econômica organizada e não mais pelos atos de comércio isolado⁷¹.

⁶⁴ CAVALLI, op. cit.

⁶⁵ CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 828, out. 2004. p. 4.

⁶⁶ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 225-260.; ALMEIDA, Maurício Coutinho de. Empresa, empresário e responsabilidade tributária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 110, p. 225-260, maio/jun. 2013.

⁶⁷ CAVALLI, op. cit., p. 4.

⁶⁸ *Ibid*, p. 4.

⁶⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

⁷⁰ CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 828, out. 2004. p. 5.

⁷¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

Finalmente, quanto aos perfis de Asquini, o perfil funcional – empresa – permanece na seara jurídica como objeto de estudo. A empresa é descrita como “[...] a atividade exercida pelo empresário”⁷² ou também como “[...] atividade econômica a gerar direitos e obrigações [...]”⁷³. Portanto, empresa é a atividade empresária dirigida a um determinado escopo produtivo.

O perfil objetivo corresponde ao estabelecimento que equivale ao patrimônio o qual compreende todos os bens, materiais⁷⁴ e imateriais⁷⁵, destinados e essenciais à atividade empresarial⁷⁶. Neste sentido, o Código Civil prescreve no artigo 1.142: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”⁷⁷. Por sua vez, a doutrina não altera a definição oferecida pelo Código Civil ao fixar que “estabelecimento” compreende um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, não se restringindo ao local físico onde são desempenhadas as atividades⁷⁸.

O empresário ou a sociedade empresária – perfil subjetivo – são tema central do Direito Empresarial e proposição fundamental deste artigo, por serem estes os destinatários da Lei nº 11.101/05. O empresário vem definido no Artigo 966 do Código Civil, o qual dispõe: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”⁷⁹.

Neste ponto, cabe ressaltar que o Código de 2002, no parágrafo único do mencionado artigo, exclui expressamente desta concepção as atividades não empresárias:

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.⁸⁰

A Lei de Recuperação e Falência, em seu artigo primeiro, dispõe que “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do

⁷² ALMEIDA, Maurício Coutinho de. Empresa, empresário e responsabilidade tributária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 110, p. 225-260, maio/jun. 2013.

⁷³ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 225-260.

⁷⁴ Os bens materiais podem ser divididos em móveis e imóveis, respectivamente classificados pelo Código Civil em seus artigos 79 e 82; os móveis “[...] são aqueles que se caracterizam por ocupar espaço no mundo exterior [...]”. (TEIXEIRA, Tarcísio. A organização da empresa rural e o seu regime jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 2, p. 15, mar. 2014. p. 9).

⁷⁵ O artigo 83 do Código Civil equipara os bens móveis às energias que tenham valor econômico, aos direitos reais sobre a propriedade e as ações correspondentes e aos direitos pessoais e respectivas ações. (CAVALLI, op. cit.)

⁷⁶ BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit.

⁷⁷ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

⁷⁸ XAVIER, Celso Caldas Martins. Análise crítica da regra de fixação de competência prevista na lei de falências e de recuperação de empresas. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 53-78.

⁷⁹ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

⁸⁰ Ibid.

empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”⁸¹.

Destaca-se que

Do ponto de vista terminológico, o artigo em tela traz importante e prática observação. Equipara, para os fins da disciplina instituída na LRE, empresário e sociedade empresária, referindo-se a ambos com o mesmo termo – devedor.⁸²

Nesta perspectiva, somente os agentes econômicos são sujeitos ao regime jurídico desta normativa, entretanto, nem todos são incluídos por este sistema, tendo sido elegida pelo legislador uma ordenação⁸³

[...] que reserva a destinação da falência e das recuperações para os agentes econômicos contemplados no universo empresarial, deixando de lado os chamados agentes econômicos civis. Estes são pacientes da normação geral prevista no Código de Processo Civil.⁸⁴

É por causa da adoção da Teoria da Empresa que a Lei de Recuperação e Falência acolhe as exceções previstas no Código Civil.⁸⁵

Logo, não são consideradas, ainda que sejam empresárias, as atividades elencadas no artigo 2º da Lei:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:
I – empresa pública e sociedade de economia mista;
II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.⁸⁶

É relevante, tanto para o Código Civil, quanto para as legislações esparsas, tais como a Lei de Recuperação e Falência, qualificar o empresário de formar a delimitar quem é subordinado ao estatuto do empresário. Constitui-se pressuposto indispensável à compreensão da incidência e da aplicação desta disciplina especial.

A apresentação desta matéria engloba: 1) o estudo do conceito de empresário; 2) os casos de não incidência absoluta ou relativa nos procedimentos recuperacionais e falimentares e 3) os casos de incidência restritiva.⁸⁷

⁸¹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

⁸² ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53.

⁸³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **A nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

⁸⁴ Ibid, p. 41.

⁸⁵ ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53.

⁸⁶ BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

⁸⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

Conforme anteriormente visto, o artigo 966 do Código Civil considera empresário aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.

Dessa forma, a atividade empresarial pode ser realizada por pessoas físicas, entidades particulares, associações⁸⁸, sociedades personificadas⁸⁹ ou não ou ainda por entidades públicas ou entes por ela criados⁹⁰. No caso de pessoa física, esta deverá possuir plena capacidade civil⁹¹ e capacidade de fato^{92,93}.

Conceitua-se empresário como um servidor da organização que exercita a atividade empresarial, sendo caracterizado pela iniciativa e pelo risco⁹⁴, além da mediação, fim lucrativo e profissionalidade⁹⁵.

Também se pode classificar empresário como o sujeito ou agente que exerce a atividade, compreendendo-a como a soma de atos organizados para a obtenção do lucro⁹⁶ ou como a pessoa ou personalidade (jurídica) que desempenha um ofício, profissional⁹⁷, econômico⁹⁸, organizado⁹⁹, direcionado ao mercado¹⁰⁰ de produção ou circulação de bens e serviços, assumindo os riscos¹⁰¹ a ele inerentes.¹⁰²

Destarte, a atividade pode ser prestada de forma coletiva; é o caso das sociedades¹⁰³, evidenciadas pelo escopo societário¹⁰⁴ e definidas pela Legislação Civil no Artigo 981, que prescreve: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que

⁸⁸ Estão previstas no artigo 44, inciso I do Código Civil, entendidas como pessoas jurídicas de direito privado. Conforme a regra do artigo 53 do mesmo diploma legal, o vocábulo “associação” é destinado às entidades sem fins lucrativos. (BORGES, Ana Luísa Porto. A recuperação judicial das associações: pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômicos: uma análise sobre a possibilidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 12, p. 141-159, nov./dez. 2015.)

⁸⁹ O Código Civil divide as sociedades em dois grandes grupos, o das sociedades personificadas e o das despersonificadas, tendo como critério a existência ou não da personalidade jurídica, adquirida no momento do registro dos atos constitutivos no órgão competente, conforme redação dada pelo artigo 985. As sociedades são entendidas como personificadas exatamente por terem atendido o ali disposto e estão definidas nos artigos 977 a 1.141. (TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.)

⁹⁰ PACHECO, José da Silva. Análise jurídica de conceitos básicos de direito empresarial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, p. 157-172, dez. 2010.

⁹¹ “[...] faculdade de ser titular de direitos [...]” (ALMEIDA, Maurício Coutinho de. Empresa, empresário e responsabilidade tributária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 110, p. 225-260, maio/jun. 2013. p. 3).

⁹² “[...] aptidão de exercer, em nome próprio, os direitos.” (Ibid, p. 3.)

⁹³ Ibid.

⁹⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

⁹⁵ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

⁹⁶ CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 828, out. 2004.

⁹⁷ Não se trata de uma qualidade do sujeito exercente, mas do modo como se exerce, isto é, refere-se à estabilidade e habitualidade. (TOMAZETTE, op. cit.)

⁹⁸ “[...] atividade voltada para a produção de novas riquezas.” (Ibid, p. 44.)

⁹⁹ “Normalmente a organização não significa a presença de habilidade técnicas ligadas à atividade-fim, mas sim uma qualidade de iniciativa, de decisão, assumindo prevalência sobre a atividade pessoal do sujeito.” (Ibid.)

¹⁰⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.)

¹⁰¹ As atividades econômicas têm riscos e, na hipótese de que estes venham a ocorrer, é o empresário que assume eventual prejuízo ou responsabilização. (Ibid.)

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 828, out. 2004.

reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”¹⁰⁵.

Por conseguinte, a legitimidade ativa para o requerimento da recuperação judicial e extrajudicial é exclusiva do empresário devedor¹⁰⁶, o qual, por exercer uma atividade econômica na forma empresarial, está sujeito à falência¹⁰⁷. A diferença não está no tipo de atividade explorada, e sim no modo como se explora.

Constata-se que muitas atividades voltadas à produção ou circulação de bens e serviços podem ser empresárias ou não. E, nesse sentido, tem-se como exemplo, por um lado, um pequeno comerciante de peixe que utiliza seus próprios meios para explorar a atividade, tais como a pesca artesanal e a mão de obra familiar e, por outro lado, um grande empresário que explora o mesmo comércio de peixes fazendo uso da pesca comercial e da mão de obra assalariada¹⁰⁸.

Prosseguindo, faz-se mister distinguir atividades empresárias de não-empresárias. Neste tópico, o conceito de empresário é insuficiente, pois acaba por englobar todas as atividades econômicas como empresárias. A doutrina majoritária defende que o Artigo 983 do Código Civil prevê um rol taxativo dos tipos societários que podem ser tidos como sociedades empresárias; conseqüentemente, essa regra exclui as sociedades simples.

Assim, é possível deduzir que “[...] o intuito de lucro não é elemento caracterizador do empresário”¹⁰⁹, uma vez que a sociedade simples, por mais que tenha por objetivo o lucro, não é considerada empresária.¹¹⁰

Destarte, pode-se estabelecer quais atividades são empresárias ou não por meio de um “critério de exclusão”¹¹¹ entendido como:

É empresário todo aquele que exercer profissionalmente como sua atividade finalística e econômica principal determinada atividade organizada e orientada para a produção ou circulação de bens ou serviços não regulamentada em estatutos profissionais de categorias de classe e que não esteja sujeito à inscrição obrigatória em órgãos de classe ou no registro civil em razão do exercício desta atividade.¹¹²

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

¹⁰⁶ PAIVA, Luiz Fernando Valente. Recuperação extrajudicial: o instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 231-266; REDECKER, Ana Cláudia. Recuperação de empresas: efeitos sobre os negócios e ações em curso. In: GARCIA, Ricardo Lupion (org.). **10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 20-58.

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.3.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 828, out. 2004. CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 828, out. 2004. p. 15.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid, p. 19.

¹¹² Ibid, p. 19.

Ou por um “critério de inclusão”¹¹³ que se dará por “[...] a) determinação legal, como é o caso das sociedades anônimas, ou por b) sujeição voluntária, mediante a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, como é o caso do empresário rural”¹¹⁴.

Logo, por inteligência do artigo 982, Código Civil, o critério de empresarialidade dar-se-á pela opção legislativa de incorporação ou de expulsão ou por aqueles que possuírem profissão regulamentada por estatuto próprio.

Ademais, insta referir acerca da legitimação extraordinária. É pacífico o entendimento de que a legitimidade primária para o ajuizamento do pedido de recuperação ou falência é do próprio devedor¹¹⁵. No caso de um empresário individual, é uma simples decisão da pessoa física, já no caso das sociedades empresárias e SLUs – Sociedade Limitada Unipessoal –¹¹⁶ é feito por intermédio de seus administradores.

Apesar disso, a Lei 11.101/05 estabelece no artigo 48, § 1º¹¹⁷ a legitimação extraordinária do herdeiro, inventariante, cônjuge e sócio remanescente¹¹⁸.

Nessa continuidade, tem-se que

Não há, em termos de legitimidade ativa, nenhuma distinção entre as regras aplicáveis à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial, salvo pela ausência de previsão na Lei de Falências que autorize o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante ou o sócio remanescente ajuizarem a recuperação judicial.¹¹⁹

Superada a definição de empresarialidade e entendido que é a este grupo que a Lei se dispõe, passa-se à análise dos casos de não incidência absoluta dos institutos previstos neste regramento.

Estão nos incisos I e II do artigo 2º da Lei 11.101/05 as previsões de não incidência absoluta, quais sejam: a empresa pública, a sociedade de economia mista, “[...] espécie[s]

¹¹³ Ibid, p. 19.

¹¹⁴ Ibid, p. 19.

¹¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

¹¹⁶ A Sociedade Limitada Unipessoal é a forma empresarial instituída pela Lei nº 13.847 de 2019 (Lei da Liberdade Econômica) que substituiu a EIRELI. Parte da doutrina brasileira já reconhecia como típica a forma empresarial da Sociedade Limitada Unipessoal, a qual apenas tinha *nomem juris* de EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. A SLU difere-se, no entanto, da antiga EIRELI, pois não mais tem como requisito a integralização do capital social em 100 salários mínimos, o que inclusive foi um dos motivos que levou a sua extinção, permanecendo, todavia, a separação do patrimônio da empresa e pessoal do sócio. (CARNEIRO FILHO, Luís Inácio. A Nova Sociedade Limitada Unipessoal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1013, p. 227-236, mar. 2020.)

¹¹⁷ “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: [...] §1º. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente”. (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

¹¹⁸ A hipótese de legitimação do sócio remanescente se refere aos casos de unipessoalidade temporária da sociedade anônima. Se a sociedade tinha dois sócios e passou a ter um só, temporariamente, esse sócio poderá realizar o requerimento. (TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.)

¹¹⁹ PAIVA, Luiz Fernando Valente. Recuperação extrajudicial: o instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 231-266. p. 239.

do gênero “empresa governamental” ou “empresa pública *latu sensu*”^[120] [...]”¹²¹ ou, ainda empresas estatais¹²² e as empresas de previdência complementar.

De outra banda, os casos de não incidência relativa são aqueles previstos no inciso II do artigo 2º da Lei 11.101/05, excluída a entidade de previdência complementar, quais sejam: as instituições financeiras – públicas ou privadas e equiparadas, as sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, as sociedades seguradoras e as sociedades de capitalização.¹²³

Por fim, os casos de incidência restritiva são o empresário que cessou suas atividades, o espólio em até um ano após a morte do autor da herança e a sociedade anônima liquidada que teve seu ativo partilhado.¹²⁴

No mesmo sentido, tem-se o entendimento de que, no artigo 2º, inciso I, está prevista a exclusão total e absoluta, ou seja, em eventualidade nenhuma a sociedade de economia mista e a empresa pública poderão pleitear a recuperação nem mesmo sujeitar-se à falência. Com relação às hipóteses descritas no inciso II, tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com os artigos 197 a 199¹²⁵ da mesma lei, haja vista que¹²⁶

O artigo 197 estabelece que a nova Lei de Falências se aplica às sociedades empresárias nele referidas, *enquanto* não for aprovada legislação específica sobre cada uma delas. O art. 198, por sua vez, obsta a recuperação judicial e extrajudicial às sociedades empresárias impedidas de impetrar concordata de acordo com sua legislação específica. E, por fim, o art. 199 excetua desse último dispositivo as sociedades de transporte aéreo e de infraestrutura aeronáutica.¹²⁷

Diante do acima exposto, resume-se que a restrição legislativa se trata de uma limitação subjetiva, na medida em que diz respeito à natureza do devedor. Aos sujeitos

¹²⁰ “[...] em sentido amplo”. (RIO GRANDE DO SUL. **Manual de linguagem jurídico-judiciária**. 6. ed. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012. p. 119.

¹²¹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

¹²² Lei nº 13.303/16: “Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios”. (BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

¹²³ NEGRÃO, op. cit.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ “Art. 197. Enquanto não forem aprovadas as respectivas leis específicas, esta Lei aplica-se subsidiariamente, no que couber, aos regimes previstos no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e na Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Art. 198. Os devedores proibidos de requerer concordata nos termos da legislação específica em vigor na data da publicação desta Lei ficam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos desta Lei.

Art. 199. Não se aplica o disposto no art. 198 desta Lei às sociedades a que se refere o art. 187 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986”. (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

¹²⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹²⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

excluídos aplica-se, ao invés da falência, o procedimento da insolvência civil e, ao invés da recuperação judicial ou extrajudicial, a concordata civil, reguladas pelo artigo 1.502 do Código de Processo civil^{128, 129}.

Acerca da hipótese que pode vir a ser levantada de que o devedor teria o direito de pedir a recuperação, por mais que os credores vislumbrem a necessidade de o devedor se submeter ao processo recuperacional, parte da doutrina rechaça essa possibilidade por não haver previsão legal. Os credores ficam à mercê da iniciativa do devedor, tal qual ocorria na concordata. A falência, no que lhe concerne, por força do artigo 97¹³⁰, tem como legitimados ativos, além do próprio devedor, o seu sócio e o seu credor.¹³¹

Cabe frisar, ainda que brevemente, que a lei concursal fixa alguns requisitos, nos artigos 48¹³² e incisos e 51, V¹³³, que o devedor deverá preencher no momento da interposição do pedido de recuperação.

Assim, para os efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, o empresário somente fará jus ao benefício legal se estiver regularmente inscrito junto ao Registro Público das Empresas Mercantis. Já para fins falimentares não é necessário que o empresário esteja regularizado perante a Junta Comercial, pois mesmo exercendo atividade empresarial de fato¹³⁴ ou irregularmente¹³⁵ poderá ter decretada sua falência.¹³⁶

¹²⁸ “Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973;”. (BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

¹²⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

¹³⁰ “Art. 97. Podem requerer a falência do devedor: I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei; II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; IV – qualquer credor.” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

¹³¹ ABRÃO, Carlos Henrique. A recuperação no procedimento falimentar. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. **Direito das empresas em crise**: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 35-52.

¹³² “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

¹³³ “Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: [...] V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores”. (Ibid.).

¹³⁴ Empresário que não realizou sua inscrição nos termos do art. 967 do Código Civil. (TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.

¹³⁵ Empresário que, embora inscrito esteja com alguma irregularidade. (Ibid.)

¹³⁶ Ibid.

Tais requisitos podem ser classificados em positivos e negativos. Os positivos, relativos à pessoa do empresário, são “[...] (i) exercer atividade empresarial; (ii) provar o seu exercício regular há pelo menos dois anos; [...]”¹³⁷. Os negativos, por sua vez, são:

[...] se: (i) for falido e, em sendo, não estarem declaradas extintas suas responsabilidades por sentença transitada em julgado; (ii) tiver sido, ou possuir como administrados ou sócio controlador pessoa condenada por crimes falimentares previstos na Lei de Falências; e (iii) [não] haver obtido há menos de dois anos sentença concessiva da recuperação judicial.¹³⁸

Além dos requisitos acima expostos, resta necessário comprovar a empresarialidade sob pena do impedimento de aplicabilidade da Lei.¹³⁹

2.1 DOS MOTIVOS DA OPÇÃO LEGISLATIVA

A Lei submetida à análise, em razão de sua relevância econômica e da reforma que operou, trouxe consigo dúvidas não só aos operadores do direito, mas em especial aos empresários, que consistem nos principais destinatários da Lei de Recuperação e de Falência¹⁴⁰. Contudo, tendo em vista que nem sempre a lei teve como destinatários a empresa e a sociedade empresária, expõem-se os motivos de tal reflexão consoante a visão de alguns doutrinadores.

No que tange à exclusão feita pelo parágrafo único do artigo 966, também adotada pela lei 11.101/05, o Código Civil, na exposição de motivos

[...] justifica tal exclusão do conceito de empresário pelo fato de que quem exerce profissão intelectual, mesmo que com o auxílio de colaboradores, não obstante produzir serviços, o esforço realizado por esses profissionais resulta exclusivamente e diretamente da mente do autor, de onde advém aquele bem ou serviço sem interferência exterior de fatores de produção, cuja ocorrência é dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental. Ou seja, a pessoa do profissional prevalece sobre a organização da atividade exercida.¹⁴¹

No que diz respeito às exclusões apresentadas pela Lei de Recuperação e Falência, durante seu processo legislativo, na fase de submissão à Câmara dos Deputados sob o nº 4.376/1993, constou na redação do artigo 1º que a lei iria regular a recuperação das

¹³⁷ PAIVA, Luiz Fernando Valente. Recuperação extrajudicial: o instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 231-266. p. 239.

¹³⁸ *Ibid.* p. 240.

¹³⁹ BORGES, Ana Luísa Porto. A recuperação judicial das associações: pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômicos: uma análise sobre a possibilidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 12, p. 141-159, nov./dez. 2015.

¹⁴⁰ BARCELOS, Guilherme Bier. A função da lei de recuperação e de falência no sistema de direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 4, abr./jun. 2017.

¹⁴¹ CASTRO, Bruno Oliveira. A recuperação do produtor rural: aspectos legais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 11, jan./mar. 2019. p. 8.

empresas que exercem atividade econômica, o que “[...] implicaria reconhecer que as empresas são as titulares do exercício da atividade econômica”¹⁴².

Porém, o projeto dispôs no artigo 2º que ficariam submetidas à Lei as “[...] pessoas jurídicas de natureza civil que explorem atividade econômica e o devedor individual [...]”¹⁴³, sendo perceptível o equívoco ao serem tratados como sinônimos os termos “empresa” e pessoa jurídica.

Ainda, quando o projeto foi submetido ao Senado, sob o nº 71/2003, a imprecisão persistia, na medida em que a Comissão de Assuntos Econômicos, em parecer, afirmou que “[...] o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere [...]”¹⁴⁴. Conclui-se que o termo adequado seria “devedor”, isto é, empresário ou sociedade empresária que se encontra em crise econômico-financeira, haja vista que o próprio parecer, a fim de evitar dúvidas, recomendou que se utilizasse a definição do Código Civil, “[...] que é mais precisa, para restringir os regimes disciplinados na lei aos empresários e às sociedades empresárias”¹⁴⁵. Por fim, entre as demais alterações que o projeto teve até o fim de sua tramitação, a redação do artigo primeiro da Lei 11.101/05 resultou naquela que já conhecemos.

Prosseguindo, no que concerne especificamente às exclusões do artigo 2º da Lei 11.101/05, as empresas de direito público foram excluídas essencialmente por questões históricas e políticas, em detrimento das jurídicas, pois o governo nunca revelou ser aberto a interferências externas nos entes jurídicos que controla. Quanto às empresas de direito privado, também por razões não jurídicas, o Direito Comercial brasileiro vem optando por um sistema restritivo, que enumera as atividades reputadas como empresariais, destinando, historicamente, os antigos regimes de falência e concordata à figura do comerciante, hoje, denominado de empresário.¹⁴⁶

Outrossim, a Lei

Por política legislativa [...] excluiu alguns empresários de seu âmbito de incidência. É o caso das empresas estatais, excluídas por razões de interesse público no exercício de determinada atividade econômica, e aqueles cuja crise econômica tem o condão de gerar risco sistêmico ou grave repercussão na

142 BARUFALDI, Wilson Alexandre. Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 120.

143 BARUFALDI, Wilson Alexandre. Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 44.

144 COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS. Parecer n. 71, Brasília, DF, 2003. p. 20.

145 BARUFALDI, op. cit., p. 22.

146 VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a Lei n. 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

economia, como é o caso das instituições financeiras e das operados de plano de saúde, dentre outros.¹⁴⁷

Em complementação a esse entendimento, pode-se afirmar também que as empresas públicas foram excluídas com base nos fundamentos da preservação do interesse público, bem como considerando que a Constituição Federal determina que o Estado só poderá intervir diretamente na exploração direta da atividade econômica quando necessário, respeitando os imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Já as empresas de economia mista foram excluídas pelo fato de que sua criação se dá por meio de lei, originada do interesse público, e por isso não se pode permitir que sua administração seja dada a terceiros, neste caso, para o administrador judicial ou síndico porque estes não são entes públicos. Por último, as instituições financeiras, sejam elas públicas ou privadas, são excluídas porque a falta de confiabilidade nestas entidades pode resultar em crise de todo o sistema. Ademais, outras exclusões são feitas em face de legislação própria.¹⁴⁸

Por fim, aos entes econômicos não personificados, quer dizer, não registrados, ou seja, em situação de irregularidade, o benefício da recuperação não é aplicado como uma espécie de punição pela situação de irregularidade, mas a falência sim, considerando o caráter punitivo dado pelo encerramento das atividades.¹⁴⁹

Insta referir que, por força do artigo 197¹⁵⁰ da Lei 11.101/05, mesmo as atividades que foram excluídas pelo inciso II do artigo 2º podem-se valer, supletivamente, da Lei quando lei própria deixar de prever soluções.¹⁵¹

2.2 O PRODUTOR RURAL

A atividade agrícola não está imune a períodos de dificuldades financeiras, tanto que, como qualquer atividade econômica sujeita ao mercado, aos riscos naturais e

¹⁴⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI; Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 99.

¹⁴⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **A nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

¹⁵⁰ “Art. 197. Enquanto não forem aprovadas as respectivas leis específicas, esta Lei aplica-se subsidiariamente, no que couber, aos regimes previstos no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e na Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.)

¹⁵¹ ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

especulativos, os produtores rurais também podem passar por crises financeiras nas quais poderão não ter condições de solver suas dívidas.¹⁵²

Historicamente, a atividade rural era reputada como de natureza civil, todavia, pode-se dizer que a essência empresarial já estava presente nas primitivas produções agrícolas, haja vista que nem sempre a produção atendia às carências das pessoas que dela dependiam. Em virtude disso, produziam além do necessário, valendo-se do excedente como pagamento pela aquisição de outras mercadorias.¹⁵³

Conforme referido anteriormente¹⁵⁴, o Código Comercial de 1850 adotava a Teoria dos Atos de Comércio para a qual era imprescindível a verificação da atividade explorada pelo sujeito de forma a defini-lo como comerciante. Baseada nesta percepção, a atividade agrícola, mesmo possuindo organização dos fatores de produção, não era reputada comercial por ser a agricultura uma atividade civil, por conseguinte, sujeita à legislação civil.¹⁵⁵

O tema tomou relevância internacional quando, em 1945, a Organização Mundial das Nações Unidas (ONU) reconheceu a importância da agricultura por estar intrinsecamente vinculada à questão da segurança alimentar, direito essencial de todos¹⁵⁶. Complementa-se que o Brasil, por seu turno, ao perceber a importância do tema, tratou-o em capítulo específico no Título VII da Ordem Econômica e Financeira¹⁵⁷.

Portanto,

[...] o que anteriormente era entendido como uma exploração econômica de propriedades rurais isoladas é parte de um amplo aspecto de inter-relações e interdependências produtivas, tecnológicas e mercadológicas. Hoje as propriedades rurais são entendidas como organizações agroindustriais.¹⁵⁸

A conclusão foi a de que “[...] a [nova] conotação profissional e organizada dada ao termo agronegócio”¹⁵⁹ é o fator responsável pela mudança desse paradigma.

¹⁵² MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; OLIVEIRA, Rayanne Silva Pereira. O empresário rural face à recuperação judicial nos termos da lei 11.101/05. clarão doutrinário e jurisprudencial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 67, p. 303-316, jul. 2016.

¹⁵³ TEIXEIRA, Tarcísio. A organização da empresa rural e o seu regime jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 2, p. 15, mar. 2014.

¹⁵⁴ Vide referência citada no Capítulo 3, 4º parágrafo.

¹⁵⁵ CASTRO, Bruno Oliveira,. A recuperação do produtor rural: aspectos legais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 11, jan./mar. 2019.

¹⁵⁶ BURANELLO, Renato Macedo. Teoria da organização industrial e regime jurídico do agronegócio. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 13, p. 275-285, jan./fev. 2016.

¹⁵⁷ WAKSMAN, Muriel. Aspectos Econômicos e Perspectivas do Agronegócio. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, p. 211-227, nov./dez. 2014.

¹⁵⁸ BURANELLO, op. cit., p. 3.

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 3.

O Direito Agrário é, atualmente, conceituado como “[...] o ramo do direito positivo que regula as relações jurídicas do homem com a terra”¹⁶⁰. Acrescente-se que o Direito Agrário é um microssistema resultante dos desdobramentos do Direito Comercial, ocupando-se de uma atividade econômica em particular¹⁶¹.

A atividade, por sua vez, pode ser de natureza agrícola – cultivo e ou produção de vegetais; pecuária – criação e engorda de animais; extrativista – obtenção de recursos naturais sem a necessidade de manejo humano; ou agroindustrial – industrialização e ou transformação de produtos agrícolas ou pastoris em produtos manufaturados.¹⁶²

No Brasil, as atividades rurais são exploradas, radicalmente, de duas formas: de um lado, tem-se a agroindústria ou agronegócio e, de outro, a agricultura familiar ou de subsistência¹⁶³. Insta referir que 83% dos alimentos consumidos no Brasil são produzidos por pequenos produtores rurais¹⁶⁴.

Por conseguinte, produtor rural é quem exerce essas atividades. Por força do artigo 971 do Código Civil, a solução legal dada ao ruralista é *sui generis*¹⁶⁵ na medida em que somente estarão sujeitos à disciplina da Lei de Recuperação e Falência se estiverem inscritos no Registro Público de Empresas Mercantis.¹⁶⁶

A disposição deste artigo permite ao produtor rural escolher sob qual estatuto será classificado, ou seja, o registro é facultativo, diz o artigo:

Artigo 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o artigo 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.¹⁶⁷

Portanto, registrada a pessoa física que atua como produtor rural, torna-se empresário rural, pessoa jurídica. Conceitua-se como empresário rural “[...] a pessoa física ou jurídica que realiza profissionalmente por meio de um estabelecimento a

¹⁶⁰ BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito agrário**: doutrina e exercícios. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. v.1. p. 16.

¹⁶¹ BURANELLO, op. cit.

¹⁶² TEIXEIRA, Tarcísio. A organização da empresa rural e o seu regime jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 2, p. 15, mar. 2014.

¹⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁶⁴ MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; OLIVEIRA, Rayanne Silva Pereira. O empresário rural face à recuperação judicial nos termos da lei 11.101/05. clarão doutrinário e jurisprudencial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 67, p. 303-316, jul. 2016.

¹⁶⁵ “[...] de seu próprio gênero, que não apresenta analogia com nenhuma outra pessoa ou coisa; peculiar, especial” RIO GRANDE DO SUL. Manual de linguagem jurídico-judiciária. 6. ed. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012. p. 135.

¹⁶⁶ ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles. (coord.). Comentários à lei de recuperação de empresa e falência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

atividade de criação de animais, cultivo de vegetais ou de extração destinadas ao consumo”¹⁶⁸.

Quanto à forma societária, tem-se a dicção do Artigo 984, que regula a sociedade rural que tem por finalidade a prática de atividade própria de empresário:

Artigo 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do artigo 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.¹⁶⁹

Da leitura dos referidos artigos, conclui-se que, sendo exercida a faculdade de realizar a inscrição, o ruralista e a sociedade com objeto rural ficam, respectivamente, equiparados ao empresário individual e à sociedade empresária para usar a escrituração contábil como prova em processos judiciais, como também para fins de submeter-se à legislação de falência e recuperação judicial.¹⁷⁰

No que tange ao pedido de recuperação judicial, é pacífico o entendimento jurisprudencial de que o produtor rural devidamente registrado está entre os destinatários da Lei de Recuperação e Falência.¹⁷¹

No entanto, decisões de alguns Tribunais proferidas antes da reforma promovida pela Lei 14.112/2020 geraram grande insegurança jurídica no setor agroindustrial por conta do requisito do artigo 48 da Lei 11.101/05¹⁷², *in verbis*:

“Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente”.¹⁷³

A discussão que se fazia relevante ao prosseguimento e deferimento do processo era quanto ao ato registral, se este era constitutivo ou declaratório, ou seja, se já decorrido o prazo mínimo de dois anos da data do registro, ou se bastava a comprovação de que a atividade era exercida há no mínimo dois anos.

¹⁶⁸ TEIXEIRA, Tarcísio. A organização da empresa rural e o seu regime jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 2, p. 15, mar. 2014, p. 16.

¹⁶⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

¹⁷⁰ TEIXEIRA, Tarcísio. A organização da empresa rural e o seu regime jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 2, p. 15, mar. 2014.

¹⁷¹ MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; OLIVEIRA, Rayanne Silva Pereira. O empresário rural face à recuperação judicial nos termos da lei 11.101/05. *clarão doutrinário e jurisprudencial. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 67, p. 303-316, jul. 2016. p. 303-316.

¹⁷² BURANELLO, Renato Macedo; FAILLA, Wilson. Regime Jurídico do Produtor Rural e o Instituto da Recuperação Judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 20, p. 131-152, nov. 2016.

¹⁷³ BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

Esclarece-se que ato constitutivo é aquele apto a formar um novo status jurídico, é uma modificação na relação jurídica; já o ato meramente declaratório é precisamente a manifestação de existência ou inexistência da relação jurídica.¹⁷⁴

Nessa linha de raciocínio, considerar-se-ia o ato registral constitutivo porquanto o empresário rural só poderia se beneficiar da Lei se, no momento do ajuizamento, já tivessem transcorrido dois anos da data do registro¹⁷⁵. Diante da análise do artigo 48, poder-se-ia depreender que

[...] o referido dispositivo impõe como condição legitimadora ao pedido de recuperação judicial, o exercício da atividade empresarial, ainda que de caráter rural, pelo prazo de 2 (dois) anos, comprovados a partir da inscrição do empresário, ou mesmo do Produtor Rural, na competente Junta Comercial. A comprovação em questão não pode se dar de outra maneira, senão mediante a emissão de certidão, pela própria Junta Comercial, atestando o cumprimento deste requisito. Assim, com vistas ao atendimento do requisito formal imposto pela Lei 11.101/2005, a regularidade do Produtor Rural consiste na sua inscrição pelo período de 2 (dois) anos junto ao registro de comércio, e não somente pela habitualidade da prática de suas atividades durante o período sem a referida inscrição.¹⁷⁶

Sob outra perspectiva, era possível entender que o registro é meramente declaratório porque somente reconheceria como empresária uma atividade que já existia antes do ato registral por apresentar as características do artigo 966 do Código Civil¹⁷⁷.

Neste mesmo ponto de vista, defendia-se que “A falta de registro [...] não [impediria] a qualificação de sua atividade como empresarial nem a regularidade desta atividade”¹⁷⁸ sob os seguintes fundamentos: a lei civil dispõe sobre uma faculdade e não sobre uma obrigação; o termo “regularidade” não se relaciona com transcurso de tempo, mas sim com o exercício pela forma empresarial e, por último, baseado no § 2º do artigo 48¹⁷⁹, o qual estabelece como documento hábil para comprovação do tempo referido no *caput* a Escrituração Contábil Fiscal (ECF).

¹⁷⁴ SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 37, p. 270-285, jan./mar. 1985.

¹⁷⁵ MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; OLIVEIRA, Rayanne Silva Pereira. O empresário rural face à recuperação judicial nos termos da lei 11.101/05. clarão doutrinário e jurisprudencial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 67, p. 303-316, jul. 2016. p. 303-316.

¹⁷⁶ BURANELLO, Renato Macedo; FAILLA, Wilson. Regime Jurídico do Produtor Rural e o Instituto da Recuperação Judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 20, p. 131-152, nov. 2016. p. 12.

¹⁷⁷ MARTINS, Paola Pereira. A casuística da recuperação do produtor rural. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1009, p. 239-260, nov. 2019.

¹⁷⁸ WAISBERG, Ivo. A viabilidade da recuperação judicial do produtor rural. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 36, n. 131, p. 83-90, out. 2016. p. 83.

¹⁷⁹ “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: [...] § 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 maio 2020.).

Com o advento da Lei 14.112/20, pôs-se fim à discussão em decorrência da positivação da recuperação do produtor rural nos parágrafos 2º a 5º do artigo 48¹⁸⁰ da Lei 11.101/05. A primeira prova admitida para comprovar a empresarialidade é a inscrição na Junta Comercial por prazo superior a dois anos, conforme *caput* do artigo 48.

O § 3º amplia a possibilidade de fazer tal prova por meio do Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, bem como pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial. Além disso, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do LCDPR, segundo o § 4º, será admitida a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF, cumprindo-se a exigência do § 5º do preenchimento das formalidades que enumera.

Nos Estados Unidos, as regras relativas ao produtor rural estão dispostas no *chapter 12: Adjustment of Debts of a Family Farmer or Fisherman with Regular Annual Income*, o qual estabelece uma reorganização simplificada para aqueles que se classificam como agricultores familiares e pescadores com rendimento não superior à média estabelecida a fim de possibilitar a realização de um plano para quitação total ou parcial de suas dívidas. Acrescenta-se que, ao dispor sobre a legitimidade, essa normativa, não admite, nesta modalidade, a forma involuntária, sendo legitimado somente o devedor interessado em pleitear o procedimento.¹⁸¹

3. DO TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

3.1 DOS DESTINATÁRIOS DA LEI PORTUGUESA

Em Portugal, o Decreto-lei nº 132, aprovado em 1993, (Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência – CPERER), institui o processo judicial de recuperação da empresa, permitindo o acordo de credores, a gestão controlada e a reestruturação financeira. Além disso, admitiu a insolvência como pressuposto para instauração de processo, tanto de recuperação quanto de falência.¹⁸²

¹⁸⁰ “Art. 48. [...] § 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) § 4º Para efeito do disposto no § 3º deste artigo, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do LCDPR, admitir-se-á a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) § 5º Para os fins de atendimento ao disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, as informações contábeis relativas a receitas, a bens, a despesas, a custos e a dívidas deverão estar organizadas de acordo com a legislação e com o padrão contábil da legislação correlata vigente, bem como guardar obediência ao regime de competência e de elaboração de balanço patrimonial por contador habilitado. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)” (Ibid.).

¹⁸¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano: particularidades: relevo aos capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do *Bankruptcy Code*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 7, p. 149-171, jan./fev. 2015.

¹⁸² PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Operando uma reforma no Direito Falimentar Português na medida em que contrapunha a antiga bipolaridade do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e Falência (CPEREF), o Decreto-lei nº 23/2004, de 18 de março de 2004, aprovou o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE). Dentre as quatorze¹⁸³ alterações, duas se sobressaem como relevantes. A primeira alteração, ocorrida em agosto do mesmo ano do Decreto-lei nº 23/2004, por intermédio do Decreto-lei nº 200/2004, introduziu alguns aperfeiçoamentos e correções perante lacunas verificadas após a entrada em vigor do código. Dentre eles, destaca-se, com base no artigo 2º¹⁸⁴ que podem ser sujeitos do processo:

[...] qualquer pessoa física ou jurídica, a herança jacente, as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais, as sociedades civis, as sociedades comerciais, as cooperativas, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou qualquer outro patrimônio autónomo.¹⁸⁵

Nessa continuidade, a lei falimentar portuguesa acabou com a distinção entre os institutos da falência e da insolvência, estendendo sua aplicação ao devedor insolvente, mesmo que este não seja titular da empresa¹⁸⁶. Neste diapasão, a ordem jurídica institui a Exoneração do Passivo Restante (EPR), um regime de proteção e resolução do sobreendividamento das pessoas singulares, influenciado por outros ordenamentos europeus que traduziram o *fresh start* do devedor, combinado com o princípio fundamental de restituição dos créditos, ou seja, a viabilidade oferecida ao devedor insolvente, singular, de boa-fé, de recomeçar a vida econômica desobrigando-se de seus débitos; propiciando-lhe a exoneração do passivo restante.

Desta forma, dispensa-se o devedor do pagamento dos créditos não adimplidos no processo de insolvência, ou nos cinco anos seguintes ao término do mesmo. Salienta-se

¹⁸³ Até a data de 24/05/2020, em consulta ao site: http://www.pgdisboa.pt/leis/lei_articulado.php?nid=85&tabela=leis&so_miolo=

¹⁸⁴ “Artigo 2.º Sujeitos passivos da declaração de insolvência:

1 – Podem ser objeto de processo de insolvência:

a) Quaisquer pessoas singulares ou colectivas;
 b) A herança jacente;
 c) As associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais;
 d) As sociedades civis;
 e) As sociedades comerciais e as sociedades civis sob a forma comercial até à data do registro definitivo do contrato pelo qual se constituem;
 f) As cooperativas, antes do registro da sua constituição;
 g) O estabelecimento individual de responsabilidade limitada;
 h) Quais quer outros patrimónios autónomos.” (PORTUGAL. **Decreto lei n.º 200/2004, de 18 de agosto de 2004**. Altera o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em: http://www.pgdisboa.pt/leis/lei_articulado.php?nid=86&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 23 maio 2020.)

¹⁸⁵ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação judicial de empresas e falência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 115.

¹⁸⁶ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

que a utilização deste procedimento é independente de outras negociações extrajudiciais, hábeis a solucionar o sobreendividamento de pessoas singulares¹⁸⁷.

A novidade da sujeição de pessoas singular e *colectiva* (correspondentes à pessoa física e à pessoa jurídica, respectivamente) alheias a qualquer atividade empresarial é inspirada no princípio do *fresh start* pensado nos institutos da *discharge* nos Estados Unidos e da *restschuld-befreiung* na Alemanha¹⁸⁸. Adiciona-se a esta lista a *esdebitazione* na Itália¹⁸⁹ e o *banckruptcy* na Inglaterra, os quais permitem a quitação das dívidas evitadas de boa-fé caídas em insolvência¹⁹⁰.

Diferentemente do Brasil, em que é legitimado, nos termos do artigo 48 da Lei 11.101/05, o devedor ou representantes (cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente), em Portugal a legitimidade para apresentar proposta de insolvência está disposta no artigo 193 do CIRE¹⁹¹, *in verbis*:

Artigo 193.º Legitimidade

1 - Podem apresentar proposta de plano de insolvência o administrador da insolvência, o devedor, qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas da insolvência e qualquer credor ou grupo de credores cujos créditos representem pelo menos um quinto do total dos créditos não subordinados reconhecidos na sentença de verificação e graduação de créditos, ou na estimativa do juiz, se tal sentença ainda não tiver sido proferida.¹⁹²

Ademais, tal como na Lei brasileira, as pessoas *colectivas* públicas e as entidades públicas empresariais não estão sujeitas ao processo de insolvência¹⁹³. As empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços nos quais implique a detenção de fundos ou de valores mobiliários

¹⁸⁷ CAVALCANTE, Carlos Eduardo de Araújo. **O processo de insolvência da pessoa singular**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica Forense) - Universidade Portucalense, Porto, 2019.

¹⁸⁸ SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Rodrigues. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, p. 224-240, abr. 2007.

¹⁸⁹ MENDES, Maria Elisabete Batista. **O novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – CIRE**: incidências e repercussões jurídicas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2014.

¹⁹⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **A falência e recuperação da empresa em crise**: comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

¹⁹¹ SOUSA, Mayara Rakel Araujo de. **Recuperação de empresas**: análise comparativa do processo legal entre Portugal e Brasil. 2012. Dissertação (Mestrado em Gestão) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

¹⁹² PORTUGAL. **Decreto lei n.º 200/2004, de 18 de agosto de 2004**. Altera o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=86&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 23 maio 2020.

¹⁹³ “Artigo 2º - 2 – Exceptuam-se do disposto no número anterior:

a) As pessoas colectivas públicas e as entidades públicas empresariais;

b) As empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores imobiliários de terceiro e os organismos de investimento colectivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades.” (PORTUGAL.

Decreto lei n.º 200/2004, de 18 de agosto de 2004. Altera o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=86&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 23 maio 2020.)

de terceiros, e os organismos de investimento coletivo são reguladas por regimes próprios¹⁹⁴ ¹⁹⁵.

A segunda alteração foi provocada pela Lei 16/2012, a qual promoveu uma inversão de ordem de prioridades, posto que ganhou maior importância a possibilidade de recuperação da empresa¹⁹⁶, estabelecida pelo instituto do PER – Processo Especial de Revitalização –, contrariando a norma anterior que, diversamente, apontava a liquidação do patrimônio como prioridade.¹⁹⁷

Esta tendência reformista, no sentido de favorecer a continuidade da empresa e não mais seu desaparecimento, não é exclusiva das legislações brasileira e portuguesa. Esta é uma tendência internacional verificada também no Direito Francês com a *Droit des entreprises difficultés*, no Direito Alemão com a *Insolvenzordnung*, no Direito Espanhol com a *Ley Orgánica del Poder Judicial*, no Direito Italiano com a *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa* e no Direito Norte-americano com o *Bankruptcy Code*. Este propósito reformista internacional começa quando a UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – edita uma lei cujo intento é padronizar as legislações concursais, observando a soberania do Estado, destinada ao tratamento das adversidades para o soerguimento do devedor.¹⁹⁸

Esse novo paradigma priorizou a reestruturação do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas para o fomento da recuperação do devedor que se mostre factível, em detrimento da liquidação de seu patrimônio¹⁹⁹.

Tendo em vista o fenômeno da solidariedade e da cooperação na criação e circulação de riquezas, bem como em decorrência da concepção de que a cédula produtiva deve ser mantida sempre que possível, entendeu-se que a sorte da empresa não interessa apenas ao seu titular e sim à sociedade²⁰⁰.

O sistema lusitano

¹⁹⁴ Instituições de Crédito: Decreto- Lei nº 199/2006, de 25 de outubro. Empresas Seguradoras: Dec.-Lei nº 94-B/98, de 17 de Abril; Dec.-Lei nº 251/2003, de 14 de Outubro e Dec.-Lei nº 90/2003, de 30 de Abril. (Ibid.).

¹⁹⁵ SOUSA, Mayra Rakel Araujo de. **Recuperação de empresas**: análise comparativa do processo legal entre Portugal e Brasil. 2012. Dissertação (Mestrado em Gestão) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

¹⁹⁶ “Artigo 200 - Proposta com conteúdos alternativos: Se o plano de insolvência oferecer a todos os credores, ou a algum ou alguns deles, várias opções em alternativa, deve indicar qual a aplicável se, no prazo fixado para o efeito, não for exercida a faculdade de escolha.” (PORTUGAL, op. cit.).

¹⁹⁷ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de direito da insolvência**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, S. A., 2019.

¹⁹⁸ CAVALCANTI, Arthur Miranda. Direito falimentar legislado no Brasil e no direito comparado: um estudo da superação da crise empresarial segundo normas legisladas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 11, jan./mar. 2019.

¹⁹⁹ VEIGA, Fábio da Silva; XAVIER, José Tadeu Neves. A recuperação extrajudicial em Portugal e no Brasil: breve esboço comparativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 8, abr./jun. 2018.

²⁰⁰ SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Rodrigues. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, p. 224-240, abr. 2007.

[...] desponta com relevância o trato do direito concursal, considerado avançado e atualizado às necessidades de solução da crise da empresa, um regime bem amplo por abranger pessoas físicas e atividades sem fins econômicos.²⁰¹

Sendo assim, o processo de insolvência passa a ser compreendido como uma execução universal em face do devedor que se encontre incapaz de solver suas obrigações vencidas²⁰². Tal processo de insolvência é a via judicial que visa enfrentar a situação de crise que, por sua vez, consiste na impossibilidade de satisfazer obrigações vencidas ou na superioridade do passivo em relação ao ativo. A insolvência, portanto, é um processo concursal que, nos termos do artigo 176²⁰³ do CIRE, diante da insuficiência de património do executado, terá que respeitar a proporcionalidade das perdas dos credores para que haja uma distribuição balanceada²⁰⁴.

Constata-se que a insolvência, objetivando a contentamento dos direitos dos credores sobre o património restante do devedor, revela-se como um processo civil de execução, com qualidade coletiva, uma vez que seu fim é a satisfação de todos os credores, na medida de seu crédito.²⁰⁵

O próprio CIRE conceitua insolvência em seu artigo 1º como:

[...] um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.²⁰⁶

Contudo, a prática da hegemonia do instituto da recuperação veio a comprovar que este não era o melhor caminho isto porque as empresas não se recuperam por si só. Por esta razão, a atual legislação apresenta três linhas inovatórias: 1) a simplificação do processo; 2) a primazia da satisfação dos credores e 3) a ampliação da autonomia privada dos credores, sendo as duas últimas as mais privilegiadas. Com base nestes três vetores deverão ser ponderados os interesses dos credores, a concorrência, a concentração de

²⁰¹ CAVALCANTI, Arthur Miranda. Direito falimentar legislado no Brasil e no direito comparado: um estudo da superação da crise empresarial segundo normas legislativas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 11, jan./mar. 2019.

²⁰² GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²⁰³ “Artigo 176º - Pagamento aos credores comuns: O pagamento aos credores comuns tem lugar na proporção dos seus créditos, se a massa for insuficiente para a respectiva satisfação integral.” (PORTUGAL. **Decreto lei n.º 200/2004, de 18 de agosto de 2004**. Altera o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=86&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=-. Acesso em: 23 maio 2020.).

²⁰⁴ MENDES, Maria Elisabete Batista. *O novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – CIRE: incidências e repercussões jurídicas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2014.

²⁰⁵ CAVALCANTE, Carlos Eduardo de Araújo. *O processo de insolvência da pessoa singular*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica Forense) - Universidade Portucalense, Porto, 2019.

²⁰⁶ PORTUGAL. **Decreto lei n.º 200/2004, de 18 de agosto de 2004**. Altera o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=86&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=-. Acesso em: 23 maio 2020.

empresas e o mercado de trabalho assim como o emprego e a tutela das pessoas singulares.²⁰⁷

Não é entendimento diverso quando se afirma que “De fato, o plano da insolvência só se afigura justificável caso remeta os credores a uma situação mais vantajosa do que teriam em sede de liquidação”²⁰⁸. Conclui-se que o CIRE confere aos credores o poder de optar pelo meio mais adequado à satisfação de seus interesses, assinalando ser a decisão dos credores a melhor forma de prestigiar o interesse público²⁰⁹.

Por fim, insta salientar que a alteração promovida pelo Decreto-lei nº 79/2017 substituiu um conjunto de referências indevidas pela sua desadequação, como, por exemplo, o termo “devedor” por “empresário”, em conformidade com o novo âmbito de aplicação e, ainda, produziu alterações no processo especial para acordo de pagamento (PEAP), que se traduz em uma espécie de PER residual, destinado a não empresários.²¹⁰

3.2 Dos Motivos da Opção Legislativa

À compreensão dos motivos da abrangência subjetiva do CIRE faz-se necessário o entendimento de um contexto internacional e macroeconômico em que as legislações falimentares estão inseridas. O fenômeno da globalização é uma realidade inegável e irreversível que provoca a multinacionalização dos mercados de capitais, produção, insumos, decisões de investimento, finanças e consumo.

Em âmbito internacional, em 1966, com a intenção de harmonizar e unificar o direito comercial internacional, a ONU criou a UNCITRAL, que tem como uma de suas metas padronizar o Direito Comercial. Em matéria específica da insolvência internacional, foi por intermédio do Comitê de *Insolvency and Creditor's Rights* que se desenvolveu um modelo de cooperação em relação à matéria falimentar com objetivos tais como promover a proteção e maximização do valor do patrimônio do devedor, salvaguardar os interesses dos credores, facilitar a retomada de negócios e recuperar empresas com problemas financeiros.²¹¹

²⁰⁷ MENDES, Maria Elisabete Batista. **O novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – CIRE**: incidências e repercussões jurídicas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2014.

²⁰⁸ SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Rodrigues. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, p. 224-240, abr. 2007. p. 10.

²⁰⁹ SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Rodrigues. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, p. 224-240, abr. 2007.

²¹⁰ SERRA, Catarina. **Lições de direito da insolvência**. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

²¹¹ ROCHA NETO, Ricardo Pinto da; MELLO, Paulo Trani de Oliveira. Apontamentos sobre insolvência transacional: a lei modelo da Uncitral, o regulamento 2015/248 do parlamento europeu e a experiência jurisprudencial brasileira em casos de insolvência cross-border. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, jan./mar. 2018.

Contudo, somente em 1997, mediante a Resolução nº 52/158 é que se recomendou que os Estados passassem a adotar o modelo pensado pela UNCITRAL²¹². A União Europeia, só no ano de 2000 editou o Regulamento nº 1346/2000, obedecendo ao modelo desenvolvido pela UNCITRAL²¹³. Relativo aos processos de insolvência e pautado no paradigma da eficiência, seu teor é vinculativo e, por essa razão, é diretamente aplicável a todos os Estados-Membros.

Neste mesmo cenário econômico, em que empresários e consumidores se encontram diante de uma crise econômica prolongada, que se traduzia nas medidas de austeridade implantadas nos países da zona do euro, cumpriu ao legislador a criação de mecanismos de prevenção e tratamento do superendividamento dos agentes e personalidades econômicos. E, é nesse contexto da repartição equilibrada dos riscos do mercado – para devedores e credores – que a legislação concursal foi destinada a cumprir com este objetivo.²¹⁴

É encontrando inspiração no ordenamento estadunidense e alemão que o direito falimentar de Portugal se desenvolveu.²¹⁵

No que tange à influência dos Estados Unidos:

Nos diversos sistemas jurídicos do continente europeu, notadamente após a entrada do novo milênio, nota-se uma tendência crescente em acatar soluções do direito falimentar norte-americano. Isto, não somente com relação a empresas, mas igualmente quanto ao consumidor.²¹⁶

A atual ruptura econômica evidenciou significativamente este comportamento, de forma a se observar em diversos países reformas destinadas a possibilitar o seguimento da atividade empresarial e, de modo igual, a preocupação com o sobre-endividamento do consumidor.²¹⁷

A concepção do *Bankruptcy Code* se baseia no princípio do *fresh start*. Assim, o legislador norte americano constatou que sujeitos endividados, por não atuarem como agentes econômicos no mercado de consumo, representavam mais um obstáculo do que um catalisador para o crescimento do país, que, no século XIX, passava por um momento

²¹² ROCHA NETO, Ricardo Pinto da; MELLO, Paulo Trani de Oliveira. Apontamentos sobre insolvência transacional: a lei modelo da Uncitral, o regulamento 2015/248 do parlamento europeu e a experiência jurisprudencial brasileira em casos de insolvência cross-border. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, jan./mar. 2018.

²¹³ SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Rodrigues. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, p. 224-240, abr. 2007.

²¹⁴ CONCEIÇÃO, Ana Filipa Ferreira Colaço da. Sobre-endividamento ou insolvência? breve estudo sobre os modos de tratamento no Direito Português e Brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, v. 1, n. 4, p. 73-112, dez. 2011.

²¹⁵ SILVA; RODRIGUES, op. cit.

²¹⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. A crise econômica e a reforma do direito concursal no continente europeu função social ou manutenção da atividade? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 936, p. 73, out. 2013. p. 2.

²¹⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello. A crise econômica e a reforma do direito concursal no continente europeu função social ou manutenção da atividade? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 936, p. 73, out. 2013.

de constantes crises políticas e guerras civis. Ao considerar a problemática como um ciclo negativo de consumo, o legislador estadunidense desenvolveu o conceito do novo recomeço ou *fresh start*, oportunizando aos endividados, pessoas físicas ou jurídicas, saldar seus débitos objetivando sua reinserção no mercado como fomentadores do crescimento.²¹⁸

Na lei alemã “[...] não ocorre separação entre o patrimônio privado e da empresa, pois o processo de insolvência incide sobre todo o patrimônio do devedor”²¹⁹. A lei portuguesa seguiu o mesmo caminho, pois o processo de insolvência português “É um processo *universal*, porque, à partida, todos os bens podem ser apreendidos para futura liquidação, desde que penhoráveis [...]”²²⁰.

Em vista disso, o CIRE traz a proposta de afastar toda e “[...] qualquer sugestão de paralelismo entre recuperação e insolvência [...]”²²¹. Assim, o legislador escolheu um diploma único para promover um recurso jurisdicional que combata o estado de insolvência sem considerar sua origem nem a qualidade do devedor²²².

É nesta perspectiva que se afirma que

Como muitas pessoas se beneficiam com o acesso ao crédito tanto para o empreendedorismo como para o consumo, a urgência de lidar com as inevitáveis casualidades econômicas pressiona mais fortemente. O excessivo endividamento impõe sérios problemas econômicos, em termos de perda de produtividade de amplos segmentos da população sob o fardo do débito, que seiva a iniciativa dos indivíduos e debilita a capacidade produtiva deles.²²³

Os pressupostos para o pedido de incidência dos institutos estabelecidos no CIRE estão previstos no artigo 3º²²⁴ do Código. São eles: que o devedor se encontre em insolvência, insolvência iminente ou em situação econômica difícil. No que diz respeito aos empresários sem registro, não se pode negar a existência dos que exercem, de fato, atividade empresarial, pois equivaleria à negação da existência da economia informal. A

²¹⁸ JOBIM, Maria Luiza Kurban. Estados Unidos e o Sistema do Fresh Start; o “discharge” (perdão) previsto pela Seção 727 do Capítulo 7 do Código de Falências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, p. 337-346, maio/jun. 2013.

²¹⁹ COROTTO, Susana. *Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresa (LRFE) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2009. p. 64.

²²⁰ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de direito da insolvência*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, S. A., 2019. p. 18.

²²¹ SERRA, Catarina. *Lições de direito da insolvência*. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 27.

²²² MENDES, Maria Elisabete Batista. *O novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – CIRE: incidências e repercussões jurídicas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2014.

²²³ SOARES, Ardyllis Alves. Conclusões do relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física: resumo e conclusões finais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, p. 435-450, set./out. 2013. p. 1.

²²⁴ “Artigo 3.º Situação de insolvência

1 – É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir com suas obrigações vencidas.” (PORTUGAL. **Decreto lei n.º 200/2004, de 18 de agosto de 2004**. Altera o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=86&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 23 maio 2020.).

empresa surge como sujeito de direitos e deveres²²⁵, não como objeto de relações jurídicas.²²⁶

Portanto, tal como a tendência internacional é no sentido de dar legitimidade ao devedor, independentemente de sua característica empresarial, ou seja, às pessoas singulares e às pessoas jurídicas não-empresariais, em razão da inspiração norte-americana e alemã, bem como considerando que as prerrogativas do regime concursal oferecem benefícios à sociedade e, ainda, em decorrência das razões sociais, o Direito Português abarca a possibilidade de que os regimes incidam sobre as pessoas singulares.

Configura-se como preocupação basilar do diploma legal minimizar os efeitos negativos sistêmicos da dívida, favorecendo não apenas uma economia interna mais constante, mas também uma maior competitividade internacional em um mercado globalizado.²²⁷

²²⁵ “Artigo 5º - Noção de empresa: Para efeitos deste Código, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica.” (Ibid.).

²²⁶ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de direito da insolvência**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, S. A., 2019.

²²⁷ SOARES, Ardyllis Alves. Conclusões do relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física: resumo e conclusões finais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, p. 435-450, set./out. 2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitável que cada país possui peculiaridades históricas e culturais, assim como demandas sociais e econômicas particulares que refletem em suas ordenações jurídicas. Apesar de serem, Brasil e Portugal, nações irmãs, as distintas experiências por elas vivenciadas acerca dos regimes de recuperação de empresa e insolvência são relevantes ao meio acadêmico-jurídico sob o enfoque jus-comparatístico como incentivo a estudos sobre os institutos que ora despontam nas legislações analisadas por este artigo. Diante disso, é inevitável observar-se que, a partir do Direito Comparado, é que se fazem compreender as razões das diferenças jurídicas.

Tanto no Brasil quanto em Portugal o que se verifica é que o Direito Concursal é um direito multidisciplinar porque se vale de outras legislações em sentido complementar ou suplementar. Exemplificando, ambas legislações apresentam dispositivos penais, interferem em relações regulamentadas pela norma trabalhista e precisam do suporte do Código Civil e Comercial para serem plenamente compreendidas. A diferença que se examinou neste estudo encontra-se no devedor: enquanto no Brasil, para se amparar nos institutos da Lei de Recuperação e Falência, é necessário o caráter empresarial, em Portugal tantas pessoas físicas quanto jurídicas, independentemente de realizarem atividade reputada como empresarial, podem se valer dos institutos do Código da Insolvência e Recuperação da Empresa.

O CIRE segue as tendências internacionais com o intuito de ampliar a legitimidade ativa da lei falimentar às pessoas singulares ou não empresárias sob a justificativa dos impactos positivos que esta possibilidade tem na economia na medida em que pessoas físicas são agentes econômicos e, em vista disso, participam ativamente do mercado de consumo, contribuindo para o desenvolvimento saudável da economia. Também serve de fundamento o fato de que nem as pessoas *colectivas* nem as pessoas singulares estão imunes às variações do mercado, sendo possível que ambas fiquem à sorte de uma economia em constante movimentação. Foram estas as razões primárias para que o legislador português ampliasse a legitimidade ativa de sua lei concursal.

Já no Brasil não se percebe essa possibilidade. Recentemente, a Lei 14.112/2020 acrescentou à Lei 11.101/05 o capítulo referente à “falência transacional”, a qual permite que empresas multinacionais (que tenham sede ou filial em mais de um país) possam requerer a falência em território brasileiro ou estrangeiro, prevendo uma colaboração entre juízos a fim de proteger os interesses de credores de diversas nacionalidades.

Entretanto, não foi tratada a possibilidade de pessoas físicas, nem de pessoas jurídicas não-empresárias estarem sob seu âmbito de incidência.

Não se ignora a existência da matéria da insolvência civil no Brasil. A verdade é que ela está disposta no Código Civil, diferentemente do que se verifica em Portugal, que unificou a falência civil e empresarial no mesmo diploma. A lei civil brasileira dispõe acerca dos mecanismos para que as pessoas físicas ou jurídicas que não exerçam atividade empresarial possam ver liquidadas suas dívidas e, por outro lado, para que os credores possam ver satisfeitos seus créditos, ainda que parcialmente.

Todavia, o que se verifica é que as disposições do direito concursal, em âmbito mundial, são mais protetivas ao devedor, possibilitando mais meios de ajuste de pagamento e se apresentam mais benéficas aos credores na medida em que a organização de pagamento alcança mais pessoas e valores mais altos.

As legislações brasileira e portuguesa excluem de sua esfera de incidência, respectivamente, empresas públicas e sociedade de economia mista e pessoas *colectivas* públicas e entidades públicas empresariais. Da mesma forma, por serem reguladas por regimes próprios, não incluem em seus dispositivos no: (i) Brasil: instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores; e, em (ii) Portugal: as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços nos quais implique a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros, e os organismos de investimento coletivo.

Ainda, frise-se haver diferenças quanto à inspiração dos ordenamentos, a qual justifica a dessemelhança ora examinada. Ao tempo em que o regramento brasileiro encontra influência no italiano, adota a Teoria da Empresa, distinguindo atividades empresárias e não empresárias, a lei portuguesa é orientada pelos exemplos norte-americano e alemão os quais, seguindo os moldes da UNCITRAL, abrangem como destinatários da lei, não só as atividades empresariais, como também as pessoas singulares e as pessoas jurídicas não-empresariais, com o objetivo de fomentar a economia. Para que a lei brasileira adote o modelo da UNCITRAL, seria necessária uma reforma tanto na Lei Concursal quanto na Lei Civil, na parte que dispõe sobre a qualidade empresarial das atividades.

No tocante à discussão jurisprudencial dos Tribunais brasileiros quanto ao deferimento do pedido de recuperação de produtores rurais, acabou prevalecendo, por intermédio da alteração operada pela Lei 14.112/2020, o entendimento de que o ato registral é meramente declaratório, isto é, somente declara como empresarial uma atividade que já o era antes do ato, sendo suficientes documentos outros para comprovação de que a atividade econômica prestada preenche todos os requisitos do artigo 966 do Código Civil, quais sejam, as formas habitual, profissional e organizada para a produção e circulação de bens e serviços.

Neste panorama, pode-se verificar a complexidade da discussão que envolve as diferenças de aplicabilidade das legislações examinadas. O que se pretendeu por meio deste estudo, portanto, foi fomentar o debate acerca do tema dos destinatários da Lei Brasileira e do Código Português sob a perspectiva do Direito Comparado. Nesse sentido, claramente se observam diversas outras questões a serem exploradas relativamente a esta matéria, uma vez que as dessemelhanças não se esgotam somente na diferença de aplicabilidade, pois as leis ainda preveem formas recuperacionais distintas, daí a relevância desta matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. A recuperação no procedimento falimentar. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 35-52.

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/05**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Maurício Coutinho de. Empresa, empresário e responsabilidade tributária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 110, p. 225-260, maio/jun. 2013.

AZEVEDO, Charles Stevan Prieto de. O alcance da decisão de processamento da recuperação judicial sob a perspectiva do princípio da preservação da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 14, out./dez. 2019.

BARCELOS, Guilherme Bier. A função da lei de recuperação e de falência no sistema de direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 4, abr./jun. 2017.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito agrário: doutrina e exercícios**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. v.1.

BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BORGES, Ana Luísa Porto. A recuperação judicial das associações: pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômicos: uma análise sobre a possibilidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 12, p. 141-159, nov./dez. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 30 março 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 566, de 22 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm. Acesso em: 23 maio 2020. Revogado.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

BURANELLO, Renato Macedo. Teoria da organização industrial e regime jurídico do agronegócio. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 13, p. 275-285, jan./fev. 2016.

BURANELLO, Renato Macedo; FAILLA, Wilson. Regime Jurídico do Produtor Rural e o Instituto da Recuperação Judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 20, p. 131-152, nov. 2016.

CARNEIRO FILHO, Luís Inácio. A Nova Sociedade Limitada Unipessoal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1013, p. 227-236, mar. 2020.

CASTRO, Bruno Oliveira,. A recuperação do produtor rural: aspectos legais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 11, jan./mar. 2019.

CAVALCANTE, Carlos Eduardo de Araújo. **O processo de insolvência da pessoa singular**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica Forense) - Universidade Portucalense, Porto, 2019.

CAVALCANTI, Arthur Miranda. Direito falimentar legislado no Brasil e no direito comparado: um estudo da superação da crise empresarial segundo normas legisladas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 11, jan./mar. 2019.

CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 828, out. 2004.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.3.

COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS. **Parecer n. 71**. Brasília, DF, 2003.

CONCEIÇÃO, Ana Filipa Ferreira Colaço da. Sobre-endividamento ou insolvência? breve estudo sobre os modos de tratamento no Direito Português e Brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, v. 1, n. 4, p. 73-112, dez. 2011.

COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão**: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresa (LRFE) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2009.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de direito da insolvência**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, S. A., 2019.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **A nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Edílio. O processo legislativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 719, p. 21-35, set. 1995.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de Direito Mercantil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1934. v.1.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A crise econômica e a reforma do direito concursal no continente europeu função social ou manutenção da atividade? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 936, p. 73, out. 2013.

FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano: particularidades: relevo aos capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do *Banckruptcy Code*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 7, p. 149-171, jan./fev. 2015.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **A falência e recuperação da empresa em crise**: comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação judicial de empresas e falência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JOBIM, Maria Luiza Kurban. Estados Unidos e o Sistema do Fresh Start; o “discharge” (perdão) previsto pela Seção 727 do Capítulo 7 do Código de Falências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, p. 337-346, maio/jun. 2013.

LAROUSSE. **Grande dicionário Larousse Cultural da língua portuguesa**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LEMOES, Eduardo. Viabilizando a recuperação sem ou além da lei. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. **Direito das empresas em crise**: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 79-102.

MARTINS, Paola Pereira. A casuística da recuperação do produtor rural. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1009, p. 239-260, nov. 2019.

MENDES, Maria Elisabete Batista. **O novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – CIRE: incidências e repercussões jurídicas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2014.

MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; OLIVEIRA, Rayanne Silva Pereira. O empresário rural face à recuperação judicial nos termos da lei 11.101/05. clarão doutrinário e jurisprudencial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 67, p. 303-316, jul. 2016.

MICHAELIS on-line. **Destinatário**. 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/destinatario>. Acesso em: 20 maio 2020

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

OLIVEIRA, Mateus Marques; GUIMARÃES, Michele Aparecida Gomes. O perpasso histórico do direito falimentar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 20, p. 195-207, nov. 2016.

PACHECO, José da Silva. Análise jurídica de conceitos básicos de direito empresarial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, p. 157-172, dez. 2010.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAIVA, Luiz Fernando Valente. Recuperação extrajudicial: o instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 231-266.

PORTUGAL. **Decreto lei n.º 200/2004, de 18 de agosto de 2004**. Altera o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=86&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 23 maio 2020.

REDECKER, Ana Cláudia. Recuperação de empresas: efeitos sobre os negócios e ações em curso. *In*: GARCIA, Ricardo Lupion (org.). **10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 20-58.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

RIO GRANDE DO SUL. **Manual de linguagem jurídico-judiciária**. 6. ed. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012.

ROCHA NETO, Ricardo Pinto da; MELLO, Paulo Trani de Oliveira. Apontamentos sobre insolvência transacional: a lei modelo da Uncitral, o regulamento 2015/248 do parlamento europeu e a experiência jurisprudencial brasileira em casos de insolvência cross-border. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, jan./mar. 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SERRA, Catarina. **Lições de direito da insolvência**. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Rodrigues. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, p. 224-240, abr. 2007.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 37, p. 270-285, jan./mar. 1985.

SOARES, Ardyllis Alves. Conclusões do relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física: resumo e conclusões finais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, p. 435-450, set./out. 2013.

SOUSA, Mayra Rakel Araujo de. **Recuperação de empresas**: análise comparativa do processo legal entre Portugal e Brasil. 2012. Dissertação (Mestrado em Gestão) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

TEIXEIRA, Tarcísio. A organização da empresa rural e o seu regime jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 2, p. 15, mar. 2014.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.1.

VEIGA, Fábio da Silva; XAVIER, José Tadeu Neves. A recuperação extrajudicial em Portugal e no Brasil: breve esboço comparativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 8, abr./jun. 2018.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a Lei n. 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

WAISBERG, Ivo. A viabilidade da recuperação judicial do produtor rural. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 36, n. 131, p. 83-90, out. 2016.

WAKSMAN, Muriel. Aspectos Econômicos e Perspectivas do Agronegócio. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, p. 211-227, nov./dez. 2014.

XAVIER, Celso Caldas Martins. Análise crítica da regra de fixação de competência prevista na lei de falências e de recuperação de empresas. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco. **Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 53-78.

DIREITO CONDOMINIAL: GUERRA DOS APLICATIVOS NO MERCADO DE LOCAÇÃO

Renato Bezerra Rosado Cascudo Rodrigues¹

Resumo: O presente artigo versa acerca do compartilhamento de imóvel, por aplicativos, buscando discutir a legalidade do tema em questão, apresentando soluções e objetivando a resolução de litígios. Com isso, pretende-se explorar a respeito da nova plataforma virtual de locação de imóveis, observando com o trinômio: salubridade, segurança e sossego, refletindo sobre as perspectivas da mutabilidade que esta causa traz, na sociedade atual, e os benefícios trazidos por esse. Foi realizada uma pesquisa exploratória, baseada no levantamento bibliográfico, no que diz respeito ao Contrato de Locação e Lei do Inquilinato, além de adquirir embasamento através de revistas imobiliárias e catálogos. Ademais, utilizou-se o método indutivo, partindo da análise de situações concretas do uso dessa ferramenta pela sociedade, conseqüentemente, da ampliação da tecnologia, no mundo atual. Após a realização do presente estudo, foi constatado que há um crescimento das locações por aplicativos de forma exacerbada, já que a sociedade utiliza da tecnologia para desempenhar as devidas atividades profissionais e questões relacionadas ao bem-estar social. Conclui-se que o compartilhamento de imóvel, por plataformas digitais, vem se desenvolvendo e aperfeiçoando, proporcionando benefícios à sociedade, englobando flexibilidade, comodidade e custo benefício.

Palavras-chaves: Compartilhamento de imóveis; Regulamentação; Locação; Hospedagem; Plataforma digital; Inovação; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: This article deals with the sharing of real estate by applications, seeking to discuss the legality of the issue in question, presenting solutions and aiming at resolving disputes. With that, we intend to explore the new virtual rental platform, observing with the trinomial: healthiness, security and quietness, reflecting on the perspectives of the mutability that this cause brings in the current Society, and the benefits brought by this. In addition, it will be proposed the standardization of the theme, demonstrating that such action will be essential for the perpetuation and development of this new form of location. An exploratory research was conducted, based on the bibliographic survey, regarding the Tenancy Agreement and Tenancy Law, as well as acquiring grounding through real estate magazines and catalogs. In addition, the inductive method was used, starting from the analysis of concrete situations of the use of this tool by Society, consequently, the expansion of technology in the current world. After this study, it was found that there is an increase in the location of applications by way of exacerbation, since Society uses technology to perform the proper professional activities and issues related to social welfare. It is concluded that the sharing of property by digital platforms has been developing and improving, providing benefits to Society, encompassing flexibility, convenience and cost benefit.

Keywords: Real Estate Sharing; Regulation Location; Accommodation; Digital platform; Innovation; Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa atuar sobre a perspectiva do compartilhamento de imóveis, por plataformas digitais, tratando indagações que são postas pela sociedade, buscando o desenvolvimento e melhoria na temática exposta. É evidente que apesar de apresentar um número significativo de usuários no aplicativo, um dos maiores desafios está relacionado à ausência de um entendimento consolidado e conseqüentemente, de

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail:renato_rosado_25@hotmail.com.

uma normatização que pudesse entregar uma maior confiabilidade e segurança jurídica aos envolvidos.

Observa-se que o Superior Tribunal Justiça apreciou poucos casos relacionado a presente temática, explicitando o entendimento que a locação de imóveis pode ser vedada, caso a convenção condominial, de forma expressa, detenha tal aspecto.

Antes da realização da análise, foi necessária uma pesquisa exploratória, baseada no levantamento bibliográfico, no que diz respeito a Contrato de Locação e Lei do Inquilinato, possibilitando que os dados a serem colhidos possam ser interpretados e entendidos, a fim de esclarecer sobre esta plataforma digital e suas modalidades. Além de ser uma pesquisa documental, na qual foram utilizadas revistas imobiliárias e catálogos.

Considerando-se os objetivos da pesquisa, utilizou-se o método indutivo, partindo da análise de situações concretas do uso dessa ferramenta pela sociedade, conseqüentemente da ampliação da tecnologia, no mundo atual. Por outro lado, houve o uso do método auxiliar comparado, na medida em que se utilizou da análise de dados estatísticos referentes à eficiência da plataforma digital em questão.

No decorrer desse artigo, será explanado se o compartilhamento de imóveis deve se basear na Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91) ou na Lei 11.771/2008, que regula a política nacional de turismo. Dito isso, serão expostas as correntes, com seus devidos defensores como o Ministro Luís Felipe Salomão, a Relatora Ana Catarina Strauch, Tribunal do Rio de Janeiro, além do Ministro Raul Araújo que sustentam e seguem teses antagônicas as quais compõem o assunto abordado.

As referidas correntes tratarão de explicar se este compartilhamento se trata de uma locação tradicional ou uma hospedagem, e, por conseguinte, se aprofundará em suas peculiaridades. Ademais, é argumentado pelas correntes que essa temática traz benefícios e malefícios aos envolvidos que usufruí dessa plataforma.

Um ponto relevante e propiciado por uma das correntes, que mais se coaduna com o entendimento jurídico prevalecente, é que com a utilização dessa inovação, por entender que trata de uma hospedagem acreditam que não é possível a locação em um imóvel residencial, pois afastaria a característica residencial. Além disso, a corrente supõe que a efetividade do uso do imóvel causaria uma minoração no conforto e segurança dos condôminos, sendo um ponto crucial em sua tese.

A corrente distinta, vencida em julgamento recente, trazida pelo relator, o Ministro Luís Felipe Salomão (Resp. nº 1819075/ RS (2019/0060633), acredita que o

compartilhamento de imóveis pelo aplicativo está estritamente ligado à lei de locações, sendo assim uma faculdade do proprietário de alugar o próprio imóvel, atributo este do direito de propriedade.

Tal temática encontra-se em evidência, na sociedade brasileira, e em Tribunais, entretanto, existem diversos entendimentos quanto ao assunto causando dúvidas e insegurança na sociedade.

Diante disso, iniciou-se o julgamento acerca da temática, no qual o Ministro Luís Felipe Salomão apresentou o seu entendimento, esclarecendo que a compartilhamento por plataforma digital não é capaz de alterar a destinação econômica do imóvel, por entender que se trata de locação. Após a tese apresentada pelo Relator, o Ministro Raul Araújo divergiu de tal entendimento, suscitando que a locação de imóvel por aplicativo não altera a destinação residencial para comercial, entretanto, afastaria característica intrínsecas do instituto da residência. Entretanto, caso a convenção condomínial nada estipule quanto a presente temática, os proprietários podem locar por meio de aplicativos. Os ministros Isabel Galloti e Antônio Carlos Ferreira seguiram o entendimento do Ministro Raul Araújo.

No presente trabalho, será abordada a plataforma digital Airbnb, as políticas de privacidade e de uso do aplicativo, pelo fato de que tais são explanadas nos argumentos por uma das correntes, evidenciando que a plataforma se preocupa em manter a segurança e o sossego dos condôminos. Como também, será elucidado o direito de propriedade, suas características e os atributos que são inerentes ao titular do direito, cabendo a este o exercício.

A plataforma ao ser iniciada gerou incógnitas, na sociedade em geral, indagando-se se realmente seria algo que iria se concretizar no Brasil, devido à ausência de regulação da temática. Por fim, neste trabalho, será evidenciado o desenvolvimento e aprimoramento dessa ferramenta, exemplificando com dados reais de que a plataforma causa impactos econômicos e tem grande probabilidade de se perpetuar como *case* de sucesso.

1. CONTEXTO GERAL DE CONTRATO DE ALUGUEL

Segundo Clovis Beviláqua (1934 apud GONÇALVES, 2008, p.245), o conceito clássico de contrato de aluguel é “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”. Dito isso, é perceptível que se trata de um contrato que

há o predomínio da autonomia da vontade, desde que em conformidade com a ordem jurídica.

Destarte, o contrato de aluguel é aquele em que o proprietário do imóvel tem como obrigação conceder ao locatário o objeto da relação mediante pagamento, de forma temporária tendo o locatário o direito de uso e gozo.

O contrato de locação é algo tão presente, na sociedade, que o próprio Código Civil reserva vários artigos se referindo as obrigações do locador e do locatário, tornando este um contrato seguro para os envolvidos. Observa-se que além da segurança que o Código Civil assegura, é viável que as cláusulas contratuais, acordada pelas partes, tragam mais garantias, com base na lei específica do Inquilinato.

Portanto, é explícito que o contrato de aluguel possui algumas formas, nas quais uma parte é regulada pelo Código Civil e a outra por uma lei própria (Lei do Inquilinato). Logo, serão explanadas no seguinte ponto, as diferenças entre a locação por temporada e a locação residencial.

1.1 Locação Por Temporada E Locação Residencial

A locação por temporada é uma modalidade de aluguel bastante utilizada pela sociedade, principalmente, em épocas de férias nas quais existe uma procura por imóveis para que estas possam se desvincular de obrigações e trabalhos, e consigam praticar o lazer.

Observa-se, que esta modalidade pode ser utilizada pelas partes contratuais em diversas situações nas quais os indivíduos estejam inseridos. Cabe ressaltar que essa modalidade pode ser praticada tanto por pessoa física como jurídica.

Em conformidade, com o Artigo 48 da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato)², é totalmente viável a locação de um imóvel pelo interesse de um indivíduo, para que se possa realizar um tratamento de saúde, prática de lazer, realização de cursos, realização de uma obra em seu imóvel, ressaltando que o imóvel pode estar mobiliado ou não.

É perceptível que a locação de imóvel por temporada possui características peculiares, na qual a principal está relacionada ao período máximo em que o imóvel possa ser locado a outro indivíduo.

O referido artigo, que se refere a esta modalidade, estipula que para ser

² Art. 48 Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a 90 dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.

utilizada deve haver um tempo determinado, não sendo este período superior a 90 dias.

Diante do exposto, caso não sejam respeitadas as peculiaridades dessa modalidade de locação ou até mesmo contenha um ajuste temporal superior ao período permitido, o referido contrato não será mais regido pelas regras inerentes à locação para temporada, mesmo que seja nominado como sendo, conforme prevê o artigo 50 da Lei do Inquilinato³.

Percebe-se que a locação por temporada é algo crescente, na sociedade atual, e que em consequência disso, algumas situações adversas surgiram, nas quais alguns condôminos observam e acreditam que a grande rotatividade de pessoas pode trazer transtornos ao condomínio, esses relacionados ao não cumprimento das regras condominiais, além de que, pode haver o aumento nas despesas do condomínio.

Já que ao ser firmado o contrato de locação, por temporada, entre o condômino e o locatário, este não estipula a quantidade de pessoas permitidas, atualmente, alguns condomínios estabelecem a capacidade máxima de pessoas naquele apartamento, além de definir o período mínimo da locação, objetivando uma maior organização, controle e diminuição na rotatividade de pessoas.

A locação residencial é outra modalidade regida pela Lei do Inquilinato, em que há preocupação na moradia do locatário ou de sua família. Em razão disso, há uma diferença entre residência e moradia, uma vez que o termo residência é sinônimo de estabilidade e a moradia é uma permanência em caráter temporário, conforme (RIZZARDO, 2009, p. 486 - 487):

Residência é o lugar onde alguém fica habitualmente, ainda que sem a intenção de nele permanecer sempre. Seu elemento essencial é a habitualidade.

A palavra “moradia”, no entanto, tem um conteúdo mais restrito ou relativo, significando a permanência transitória e precária, sem ânimo de fixação estável. Assim que se alguém se hospeda em um hotel, embora o habitandonele tem a sua moradia, se carecer de ânimo de permanência em caráter definitivo. Não se configura ainda residência na hipótese de um doente se internar em uma casa de saúde, em tratamento, pois falta o requisito da habitualidade e da definitividade.

Os imóveis que são utilizados com a finalidade de moradia são enquadrados como locação residencial, tendo este como característica a possibilidade de um período mais amplo na locação, já que a Lei do Inquilinato garante uma vigência mínima de

³ Art. 50 Fim do prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador por mais de 30 dias, presumir-se-á prorrogada a locação por tempo indeterminado, não mais sendo exigível o pagamento antecipado do aluguel e dos encargos. Parágrafo único. Ocorrendo prorrogação, o locador somente poderá denunciar o contrato após 30 meses de seu início ou nas hipóteses do artigo 47.

30 meses, segundo o artigo 464, da referida Lei.

1.2 Locação Por Temporada X Contrato De Hospedagem

Com relação ao regime jurídico, a Lei 8.245/91 em seu artigo 1º, alínea “a”, parágrafo 4º⁴, expressa que se o indivíduo reserva um apart-hotel ou até mesmo um hotel-residência, essa relação não será regida pela Lei do Inquilinato, mas sim pelo próprio Código Civil e/ou até mesmo pela Lei Geral do Turismo. Nesses casos, o proprietário do estabelecimento deve se preocupar não somente com o compartilhamento do local, mas também em apresentar os serviços inerentes a essa modalidade, fazendo com que este possua comodidade, conforto e bem-estar, com base no art. 23⁵ desta lei.

Atualmente, existem divergências em entendimentos, se o compartilhamento de imóveis, com serviços inerentes, se trata de uma locação temporada ou hospedagem atípica. Parte da doutrina, como o Ministro Luís Felipe Salomão (Resp. nº 1819075/RS (2019/0060633), possui o entendimento de que reserva em hotéis com serviços inclusos, possui um regime jurídico de hospedagem, e jamais poderá essa relação ser regida pela lei do inquilinato, até porque essa somente poderá reger situações de locação, podendo ser de qualquer modalidade, como a locação temporada, locação residencial ou até a locação não residencial, chamada também de locação comercial. A distinção destes, de acordo com Capanema de Souza (2010,p. 207),

Cabe ressaltar, finalmente, que a locação por temporada não se confunde com aquelas celebradas em apart-hotéis, hotéis-residência ou assemelhados, cujo regime jurídico se subsume ao sistema do Código Civil, na forma do que dispõe o parágrafo único, alínea a, nº 4, ficando estas últimas fora do pálio protetor da Lei do Inquilinato. A diferença é que nas locações de imóveis por temporada, ainda que mobiliados, o locador não fornecer serviços regulares ao locatário, tal como se exige nos apart- hotéis. Nestes, há um misto de contrato de locação de coisa e de locação de serviços, caracterizando, muito mais, o contrato atípico de hospedagem.

⁴ Art. 46 Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo do prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso. Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei: Parágrafo Único. Continuum regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. Em apart-hotéis, hotéis – residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar.

⁵ Art. 23 Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hospede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviço de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária. § 1º Os empreendimentos ou estabelecimentos de hospedagem que explorem ou administrem, em condomínios residências, a prestação de serviços de hospedagem em unidades mobiliadas e equiparadas, bem como outros serviços oferecidos a hospedes, estão sujeitos ao cadastro de que trata esta lei e ao seu regulamento. § 2º Consideram-se prestação de serviço de hospedagem em tempo compartilhado a administração de intercâmbio, entendida como organização e permuta de períodos de ocupação entre cessionários de unidades habitacionais de distintos meios de hospedagem.

Quanto à locação, é importante ressaltar que não se faz necessária a prestação dos serviços regulares, por parte do locador, assim como não se faz necessário o imóvel ser mobiliado ou não.

O surgimento de plataformas de compartilhamento de imóveis ocasionou diversos problemas, causando discussões jurídicas e até sociais. Uma parte da sociedade se indaga quais as reais consequências do compartilhamento de imóveis por plataformas digitais e até mesmo qual a natureza jurídica dessa relação, seria uma locação ou hospedagem?

Diversos tribunais, como o Tribunal de Pernambuco⁶ e do Rio de Janeiro⁷, adotam o raciocínio de que há uma ilegalidade do compartilhamento de imóveis, por entender que esta relação trata-se de uma hospedagem. Sendo assim, acredita que se fosse concretizado, a destinação do condomínio que é de moradia deixaria de ser e passaria a ser comercial, alterando assim a sua destinação. Além disso, esse acordo estaria submetido à Lei 11.771/2008, que regula a Política Nacional de Turismo.

Essa discussão gera exigências, pois segundo o Art. 24, alínea “a” e “b”, inciso I e II da lei citada anteriormente, “condomínio hoteleiro, flat, flat hotel, condomínio residence, loft, apart-hotel, apart-service, condominial, condohotel e similares”, impõe a apresentação de documentos como a licença edilícia de construção, convenção de condomínio que preveja a prestação de serviços hoteleiros aos usuários em um sistema associativo.

Por outro lado, os defensores da segunda corrente, como o Ministro Luís Felipe Salomão e a Relatora do referido julgado Ana Catarina Strauch acreditam que só existirá hospedagem quando o condomínio oferece serviços básicos que são ligados a estes, como é o caso do imóvel possuir recepção, serviço de limpeza e arrumação. Além disso, estes afirmam que o mero compartilhamento de unidades residenciais, não é capaz de alterar a destinação econômica do condomínio, pelo fato de que os serviços devem ser prestados de forma efetiva.

⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. LOCAÇÃO POR TEMPORADA DE CÔMODOS EM APARTAMENTO. VIOLAÇÃO À CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO. EDIFÍCIO EXCLUSIVAMENTE RESIDENCIAL. USO NOCIVO DA PROPRIEDADE. UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL DE MANEIRA PREJUDICIAL À SEGURANÇA, SOSSEGO E BEM ESTAR DOS DEMAIS CONDÔMINOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

⁷ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. LOCAÇÃO DE APARTAMENTOS PARA TEMPORADA VETADA PELO CONDOMÍNIO. PRAZO PARA CESSAÇÃO DA LOCAÇÃO E MULTA, PARA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DA CITADA REGRA PROIBITIVA, FIXADOS EM ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE RESPALDADA NA TEORIA DA PLURALIDADE DOS DIREITOS LIMITADOS. PRECEDENTE DO E. STJ. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA REALIZADO NA AGE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR.

Quanto a tal temática, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Isabel Galloti, Antônio Carlos Ferreira e Raul Araújo, entendem que o compartilhamento de imóveis por aplicativos, não alterará a destinação econômica do condomínio, entretanto afastam características do instituto da residência.

Diante disso, entendem e suscitam que a convenção condominial pode vedar qualquer locação de imóveis por aplicativos, tendo em vista, o argumento trazido acima.

É importante ressaltar que esta corrente é predominante nos precedentes jurídicos. Aliás, é um direito do proprietário a faculdade de locar ou não o seu imóvel, conforme o art. 1228 do Código Civil⁸. Entretanto, ressalta-se também que é um dever do proprietário respeitar o regimento interno do condomínio, como também respeitar seguir os ditames da convenção condominial de forma integral.

Nesse capítulo, se discorrerá sobre o instituto da propriedade, relacionando aos atributos e características que são inerentes a eles. Evidenciando a perspectiva dos direitos e deveres do condômino, mais especificamente a questão, se porventura a locação por aplicativos fere o direito de sossego, salubridade e segurança que deve ser respeitado pelo proprietário. Serão abordadas, também, as eventuais restrições que a propriedade pode sofrer. Cabe ressaltar, que tal capítulo utilizará como base o Código Civil e o julgamento da 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça.

2. A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS

O instituto da propriedade é um direito complexo o qual possui atributos em que cabe ao seu titularo exercício deles, que são o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar o imóvel (CHAVES E ROSENVALD, 2016). Os atributos são observados no direito de propriedade, uma vez que somente o titular do imóvel poderá praticar atos que sejam de sua vontade, tais atributos são elencados no artigo 1.228⁹ do Código Civil. Portanto, o termo propriedade relaciona-se a direitos inerentes em que o titular está livre para exercer e possui formas para que tal direito seja protegido.

O direito de usar é relacionado à faculdade do proprietário de utilizar como

⁸ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁹ Art. 1.228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

bem querer, sem alterar a destinação econômica do imóvel. Sendo assim, de acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2004, p. 20),

É a faculdade do proprietário de servir-se da coisa de acordo com a sua destinação econômica. O uso será indireto ou direto, conforme o proprietário conceda utilização pessoal ao bem, ou em prol de terceiros, ou deixe-o em poder de alguém que esteja sob suas ordens – servidor da posse.

A faculdade de gozo é um exercício em que o proprietário poderá explorar, economicamente, dos frutos e produtos que tais imóveis possam conceder. A título de exemplo, cita-se o caso em que o proprietário ao alugar o seu imóvel, receberá uma retribuição financeira devido ao fato de que está privado do direito da posse direta.

Destarte, relacionando aos dois atributos citados acima, certifica-se que os proprietários podem alugar seus imóveis como bem desejarem. Com relação ao exercício de dispor, o proprietário poderá escolher a destinação que o bem terá, adequando com a finalidade econômica e até mesmo alienar o imóvel para um terceiro.

Entretanto, o proprietário pode sofrer restrições, tendo em vista que a convenção condominial pode, de forma expressa, proibir atos e condutas, que antes era permitido, como por exemplo, a locação de imóveis por aplicativos.

Tais atributos da propriedade são utilizados como argumentos por estudiosos que defendem a não possibilidade de proibição do compartilhamento de imóveis, por plataformas digitais, assim como o Ministro Luís Felipe Salomão, que afirma: a partir do momento que o indivíduo se torna titular da propriedade, este adquire todos os direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de uso e gozo. As faculdades citadas são as mais evidenciadas, devido ao fato de que tal direito está relacionado diretamente a esta questão. Dito isso, em harmonia com Fiuza, César (2008, p.763),

Direito de uso: É a faculdade que tem o titular de colocar o bem a seu serviço, desde que não cause danos a terceiros nem infrinja a Lei.

Direito de fruir ou gozar: Fruir ou gozar é obter todas as vantagens que a coisa proporcione. Pode conter em si o direito de usar. Normalmente, quem frui, usa. Porém, nem sempre. Quem aluga imóvel a terceiros, apenas frui, ou seja, recebe alugueis, mas não usa: quem usa é o inquilino.

Em contrapartida, a propriedade possui algumas características inerentes, contemplando a questão da elasticidade, uma vez que poderá ser exercida de várias maneiras pelo proprietário, inclusive o imóvel ser objeto de locação através da locação convencional e por plataformas digitais. Em conformidade com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016, p.299),

Apesar de o direito de propriedade persevera com titularidade exclusiva, a elasticidade poderá resultar em cisão dos poderes dominiais em favor de outras pessoas. Se a propriedade plena corresponde ao domínio consolidado em seu titular, a propriedade limitada se prende a uma fragmentação de parcelas do domínio.

Outra característica do mesmo instituto é a exclusividade, que prevê que o mesmo imóvel não poderá pertencer a duas ou mais pessoas, devendo existir a exclusividade quanto ao domínio do imóvel. Portanto, caberá a uma pessoa a faculdade de todos os atributos previstos no artigo 1228, já que a propriedade é una e indivisível. Tal característica proporciona dúvidas quanto ao condomínio tradicional, pelo fato que todos os condôminos são proprietários, porém a explicação que se dá é que tal situação não viola a exclusividade da propriedade, pois os proprietários possuem uma fração ideal do todo.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016) explicam que a propriedade possui como característica a perpetuidade, a qual tal instituto possui duração ilimitada, independentemente do exercício do proprietário, podendo ser extinta pela vontade do titular nas hipóteses previstas em Lei, como a usucapião ou desapropriação. Há uma flexibilização da perpetuidade, caso a função social não seja observada pelo proprietário, podendo assim a usucapião ser atingida ou até mesmo o poder público realizar a desapropriação.

A propriedade é um direito absoluto, cabendo ao proprietário a faculdade de dispor, usar, gozar e reivindicar. Além disso, deverá ser observada se tal imóvel está cumprindo a função social, em consonância com o desenvolvimento sustentável. A função social da propriedade se atenta a averiguar se o imóvel desempenha a finalidade econômica que o bem deve apresentar¹⁰.

Sob outra perspectiva, o direito de propriedade pode sofrer limitações, no exercício desse instituto, que são classificadas por Louis Josserand¹¹, como as limitações derivadas da função social, as estabelecidas no interesse da coletividade, as que são ditadas pelo interesse das propriedades vizinhas e as que são impostas pela vontade do homem.

Em relação ao direito de vizinhança, pode acontecer da norma jurídica limitar

¹⁰ “O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade um poder-dever. Para estar em conformidade com direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna.” (STJ, AgRg no REsp. 1138517/MG, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, Diário de Justiça 1º de Setembro de 2011.

¹¹ Apud MALUF, Carlos Alberto. Dabus. Limitações ao direito de propriedade, p.46.

o exercício dos atributos da propriedade, relacionado, principalmente, ao uso e gozo da propriedade, objetivando a convivência social entre os vizinhos. Todas as restrições impostas - pelos próprios proprietários - irão garantir uma relação harmoniosa evitando conflitos permanentes entre os mesmos, garantindo bem-estar e sossego a todos os titulares da propriedade. De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2016, p. 610),

Há restrições à propriedade que surgem em face da necessidade de conciliar o exercício por parte de proprietários confinantes, pois avizinhança, per se, é fonte permanente de conflitos. O conflito de vizinhança nasce sempre que um ato do proprietário ou possuidor de um prédio repercute no prédio vizinho, causando prejuízo ao próprio imóvel ou incomodo ao morador.

Portanto, caso os condôminos deliberem na convenção condominial, com o intuito de vedar a locação de imóveis por aplicativos, é totalmente possível.

Os direitos de vizinhança são considerados recíprocos e abstratos quanto ao destinatário das normas que estas se aplicam, primeiramente, devido às restrições que são impostas a todos os condomínios e por fim, pelo fato que todos os proprietários do imóvel que sofrem algum tipo de restrição estão obrigados a cumpri-la. Destaca-se que tais direitos são considerados obrigações *propter rem*, ou seja, ao se tornar proprietário, conseqüentemente, os encargos vêm de forma imediata, pelo fato de a obrigação está relacionada àquela propriedade e não a titularidade.

As normas jurídicas podem limitar alguns atributos da propriedade, porém não poderá coibir todas as faculdades que estão inerentes aos proprietários, razão pela qual os titulares das propriedades devem possuir liberdade acerca da prática de seus direitos. As restrições podem ser impostas sobre algum atributo que seja prejudicial ao sossego, segurança e salubridade dos seus vizinhos, tal prática serve para proporcionar um equilíbrio nas relações de vizinhança.

O principal objetivo do direito de vizinhança é que os proprietários ou possuidores utilizem o imóvel da maneira que desejarem, sem que afete o sossego, segurança e a salubridade dos vizinhos. Estes devem se atentar as regras condominiais e até morais para que possa existir a relação ideal e de respeito entre os moradores. Seguindo esse raciocínio, Villas Bôas (2009, p. 226) sustenta que,

Se o vizinho não for atento às regras de boa convivência, utilizando-se de sua propriedade em condições anormais à sua época, meio ou ao grupo de convivência, não conseguirá atender de maneira efetiva à finalidade da vizinhança, posto que a conduta anormal de um vizinho, fatalmente atingirá a regularidade da conduta de outro vizinho, provocando-lhe

alterações não queridas de seus hábitos, perturbando-lhe a tranquilidade, segurança ou saúde.

O direito de vizinhança se preocupa em restringir o mau uso da propriedade pelos seus titulares, visando mensurar os atos destes que violem os deveres dos condôminos¹². Observa-se que a propriedade quando utilizada de maneira habitual, busca respeitar a salubridade, sossego e segurança do imóvel. Quanto aos deveres dos condôminos, Miranda (2014, p.16) evidencia que,

É importante notar que, em muitos casos, as perturbações sonoras podem molestar, simultaneamente, o sossego, a saúde e a própria segurança dos vizinhos. Afora os danos mais facilmente delineáveis, os inúmeros outros se inter-relacionam como no caso dos ruídos que impedem o repouso, acabando por comprometer a saúde (pela ausência de recuperação de energia, dentre outras) e a própria segurança do indivíduo (pela acentuada queda dos reflexos diante da ausência de descanso necessário).

Diante do exposto, é realçado que o principal fundamento dos indivíduos e Tribunais como o de Pernambuco, que defende a ilegalidade da locação de imóveis por plataformas digitais, é devido à possibilidade de afetar o trinômio citado acima. Entretanto, a corrente minoritária alega que, é notório que as plataformas digitais, como Airbnb, possuem uma política de privacidade e uso, objetivando a excelência na relação das partes interessadas e a segurança dos demais vizinhos. Com os avanços tecnológicos, é essencial que a locação, por meio de aplicativos, seja viável e autorizada para que seja praticada.

Entretanto, é bem verdade que deve-se observar se a plataforma escolhida garante as partes interessadas e ao próprio imóvel a saúde, segurança e sossego.

Em suma, é possível que o imóvel inserido em um condomínio pode sofrer algumas restrições a fim de garantir a paz social e a boa convivência dos vizinhos. Além disso, existem os regimentos condominiais que devem ser respeitados, proporcionando a tranquilidade dos proprietários.

Outro aspecto trazido pela corrente vencida, é que caso não sejam respeitados, consequentemente, o indivíduo está violando o trinômio do sossego, salubridade e segurança e a esse caberá sanção prevista em convenção. Por outro lado, os imóveis que não estão localizados em condomínios, possuem restrições inferiores, pois essas não estão sujeitas a regras condominiais ou convenções, mas aos bons costumes.

¹² Art. 1277 “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais a segurança, ao sossego e à saúde dos que habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo Único: Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

2. O USO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Houve uma alteração, em relação aos costumes, que a sociedade tinha, quando por uma necessidade precisava se ausentar de sua cidade. É bem verdade que a sociedade dos anos anteriores, quando viajavam, buscava se hospedar em hotéis por intermédio direto deste. Em compensação, a sociedade atual bastante tecnológica, busca resolver seus afazeres por meio da plataforma virtual, tanto pelo seu custo benefício como pela sua comodidade. É válido ressaltar que o surgimento de aplicativos com essa função proporcionou o crescimento dos usuários dessa ferramenta, conforme é explícito na pesquisa do Airbnb (2019) que mostra um crescimento de 71%, em comparação com o ano de 2018.

Um exemplo de sucesso é a *startup* chamada Airbnb, sendo esta, uma empresa mundial que tem como principal funcionalidade a divulgação intermediária de imóveis de clientes para locação, em que a partir da concretização da relação, a empresa administra o pagamento de aluguel, resolvendo um problema que pudesse surgir caso não houvesse o pagamento.

Grande parte da sociedade está aderindo a essa plataforma, se adaptando a novas formas de locações, devido à facilidade e praticidade referentes ao próprio aplicativo e aos serviços que estão disponibilizados por alguns anfitriões.

A título de exemplo, quando o proprietário disponibiliza o seu imóvel na plataforma, este deve informar, com veracidade, quais as características daquele local, informando a área do imóvel, e até disponibilizando fotos para a comprovação, bem como, os serviços que são ofertados por ele. Pode-se observar que algumas áreas do próprio imóvel podem ser limitadas pelo proprietário, porém, para que isso aconteça, o locador deve informar ao locatário tal condição.

Mesmo diante de uma nova forma de locação e desta possuir tantos avanços tecnológicos, pode acontecer do proprietário do imóvel não expressar informações totalmente verdadeiras quanto à característica física do imóvel ou até mesmo administrativa do condomínio, omitindo algum ponto, fazendo com que possa haver um aborrecimento do locatário. Nesse caso, cabe ressaltar que essa relação é regulada pela Lei do Inquilinato.

Em outra vertente do negócio, para que o usuário possa analisar quais imóveis estão disponíveis, na plataforma, este deve realizar um cadastro com informações pessoais e residências que será analisado pela equipe do aplicativo e caso seja verificado

e confirmado, o usuário receberá um selo em seu perfil. O selo significa que o novo usuário prestou todas as informações de forma verídica e necessária para o ingresso na plataforma. É importante observar que quando o proprietário anunciar o seu imóvel no startup, e o eventual locatário demonstrar interesse, o dono verificará se este tem o selo.

Ademais, o Airbnb possui uma política de privacidade de excelência, pelo fato de que esta lida com informações pessoais e se preocupa em resguardar todas essas informações em sigilo. Diante do exposto, o anunciante do imóvel só terá acesso aos dados do interessado, depois da confirmação da reserva.

Toda essa política de privacidade contribui bastante para que novos usuários possam ingressar na plataforma com segurança. Esse é um dos principais argumentos que as pessoas utilizam para defender que os imóveis em prédios residências podem ser disponibilizados na plataforma.

Nessa plataforma digital, além do eventual interessado analisar a estrutura física do imóvel, este deve se adequar às condições e regras do imóvel. Quanto a isso, a diretora jurídica do Airbnb, no Brasil, relata que os proprietários estão diante de um contrato de adesão no qual não pode modificar cláusulas, só cabendo a este seguir.

Contudo, o Airbnb além de ser de grande importância para a sociedade, relacionado à estadia, atualmente, este funciona como uma renda extra ao anfitrião, uma vez que este possui uma maior facilidade em alugar o seu imóvel. Evidenciando essa informação, de acordo com pesquisas do próprio aplicativo Airbnb¹³, “a movimentação do aluguel, por temporada, no ano de 2018, resultou em uma renda anual média ao anfitrião típico de capital de R\$ 6.570,00 (seis mil, quinhentos e setenta reais).” Segundo a mesma pesquisa, 44% dos usuários desse aplicativo, utilizam para completar a renda.

Como foi dito anteriormente, o Airbnb atravessa um momento de prosperidade e devido a isso existe um movimento de parte da sociedade que defende a normatização específica para os serviços de locação por aplicativos. Os hoteleiros acreditam que deve ser regulamentada, já que perceberam que perderam espaço no mercado e caso haja normatização desse tipo de modalidade, em específico, tem a convicção de que iriam ser reinseridos no meio.

Além disso, a partir do momento que houver a normatização haverá encargos a serem pagos pelas plataformas, e conseqüentemente, fará com o que o preço da locação pelos

¹³ AIRBNB. **Airbnb cresce 71% em chegadas de hóspedes no Brasil em 2019** 2019. Disponível em: <https://press.airbnb.com/br/airbnb-cresce-em-hospedes-2018/> . Acesso em: 15 set. 2019.

aplicativos seja elevado. A partir disso, poderá ver preços equiparados, fazendo com que tenha uma real concorrência.

Outra parte da sociedade defende que a locação, por aplicativos, deve ser regulamentada, por acreditar que tornaria o aplicativo mais confiável. Segundo o relator Luís Filipe Salomão, há uma necessidade na normatização, pensando na perpetuidade da startup, uma vez que esta tem a convicção de que caso não haja a legislação sobre o tema, essa atividade poderá se extinguir.

Dito isso, o Ministro Luís Filipe Salomão (Resp. nº 1819075/ RS (2019/0060633)) afirma que, “há uma pulverização de regulamentação dessa atividade, mas tem um ponto comum – a busca pela regulação. Há necessidade de regulação.” Como também, alega a questão econômica como uma causa para que se possa ter a regulação dessa startup, apresentando dados econômicos relacionados à geração de emprego que tal atividade proporciona, além da geração de renda. Referido-se sobre isso, o ministro Luís Felipe explica que tal plataforma girou quase 8 bilhões a economia.

Não é só parte da sociedade ou concorrentes dos locadores por plataformas que estão aderindo à ideia da normatização desse novo modelo de negócio. Importa observar que os municípios estão atuando de forma direta para que haja uma legislação regularizando essa atividade. Isso se explica pelo fato de que o município acredita que essa locação, em imóveis, pode ser analisada como de cunho econômico ou comercial e, portanto, a parte deverá pagar impostos ao Estado.

Em análise a essa temática, observa-se que no Congresso Nacional, atualmente, existem dois projetos de Lei os quais pretendem modificar a Lei do Inquilinato – Lei 8.245/91, inserindo um artigo na Lei, denominado Art. 50-A¹⁴.

Caso haja a aprovação do projeto de Lei, haverá a proibição da locação dos imóveis, por aplicativos, pelos condomínios, exceto se a convenção do condomínio permitir de forma expressa. Há outro projeto de Lei tramitando no Senado Federal que visa alterar a Lei do Inquilinato, para que este possua um caráter mais maleável e realque visa inserir a locação do Airbnb como uma locação por temporada, regulamentada pela Lei 8.245/91.

¹⁴ Art. 50-A É vedada a locação para temporada contratada por meio de aplicativos ou plataformas de intermediação em condomínios edilícios de uso exclusivamente residencial, salvo se houver expressa previsão na convenção de condomínio prevista no art. 1.333 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Observa-se também que, além da temática ser abordada pelo legislativo, tal assunto é objeto de algumas ações no Poder Judiciário, possuindo diversas teses antagônicas, até mesmo de Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Inserindo-se na esfera municipal, é observável que, no Brasil, visando restringir polêmicas e inseguranças, os municípios de Ubatuba/SP e Caldas Novas/GO já regulamentaram a atuação do Airbnb. A pioneira dessa ação foi o município de Caldas Novas, na Lei Complementar 99/2017, no seu Art. 9º¹⁵. Portanto, no município pioneiro, as locações por temporada, que são realizados por meio de plataformas digitais, estão obrigadas a pagar impostos e são regidos pela Lei do Inquilinato.

Ao analisar as duas Leis municipais das cidades retratadas, ambas se atentaram a definir que as locações só são possíveis se tiver autorizada na convenção do condomínio, e os hóspedes devem respeitar as normas do condomínio. Isso posto, é evidente que em outros municípios haverá avanços na legislação com intuito de criar impostos acerca dessa nova atividade relacionada à locação, como é o caso da Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

3. ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES

O tema em questão é algo bastante atual e existem entendimentos diversos por todo o país. Tal temática é objeto de recurso interposto contra decisão monocrática do juiz e o acórdão do Tribunal de Justiça/RS, por uma determinada proprietária que foi proibida de alugar seu imóvel e ao entrar com ação no Tribunal de Justiça, foi decidido pela proibição.

Na primeira instância, foi julgado improcedente o pedido da parte autora, a qual requeria ao Poder Judiciário que pudesse alugar normalmente os seus imóveis por plataformas digitais, de forma igualitária da convencional. Diante de tal decisão, Monica Dutczak e Gyan Celah dos Santos recorreram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ao ser remetido os autos do processo para instância superior, os desembargadores Carlos Cini Marchionatti, Glênio José Wasserstein Hekman e Dilso Domingos Pereira desproveram o recurso alegando que tal demanda causaria alteração da destinação econômica, explicitando que aquele imóvel deveria ser utilizado para moradia de famílias.

¹⁵ Art. 9º O prestador do serviço de hospedagem de que trata esta Lei, direta ou indiretamente, deve informar ao fisco municipal, preferencialmente através de plataformas específicas online de comunicação, o recolhimento da taxa anual de funcionamento e do imposto sobre serviço de qualquer natureza, decorrentes da prestação remunerada de seus imóveis residências.

Entretanto, o referido imóvel iria ser utilizado pelos inquilinos exatamente para esta finalidade, algo que comprova que não iria ser alterada a destinação da propriedade.

O entendimento do Tribunal de Justiça do RS é explicado pelo fato que os desembargadores acreditam que o compartilhamento de imóveis por plataformas digitais trata-se de hospedagem, o que caracterizaria a alteração da destinação do imóvel. Com isso, o Relator do processo REsp Nº1819075, o Desembargador Dilso Domingos alega que,

As unidades residenciais destinam-se exclusivamente a moradia defamílias. E, como tal, não sendo permitido o uso de qualquer destas economias para outros fins, como hospedarias, repúblicas, enfermarias, cultos religiosos, para encontros fortuitos ou quaisquer outros fins considerados não residenciais, bem como que confrontem com a manutenção do respeito e da boa ordem. Ainda, fica vedado a locação para hospedagem temporária através de aplicativos como o “Airbnb” e outros de mesma destinação.

Além disso, foi alegado, pelos recorrentes, que o compartilhamento por aplicativos trata-se de locação, sendo utilizado por eles para obter renda extra devido à crise econômica que o país se encontra. Também, argumentaram que os inquilinos eram tratados de forma preconceituosa e arbitrária, além de ser proibidos de ter acesso ao imóvel. Ademais, apontaram que tal forma de locação não era objeto de proibição pela convenção do condomínio, e que de forma irregular reuniu uma assembleia extraordinária para tratar sobre o tema, requerendo a nulidade dessa convenção. Porém, não obtiveram êxito, tendo o agravo de instrumento desprovido de forma unânime pelos desembargadores.

A referida proprietária recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, causando expectativas, na sociedade, por ser um tema relevante e em evidência, por envolver uma nova forma de locação. Perante o exposto, o STJ iniciou o julgamento para oferecer um entendimento à sociedade e a todos os Tribunais para que possam aplicar de maneira congruente. Inicialmente, o STJ se atentou a discutir alguns pontos, porém se enfatizaram quesitos relevantes na discussão.

Primeiramente, o Ministro Luís Felipe Salomão observou se tal temática alterou não a destinação econômica do imóvel e concluiu que a locação por plataformas digitais não é capaz de alterar a destinação comercial, pois aquele imóvel será utilizado para moradia dos locatários e não para uso comercial. Diante disso, o ministro defende que o aproveitamento do imóvel tem “nítido propósito de destinação residencial a terceiros, mediante contra prestação pecuniária”, o que caracteriza como locação.

O entendimento do relator Luís Felipe Salomão foi corroborado pelo Airbnb, no qual mostrou que a plataforma trabalha - exclusivamente - com a locação, pois não oferece serviços múltiplos que são inerentes a hospedagem, como café da manhã e serviços de quarto.

De acordo com o Ministro Luís Salomão,

Nesse sentido, penso não ser possível categorizar a atividade realizada pelos proprietários recorrentes como comercial, igualando-a àquelas realizadas por estabelecimentos dotados da estrutura para o fornecimento dos serviços inerentes à hospedagem, nos estritos limites da lei.

Outro ponto argumentado pelo relator, e que possivelmente será atingido, é a perspectiva para que se legisle acerca da temática. A dubiedade nos entendimentos de tribunais e até da sociedade, são causados devido à inexistência de uma regulamentação específica para o tema.

Diante do exposto, o relator do processo tem a convicção de que a temática não poderá ser objeto de proibição ou restrição, pelo fato que o ministro considera uma violação ao direito de propriedade, caso fosse permitido que os condôminos proibissem a locação por aplicativos digitais. Em consonância com Luís Felipe Salomão,

As instâncias ordinárias, nesse passo, acabaram por conferir interpretação restritiva de maneira desarrazoada e sem previsão legal, a meu juízo, em evidente afronta aos poderes inerentes ao exercício do direito de propriedade dos recorrentes. Nessa linha de intelecção, penso ser ilícita a prática de privar o condômino do regular exercício do direito de propriedade, em sua vertente de exploração econômica.

A proprietária, por meio dos seus advogados, expõe que é recorrente alocação de imóveis no próprio condomínio por outros moradores, e a administração não apresentou nenhuma proibição a respeito deste. A discussão é gerada pela nova forma de locação ligada à tecnologia, e a consequência que essa possa proporcionar aos demais envolvidos.

Além disso, a defesa da proprietária é baseada no direito de propriedade, a qual possui direitos que deverão ser exercidas, entretanto devendo ser observado os deveres dos condôminos, principalmente, quanto à questão da salubridade, sossego e segurança dos demais condôminos.

Uma parte dos condôminos e síndicos em imóveis, no Brasil, não aderiram à nova forma de locação, por terem convicção que as formas possuem diferenças que causam consequências exorbitantes e devido a isso, vários litígios são criados.

Os principais argumentos utilizados por pessoas que se opõem a locação por plataforma é que a mesma desrespeita alguns deveres do condômino, como o dever de garantir a salubridade, sossego e segurança do imóvel, descrito no artigo 1336, do Código

Civil¹⁶. Os envolvidos no processo afirmam que o grande número de pessoas que frequentarão o imóvel causará mitigação na segurança e sossego. No julgamento acerca do tema, o relator Luís Felipe Salomão se posicionou contrário, afirmando que,

A alegação de alta rotatividade de pessoas, a ausência de vínculo dos ocupantes e suposto incremento patrimonial dos recorrentes, não demonstrado, não servem para configuração da exploração comercial dos imóveis, sob pena de desvirtuar a própria caracterização da atividade.

Na visão do relator, a locação, por meio de aplicativos, não trará grandes consequências como foi alegado pela parte recorrida no processo, já que nos condomínios existem normas que devem ser respeitadas por todos os integrantes, e, além disso, o ministro alega que todos os locatários, que utilizam a plataforma digital, se cadastram, informando todos os dados pessoais e endereços possibilitando que os usuários sejam encontrados, em eventual ocorrência. O Ministro Luís Felipe Salomão ressaltou,

Tampouco há qualquer prova ou elemento indiciário de quebra ou vulneração de segurança, quanto ao convívio no condomínio. Com efeito, há mesmo, ao revés, uma ideia de que a locação realizada por tais métodos (plataformas virtuais) são até mais seguros – tanto para o locador como para a coletividade que com o locatário convive, porquanto fica o registro de toda transação financeira e os dados pessoais deste e de todos os que vão permanecer no imóvel, inclusive com históricos de utilização do sistema.

Outrossim, no julgamento, o Airbnb revela que a plataforma é utilizada apenas como mediadora, portanto, cabe aos envolvidos na locação negociarem as condições e o proprietário apresentar todas as normas condominiais, como também eventuais sanções previstas na convenção.

Por outro lado, os Ministros Raul Araújo, Izabel Galloti e Antônio Carlos Ferreira seguiram o mesmo raciocínio do relator quanto ao aspecto da alteração ou não da destinação econômica. Entretanto, divergiram no entendimento de que a locação de imóveis por aplicativos afastariam características intrínsecas do instituto da propriedade. A grande discussão do tema está relacionada ao confronto entre os limites de propriedade e o direito dos demais condôminos. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes que, a convenção condominial pode vedar a locação de imóveis por aplicativos.

¹⁶ Art. 1336 São deveres do condômino:

- contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)
- não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;
- não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;
- dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial aos sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, houve uma alteração nos costumes da sociedade referente às novas formas de estadias quando necessário, fazendo com que o compartilhamento, por plataformas digitais, fosse desenvolvido e aperfeiçoado, causando dúvidas aos envolvidos na relação, pelo fato que o ordenamento jurídico brasileiro não possui um entendimento pacificado ou até mesmo a regulação da temática.

O recente julgamento do STJ apresentou o entendimento que é ilícita a locação por aplicativos, quando a convenção condominial, de forma expressa, vede tal conduta, observando o trinômio: saúde, segurança e sossego.

Após a realização do presente estudo, foi possível constatar que há um crescimento nas locações por aplicativos de forma exacerbada, já que a sociedade utiliza a tecnologia para desempenhar as devidas atividades profissionais e questões relacionadas ao bem-estar social.

Com base no estudo, foi possível verificar que a nova forma de locação não é tão aceita pelos condôminos dos imóveis envolvidos na locação, justificando que tal modelo de locação pode prejudicar o condomínio em si, devido à questão da segurança e até bem-estar.

Ademais, os envolvidos afirmam que tal problemática é causada pela grande rotatividade dos inquilinos. Por outro lado, outros defendem que tal forma de locação é totalmente viável e segura, e se o inquilino praticar algum ato em desconformidade com as normas condominiais, ou até mesmo a Lei Geral, estes são encontrados de forma rápida e eficiente, por motivos de ter no cadastro do aplicativo de locação informações pessoais.

Em virtude disso, o compartilhamento de imóveis, por plataformas digitais, proporciona benefícios à sociedade, englobando flexibilidade, comodidade e custo benefício. Diante disso, é notório que para uma parte da sociedade, se hospedar em hotéis que apresentam um alto custo é algo inviável e ultrapassado. Com base em dados estatísticos, a preocupação dos hoteleiros quanto à diminuição da demanda desses, e conseqüentemente o crescimento da locação de imóveis por aplicativos. Por fim, diante das análises feitas, averiguou-se que a temática necessita de uma regulação e, por conseguinte, normatização, para que essa atividade possa ser desempenhada com eficiência pelos usuários e que continue sendo aperfeiçoada e utilizada, buscando a perpetuação do aplicativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRBNB. **Airbnb cresce 71% em chegadas de hóspedes no Brasil em 2019**. 2019. Disponível em: <https://press.airbnb.com/br/airbnb-cresce-em-hospedes-2018/> . Acesso em: 15set. 2019.

BRASIL. Lei n° 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Dispõe sobre locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

AIRBNB. **O que é a taxa de serviços do Airbnb?** 2019. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/1857/o-que-e-a-taxa-de-servico-do-airbnb>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial n° 1819075 / RS (2019/0060633-3). Lei n° 10.406. Recurso Especial n° 1.819.075 – RS (2019/0060633-3).

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão recorrente: Mônica Dutczak recorrente: Gwan Celah dos Santos advogado: Cesar Augusto Boeira da Silva e outro – RS 047002 assistente: AIRBNB IRELAND UC Advogados: André Macedo de Oliveira – DF 015014 Felipe Guimarães – RJ 153005 Pedro Oliveira da Costa – DF 033652 Felipe Evaristo dos Santos GALEA – DF 042847 Maria Beatriz de Miranda Toledo – SP 400827A – Beatriz Alvares Romero – SP 425101 Victor Augusto José – DF 056670 Recorrido: Condomínio Edifício COORIGHA Advogados: Alexandre D’Avila – RS 028450 Lucas da Silva Teixeira – RS 100337 DESPACHO Em vista da petição de folha 906/937, determino encaminhamento dos autos ao eminente relator. Brasília, 17 de outubro de 2019. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, São Paulo,

CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. **A lei do inquilinato comentada**. 6ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 207.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: Reais**. ed. 12°. Salvador: Saraiva, 2016, v. 5.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 12ª. ed. rev, atual, e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos unilaterais**. 6.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. ed. 14°. São Paulo: Saraiva, 2019, v.5.

MIRANDA, Waldir de Arruda. **Perturbações sonoras nas edificações urbanas**. 4ª edição. São Paulo, 2014, p.16.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 38ª edição. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6º edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p.486.

ROSENVALLD, Nelson. **Direitos Reais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Relator vota pela impossibilidade de que condomínios proíbam locações de curta temporada via Airbnb** 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Relator-vota-pela-impossibilidade-de-que-condominios-proibam-locacoes-de-curta-temporada-via-Airbnb.aspx>. Acesso em: 12 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 12ª edição. Rio de Janeiro. 2022.

OS ALGORITMOS APLICADOS NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PROCESSO PENAL

Rosinara Ferreira¹

RESUMO: Este artigo discutirá a efetividade do uso de algoritmos no Direito Processual Penal, a partir de lentes do Código de Processo Penal, do Direito Penal, e de recomendações da União Europeia a cerca da Inteligência Artificial. A luz dos princípios do Processo Penal, a Inteligência Artificial será confrontada com garantias fundamentais que o Estado de Direito assegura ao indivíduo. As tecnologias disruptivas apresentadas nas últimas décadas tem gerado incessante debate não apenas jurídico-acadêmico, mas também em grupos de estudos onde figuram diferentes habilidades do conhecimento. O texto é construído por meio da pesquisa de textos não apenas na perspectiva do Direito, mas também da Tecnologia e da Matemática. A elaboração dos capítulos inicia discorre sobre a resposta nas ciências exatas, quanto a se as máquinas podem pensar, no capítulo seguinte analisa no prisma da Lei e da Tecnologia em foco na percepção algorítmica. E traz ao leitor uma análise do conflito do sistema binário e a decisão do magistrado com base nos aspectos subjetivos da conduta do autor da ação tipificada como crime. Em que pese possa a qualquer instante trazer a esta análise pesquisa efetuada em artigos científicos e autores internacionais, será exclusivamente com o objetivo de colaborar na construção de uma resposta clara ao leitor. Destacar-se-ão alguns pontos, tais como, compreensão da nomenclatura técnica, legislação atual, e estudos que apontam a relevância do tema diante dos princípios do Direito Processual Penal.

Palavras-chave: Algoritmos; Inteligência Artificial; Princípio Presunção Inocência; Ampla Defesa; Imparcialidade.

ABSTRACT: This article will discuss the effectiveness of the use of algorithms in Criminal Procedure Law, from the lenses of the Code of Criminal Procedure, Criminal Law, and recommendations of the European Union about Artificial Intelligence. In light of the principles of Criminal Procedure, Artificial Intelligence will be confronted with fundamental guarantees that the Rule of Law ensures to the individual. The disruptive technologies presented in the last decades have generated incessant debate, not only legal-academic, but also in study groups where different skills of knowledge are present. The text is constructed through the research of texts not only from the perspective of Law, but also of Technology and Mathematics. The elaboration of the chapters begins by discussing the answer in the exact sciences, as to whether machines can think, in the next chapter it analyzes the prism of Law and Technology with a focus on algorithmic perception. And brings to the reader an analysis of the conflict of the binary system and the magistrate's decision based on the subjective aspects of the conduct of the author of the action typified as a crime. Although I may at any moment bring to this analysis research carried out in scientific articles and international authors, it will be exclusively with the objective of collaborating in the construction of a clear answer to the reader. Some points will be highlighted, such as understanding the technical nomenclature, current legislation, and studies that point to the relevance of the subject in the face of the principles of Criminal Procedural Law.

Keywords: Algorithms; Artificial Intelligence; Presumption Innocence Principle; Full Defense; Impartiality.

INTRODUÇÃO

¹ Rosinara Ferreira Advogada BR e PT, Bacharel em Direito (PUCRS, 2018), Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia (PUCRS, 2021). Especialista em Finanças Investimento & Banking (PUCRS, 2021). Pós-graduada em Direito Empresarial e Tecnologia (Universidade Nova de Lisboa, 2022). Mestranda em Direito e Tecnologia (Universidade Nova de Lisboa, 2023). E-MAIL: rosinara@hotmail.com CURRÍCULO LATTES: <https://lattes.cnpq.br/2283238707044262> ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9701-6492b>

Os algoritmos aplicados na Inteligência Artificial (IA), servem ao cálculo de dosimetria da pena diante dos princípios legais do Processo Penal garantindo assim ao indivíduo um julgamento justo? É com esta pergunta que discutiremos a efetividade de questões fundamentais do complexo espaço sociotécnico que cobre o Processo Penal, a Inteligência Artificial, a Confiança, e a Lei.

O Direito tem em suas fontes a Jurisprudência (a orientação), os Costumes (sentimento, convicção), a Igualdade (senso de justiça) e a Doutrina (opiniões, pontos de vista, interpretação).

No entanto, a Tecnologia de onde emerge a Inteligência Artificial é um conjunto interligado de hardware (componentes físicos), software (realização de atividades), processos (processar dados e informações) e pessoas, pessoas que projetam processos, escrevem códigos e criam algoritmos, que compõe softwares, e tornam certos processos de hardware questões complexas.

A parametrização da Inteligência Artificial, a partir de Algoritmos, levanta uma questão frágil que é como suportar a dosimetria da pena, prevista no artigo 71 do Código Penal Português², na qual conceitos como intensidade do dolo ou negligência, sentimentos manifestos no cometimento do crime e mesmo as condições pessoais do agente, determinam a forma como o Magistrado deverá expressamente fundamentar na sentença penal condenatória prevista no artigo 374 do Código de Processo Penal Português (CPP)³, a medida da pena aplicada (PORTUGAL, 1995).

De acordo com o estudo *Artificial Intelligence: A European Perspective*, a Inteligência Artificial é uma família de tecnologias em rápida evolução capaz de oferecer um vasto conjunto de benefícios econômicos e sociais a todo o leque de indústrias e atividades sociais (EUROPEN COMMISSION, 2021).

No estudo *AI-Driven Cybersecurity: An Overview, Security Intelligence Modeling and Research Directions* a Inteligência Artificial é o ramo da informática que

² “Artigo 71.º - Determinação da medida da pena [...]

2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: [...]

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica; [...]

3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena” (PORTUGAL, 1995) .

³ “Artigo 374.º Requisitos da sentença

1 - A sentença começa por um relatório, que contém: [...]

2 - Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal” (PORTUGAL, 1987) .

normalmente enfatiza a criação de máquinas inteligentes, pensando e funcionando como humanos (SARKER, 2021).

Veremos também que os algoritmos no contexto da Inteligência Artificial, são estruturas fundamentais na linha de programação destes sistemas, e seguindo a definição do *European Parliamentary Research Service* os algoritmos são:

Um procedimento inequívoco para resolver um problema ou uma classe de problemas, e estes algoritmos são compostos por instruções ou regras, gerando como consequência dados de entrada e de saída. Um dos exemplos trata da ordenação de dados onde o algoritmo pode pegar uma lista de números e proceder iterativamente, primeiro extraíndo o maior elemento da lista, depois o maior elemento do resto da lista, e assim por diante, até que a lista esteja vazia (EPRS , 2019, p. 3).

Os sistemas de Inteligência artificial de acordo com o *European Parliament*, podem melhorar e facilitar a avaliação de riscos e prevenção ao crime por parte da polícia e do judiciário, que levantam alertas quanto aos riscos de efeitos adversos no âmbito dos direitos fundamentais, tais como o direito à não discriminação, o direito à proteção de dados pessoais e a uma vida:

No entanto, tecnologias de reconhecimento facial, ferramentas de policiamento preditivo e ferramentas para avaliar o risco de alguém reincidir, representam preocupações particulares, dado o risco crescente de reprodução de preconceitos e de perpetrar a discriminação (VORONOVA, Sófija, 2021, p. 1).

Em que pese a abordagem positiva quanto aos potenciais da Inteligência Artificial, o que podemos mensurar é se existirá ou não afronta ao Princípio da Presunção da Inocência, este que em todas as dimensões dos direitos humanos se debruçará sobre a promoção da dignidade humana. Ao analisarmos o aspecto da liberdade, veremos que “os direitos de participação política (primeira geração), os direitos sociais (segunda geração) e os direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a paz (terceira geração) são objetivos a serem perseguidos na promoção do atual Estado Democrático de Direito” (OLIVEIRA, 2020, p. 10).

Para o autor Aury Lopes Jr., a aplicação da pena perpassa questões tanto na visão de um injusto culpável como também de um devido processo penal afirmando que:

Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto culpável, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo (LOPES JR, 2015, p. 51).

No Brasil o Princípio da Presunção de Inocência ou de não culpabilidade será compreendido como uma das garantias processuais prevista no texto constitucional por meio do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, que dirá que “ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Podemos assim concluir que este é um direito ou mesmo garantia tratado como fundamental seja no aspecto material ou formal (Título II da Constituição Federal de 1988), visto como uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF/88) (OLIVEIRA, 2020, p. 10).

Avançando no tema, lembramos que a tecnologia emergiu a partir de códigos binários de programação chegando aos algoritmos, que oferecem soluções eficientes para tomada de decisão no uso de Aprendizado de Máquina ou *Machine Learning* (ML) e Aprendizado Profundo ou *Deep Learning* (DL) da Inteligência Artificial.

Poderemos admitir que *Machine Learning* é a forma como as máquinas usam algoritmos, para aprender e executar tarefas ausentes de uma programação explícita, ou seja, não precisam ser fornecidas regras comerciais específicas para aprender com os dados; dito de outra forma, elas aprendem a executar tarefas sem ser explicitamente programado, não necessitam de instruções tais como "se você vir X, faça Y" (TRACE3, 2019, p. 10).

No entanto o *Deep Learning* será mais bem compreendido como o conjunto de máquinas de aprendizagem, geralmente utilizando redes neurais artificiais. O benefício da aprendizagem profunda é que, em teoria, não é necessário dizer quais elementos de dados (ou características na aprendizagem de máquinas falam) são importantes, mas, na maioria das vezes, é necessária uma grande quantidade de dados ou *big data* (TRACE3, 2019, p. 10).

Neste sentido, ao longo do texto, será apresentado definições técnicas e princípios que permeiam a Inteligência Artificial como o Princípio da Transparência e da Explicabilidade, este que por um lado pode ser um problema perverso em si mesmo, ou seja, a solução pode exacerbar o problema definido que levantam temas como o preconceito social inerente que, como engenheiros, trata-se de seres humanos, preconceituosos e com falhas, cúmplices na codificação de tais preconceitos em algoritmos e agregados à Inteligência Artificial.

Da mesma forma, veremos que os Princípios fundantes do Processo Penal poderão ditar a existência ou não, de uma conexão entre a tecnologia e o direito sob aspecto de proteção do indivíduo, tanto na presunção da inocência, como também na garantia de um juiz natural e do devido processo penal.

Para Cezar Peluso, existe uma divisão clara entre o Direito Penal que atua na punição do criminoso e o culpado, mas será o Processo Penal que irá tutelar o réu

inocente, trazendo à tona a questão essencial que é a garantia de liberdade do cidadão. Surgirá aqui o que o direito chamará de garantia da presunção de inocência afirmando ainda:

Em última instância, traduz, na tentativa de dar racionalidade ao *ius puniendi*, manifestação exemplar do conflito clássico entre autoridade e liberdade, entre Estado e cidadão, e cuja arqueologia nos ajuda a entender, não apenas o conceito, mas sobretudo o alcance, nem sempre bem entendido na sua inteireza, deste princípio capital. (PELUSO, 2016, p. 1).

1. A RESPOSTA NAS CIÊNCIAS EXATAS, QUANTO A SE AS MÁQUINAS PODEM PENSAR

Compreender a forma e a capacidade das máquinas pensarem nos remete a um debate iniciado muito antes deste século, onde o pensamento de matemáticos do séc. XVIII e XIX nos ensinarão, que “A Máquina Analítica não tem nenhuma pretensão de criar o que quer que seja. Pode fazer tudo quanto saibamos ordenar-lhe que faça — Augusta Ada King, Condessa de Lovelace” (KRYZIA, 2012).

No entanto o matemático Alan Turing, em 1950 dará uma nova resposta a indagação se as máquinas podem pensar, afirmando que sim é possível, por meio do jogo de imitação mais tarde chamado *Turing Test*⁴, onde ele enfrentou nove objeções no ensaio *Computing Machines and Intelligence* testando e respondendo cada objeção.

As novas objeções são investigadas no texto *Ética e Inteligência Artificial* a luz da Filosofia, sob as lentes de uma ética artificial como decorrente da vontade e racionalidade própria de um sujeito artificial. O autor dirá que o relacionamento das máquinas inteligentes com os agentes humanos e artificiais deverão se deter sobre as considerações quanto a valores, escolhas morais e seus dilemas (CALIENDO, 2020, p. 10).

Vencendo algumas das objeções será na análise da 6ª objeção, que Turing enfrentará a dissertação de Ada Lovelace, onde esta afirmou em 1840 que “A Máquina Analítica não tem a pretensão de criar nada. Ela pode fazer qualquer coisa que saibamos como ordená-la a fazer” (KRYZIA, 2012). E por isso, Turing nos ensina que o argumento de Lady Lovelace “esconde duas inverdades: a primeira, que o conceito de novo seja decididamente incontroverso; a segunda, que a máquina não possa aprender” (MARTINS & SANTOS, 2013, p. 75).

⁴ “O conceito de máquina de Turing, criado em 1936, figura na matemática, na ciência da computação, nas ciências cognitivas, na biologia teórica e em outras áreas do conhecimento e constitui a pedra angular da teoria da inteligência artificial” (ALONSO, 2008, p. 2).

Outra leitura sobre a objeção de Lady Lovelace, dirá que as máquinas não podem aprender, mas tão somente executar ordens conforme foram predestinadas, seguindo o exemplo de um tear mecânico de *jacquard*, que confrontada com a situação de que as máquinas possuíam e, talvez, possuam ainda, limitada capacidade de armazenamento e processamento. Nesta mesma linha, o autor dirá que os seres humanos na qual se desenvolvem em fases (infância e adulta), as máquinas também seguiriam o mesmo curso (CALIENDO, 2020, p. 22).

Ao fim ao cabo é a dicotomia de ensinar a máquina a pensar, ou ensinar a máquina a aprender a pensar que Lady Lovelace, em sua dissertação, considerou apenas a primeira possibilidade e, contra ela, afirmou-se que a representação do conhecimento do homem não seria suficiente para que se pudesse afirmar que as máquinas pensam, porque, em última instância, as máquinas estariam apenas a reproduzir aquilo para o que foram programadas (MARTINS; SANTOS, 2013, p. 84).

O autor Caliendo (2020, p. 83), levanta uma outra questão, de que existe uma certa tolerância a que seres humanos realizem escolhas morais errôneas, o que de modo algum é claro quando se trata de máquinas. E assim efetua a provocação perguntando se haveria a mesma tolerância para que as máquinas agissem de modo imoral no tocante a Inteligência Artificial e suas decisões morais automatizadas.

Estaríamos então, diante de uma condição na qual a capacidade de pensar de uma máquina, poderia ser submetida ao pré-julgamento de que esta é dotada de precisão, sujeita a zero tolerância, em que pese a criação dos algoritmos da Inteligência Artificial surjam a partir da programação de linhas de códigos escritas pelo homem.

Ao fim ao cabo, é sobre esta tolerância que deveríamos pensar o impacto sobre alguns Princípios do Processo Penal. O indivíduo que enfrentando uma sentença penal condenatória por meio dos algoritmos da Inteligência Artificial poderia afirmar que teve um julgamento justo? Caso a decisão sujeita aos algoritmos composta por lacunas que poderiam enviesar a decisão do Magistrado respeitaria a presunção da inocência?

O autor Caliendo (2020, p. 127), trabalhará questões da moral e ética dizendo que não é provada a impossibilidade de um agente moral artificial autêntico, o que poderia ser um dispositivo preventivo no controle dos princípios fundantes do processo penal aplicados sobre a Inteligência Artificial.

2. LEI E TECNOLOGIA PELA PERCEPÇÃO ALGORÍTMICA

A segunda questão que ajudará a responder à pergunta chave deste artigo, é se o direito e a tecnologia podem convergir para uma nova ciência, na qual os algoritmos serão o meio de intersecção destas duas ciências.

De um lado as ciências sociais, nas quais o Direito está inserido, e com seus princípios fundantes como o Devido Processo Legal, Direito de Ação, o Direito ao Contraditório e Defesa, e o Direito a um julgamento digno da pessoa humana. Por outro lado, as ciências exatas de onde nasce a tecnologia com princípios como a honra à ciência (matemática, física, engenharia, na qual tudo se resolve pela lógica), o desenvolvimento humano através do uso de hardware, software, sistemas e processos, e nunca se esquecendo de objetivos como desempenho, disponibilidade, precisão e segurança.

No texto *Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law - A Primer*, veremos que o Estado de Direito no contexto dos Sistema da Inteligência Artificial, perpassa o direito a um julgamento justo e ao devido processo legal (*Article 6 of the Convention – Right to a fair trial*)⁵, incluindo a possibilidade de receber informações e desafiar decisões informadas no contexto da aplicação da lei ou da justiça, bem como o direito de revisão de tal decisão por um humano.

O direito à independência e imparcialidade judicial, e o direito à assistência jurídica, o direito a um recurso efetivo (*Article 13 of the Convention – Right to an effective remedy*)⁶, também em caso de dano ilegal ou violação dos direitos humanos de um indivíduo. Dizendo ainda que os Estados Membros devem assegurar que o uso de sistemas de Inteligência Artificial não interfira no poder de decisão dos juízes ou na independência judicial e que qualquer decisão judicial esteja sujeita a uma supervisão humana significativa (LESLIE; *et al.*, 2021, p. 22).

⁵ “1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.” (EUROPEAN COURT, 2021, p. 6).

⁶ “Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity” (COUNCIL OF EUROPE, 2021, p. 7).

No entanto, é dever observar o que diz a Carta Maior sob a égide da Constituição Federal Portuguesa na qual assegura a tutela jurisdicional por meio do artigo 20.º, n.º 1 e n.º 4, onde o Estado de Direito⁷ associado ao Princípio da Legalidade dá suporte aos princípios do Processo Penal tais como: o Princípio do Contraditório; o Princípio do Juiz Natural; o Princípio da Independência dos Tribunais e dos Juízes, o Princípio da Fundamentação das decisões que não sejam mero expediente; a obrigatoriedade e a executoriedade das decisões e a sua prevalência sobre quaisquer outras autoridades; o respeito pelo caso julgado e, ainda a adequada proteção do segredo de justiça e a publicidade das audiências dos tribunais (MIRANDA, 2000, p. 259-260).

No Brasil, não menos diferente, veremos que a Constituição Federal de 1988, no artigo Art. 5º, LIV – assegura que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido Processo Legal, percebido com um dos mais importantes princípios na aplicação do Direito Processual Penal. Nesse sentido, o Processo Penal está intrinsecamente conectado a Constituição Federal vigente, onde as premissas constitucionais determinam a função garantidora do processo penal de proteção ao indivíduo, diante do Estado.

O autor Jacinto Coutinho, discutirá a relevância de uma definição entre as funções do Estado enquanto Processo Penal Acusatório e o Contraditório remontando textos a partir do Século XIII, dizendo que:

A cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante! Contra tudo e todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de consequência, os cidadãos individualmente tomados. À ordem de prevalência, nesta dimensão, não se tem muito o que discutir, mormente porque não há direito coletivo mais relevante que aqueles fundamentais dos cidadãos (COUTINHO, 2009, p. 114).

Para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CDH) o artigo 8º dirá da mesma forma, da necessidade quanto as garantias de um julgamento independente e imparcial, e a Comissão Europeia assentará mesmo entendimento por meio do artigo 47º.

Article 8. Right to a Fair Trial - 1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature". (Organization of American States (OAS), 1969).

⁷ “O princípio de Estado de Direito impõe o postulado de submissão do poder punitivo ao Direito, o que dará lugar aos limites derivados do *princípio de legalidade*. A ideia do Estado social serve para legitimar a função de prevenção na medida em que seja necessária para proteger a sociedade. Isto implica já vários limites que giram em torno à exigência da *necessidade social da intervenção penal*. Por último, a concepção do Estado democrático obriga na medida do possível a pôr o Direito penal a serviço do cidadão, o que pode ver-se como fonte de certos limites que hoje se associam ao respeito de princípios como os de *dignidade humana, igualdade e participação do cidadão*.” MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1998. p. 74. (BUSATO, 2015, p. 23).

Justice - 47. Right to an effective remedy and to a fair trial – this includes a right to legal aid where you are deemed to lack sufficient resources”. (EUROPEAN UNION, 2000).

E como cumprir estas garantias no Processo Penal por meio do que chamaremos de Inteligência Artificial⁸, que no início da história parecia resolver apenas questões matemáticas como adição, subtração, multiplicação e divisão?

Em outras palavras, a Inteligência Artificial nada mais é do que a capacidade que as máquinas e dispositivos têm de executar atividades atuando de forma semelhante às capacidades humanas.

A Inteligência Artificial é geralmente dividida em duas categorias: Inteligência Artificial Geral e Inteligência Artificial Estreita. A Inteligência Artificial Geral ou IA forte, é considerada um sistema de computador que exhibe inteligência humana ou superior em todos os campos (DUPONT; STEVENS; WESTERMANN, 2018, p. 10).

No entanto é na Inteligência Artificial estreita, que lidaremos com a solução de um problema pré-definido e então teremos técnicas para resolver estes problemas, uma das quais é o *Machine Learning* que pode aprender a partir de caminhos como supervisionado, não supervisionado, semi-supervisionado, apoiado e por fim transferência de aprendizado.

Mais a frente será possível observar que o *Deep Learning*, inspirado em redes neurais do cérebro humano pode rapidamente superar nossa capacidade de compreender todas as suas funções e fornecer respostas com auxílio da computação quântica⁹.

Por outro lado, a construção destas soluções perpassa os algoritmos, que de acordo com o *Committee of Ministers of Europe*, são entendidos como aplicações que muitas vezes utilizando técnicas de otimização matemática, realizam uma ou mais tarefas como a coleta, combinação, limpeza, classificação e inferência de dados, bem como a seleção, priorização, elaboração de recomendações e tomada de decisões (COMMITTEE OF MINISTERS OF EUROPE, 2020, p. 4).

Parte do problema é analisar a legislação e a regulação, neste aspecto a *European Commission* reconheceu o problema do controle do código e tomou uma grande quantidade de medidas legislativas nesta área, na qual apontaram sobre quesitos de transparência e

⁸ “A Associação Americana para o Progresso da Inteligência Artificial descreve a inteligência artificial como *o entendimento científico dos mecanismos subjacentes ao pensamento e ao comportamento inteligente e sua personificação em máquinas*”. (DUPONT; STEVENS; WESTERMANN, 2018, p. 9) (destaque do original).

⁹ “A computação quântica é baseada em processos físicos totalmente diferentes da computação convencional. Os computadores quânticos utilizam bits quânticos (*qubits*) como sua unidade de informação mais básica. Ao contrário dos bits binários convencionais que são 0 ou 1, os bits quânticos podem assumir valores que são uma combinação de 0 e 1” (MCKINSEY; COMPANY, 2021. p. 8).

responsabilidade - inicialmente de algoritmos agindo como Inteligência Artificial, e eventualmente também de outros algoritmos, dizendo assim que:

É necessário avançar a expansibilidade, responsabilidade e transparência dos algoritmos em geral, e dos sistemas *Deep Learning* em particular, tanto do ponto de vista da pesquisa *Machine Learning* como do dos usuários em diferentes aplicações. Precisamos estender os dados e a alfabetização algorítmica através da sociedade para aumentar a capacidade de pensamento crítico com relação à inteligência da máquina e desafiá-la quando necessário” (ANNONI, *et al*, 2018, p. 22).

De acordo com o relatório *Big Data and Analytics: Seeking Foundations for Effective Privacy Guidance*, os algoritmos são capazes de:

Realizar uma variedade de tarefas entre elas de efetuarem classificações por variáveis discretas (como a classificação de um e-mail como spam. Da mesma forma efetuarem regressão na qual calculam variáveis contínuas (como o valor de uma casa baseada em seus atributos e localização). Atuarem com a segmentação dividindo os dados em grupos ou aglomerados de itens que têm características propriedades (tais como tumores encontrados em imagens médicas). E por fim atuarem na forma de associação onde encontram correlações entre diferentes atributos em um conjunto de dados (tais como os termos de busca automaticamente sugeridos em resposta a uma consulta)” (BIG DATE, 2013, p. 10).

Porém analisar os algoritmos por si só, não responde à pergunta chave deste artigo sem abordar um tema sensível que diz respeito a confiança, preconceito de automação e aversão, onde os sistemas de Tomada de Decisão Algorítmica assumem cada vez mais papéis cruciais em nossa sociedade orientada pela tecnologia.

Estes sistemas recebem classificações conforme a função por meio da Inteligência Artificial que são:

Algoritmos de preferências declaradas, ou seja, o algoritmo simplesmente serve como o braço longo automatizado e eficiente do usuário; nesta categoria os usuários escolhem menus para facilitar a escolha dos parâmetros de decisão, também podem criar economias de escala na análise e na execução da transação pelo algoritmo, caso seja empregado em paralelo por diferentes usuários; Algoritmos de Preferências Previstas, onde a previsão de preferências se tornou um dos mais importantes campos de competição no mundo digital, no qual os dados sobre as escolhas passadas dos usuários são a principal moeda. Enquanto as previsões de demanda sempre foram parte integrante da economia de mercado; Algoritmos de Preferências de Autocontenção”, é uma subcategoria, fazendo escolhas para o usuário que se supõe serem as melhores para ele em geral, mesmo que elas entrem em conflito com suas preferências imediatas (GSENGER; STRELE, 2021, p. 551).

Para o autor Caliendo, é necessário demonstrar a importância de um agente moral na tomada de decisões, e recorre em seus estudos à visão Kantiana ao afirmar que existe uma autonomia moral explicando:

Autonomia moral no caso de agentes morais explícitos (*explicit ethical agente*), ou seja, o sistema é capaz de tomar decisões por si próprio, sem recorrer à deliberação externa, como se fosse um fantoche. O agente se autogoverna, autolegisla e decide qual escolha tomar sobre como deve agir.

Mas não basta o agente moral tomar decisões, ele deve ser capaz de justificar suas ações. Deve ser capaz de encontrar razões para agir nesse sentido. É a célebre distinção kantiana entre agir com um senso de dever (*acts from a sense of duty*), conforme um princípio ético, e meramente em acordo com um dever (*accordance with duty*) (CALIENDO, 2020, p. 77).

O ponto sensível que trazemos ao texto, são os viesamentos promovidos pelos algoritmos, que poderão influenciar drasticamente a percepção do Magistrado ao avaliar se incidirão as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) e as causas especiais de aumento e de diminuição (majorantes e minorantes) da pena em concreto, ao fazer a leitura das condições pessoais do agente e a sua situação econômica, artigo 71 do Código Penal Português, a partir de uma informação concebida por meio dos algoritmos.

A importância de trazermos ao texto a correta análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) e as causas especiais de aumento e de diminuição (majorantes e minorantes), trará uma segurança jurídica ao processo quanto a assegurar o contraditório e ampla defesa, princípio este que protege o indivíduo diante do poder estatal.

Não menos importante é a condição imposta pelo art. 374 do Código de Processo Penal Português, que tratará da fundamentação da sentença, na qual deverá constar a enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal” (PORTUGAL, 1987).

O viesamento ou viés de automação é um fenômeno psicológico que pode ocorrer quando os operadores de um sistema de Inteligência Artificial desconsideram ou superam a produção do sistema ou são incapazes de avaliar adequadamente a confiabilidade de suas decisões e resultados por causa de preconceitos tecnológicos. Como tal, o usuário pode tornar-se excessivamente dependente do sistema e confiar demais nele, por sua vez não conseguindo identificar previsões ou classificações imprecisas, ou tornar-se suspeito do sistema e subutilizá-lo, apesar do fato de que ele pode superá-lo em certas tarefas.

Um conceito relevante será trazido no texto de Caliendo, que trata da inferência lógica, que é o processo lógico pelo qual a partir de certos dados, se chega a determinadas conclusões.

Um algoritmo de inferência será aquele do qual se derivam sentenças válidas, a partir de determinadas sentenças. As regras de inferência são standards de inferência, que podem derivar de cadeias de conclusões, que nos levam a resultados desejados, tal como o *modus ponens* (se a sentença p implica p e q, então p deve ser inferida) (CALIENDO, 2020, p. 111).

Entretanto, o envezamento veio à tona com o conhecido caso do *Software COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanction)* utilizado na Suprema Corte Americana que atraiu atenção pública em 2016 e 2017 pois estava imbuído de preconceitos não reconhecidos, particularmente contra negros e outras pessoas de cor nos EUA (DUPONT, STEVENS; WESTERMANN, 2018, p. 128).

Para a Conselho da Europa, o tema dos princípios é visto com muita cautela na medida que afirma que a Inteligência Artificial poderá afetar muitos dos princípios fundamentais do indivíduo. O uso de algoritmos levanta desafios consideráveis não apenas para a área política específica em que são operados, mas também para a sociedade como um todo. Como salvaguardar os direitos e dignidade humana diante de tecnologias em rápida mudança? O direito à vida, o direito a um julgamento justo e a presunção de inocência, o direito à privacidade e à liberdade de expressão, os direitos dos trabalhadores, o direito a eleições livres, até mesmo o próprio Estado de direito são todos impactados (COUNCIL OF EUROPE, 2018, p. 3).

O Instituto Alan Turing em 2018 desenvolveu uma Cartilha¹⁰ que ajuda a compreender o Estudo de Viabilidade da *Ad hoc Committee on Artificial Intelligence - CAHAI*, adotado por sua plenária em dezembro de 2020, onde propôs nove princípios e prioridades que se destinam a sustentar tal estrutura de instrumentos jurídicos vinculativos e não vinculativos da IA, entre eles:

Princípio da Dignidade Humana na qual todos os indivíduos são inerente e inviolavelmente dignos de respeito pela mera virtude de seu status como seres humanos. Os seres humanos devem ser tratados como sujeitos morais, e não como objetos a serem algoritmicamente pontuados ou manipulados;

Princípio da não discriminação, igualdade de gênero, justiça e diversidade, da mesma forma prevê que todo ser humano possui o direito à não-discriminação e o direito à igualdade e igualdade de tratamento perante a lei. Os sistemas de IA devem ser projetados para serem justos, equitativos e inclusivos em seus impactos benéficos e na distribuição de seus riscos;

Princípio da transparência e explicabilidade dos sistemas de inteligência artificial, quando um produto ou serviço utiliza um sistema de IA, isto deve ser esclarecido aos indivíduos afetados. Da mesma forma, devem ser fornecidas informações significativas sobre a lógica subjacente a seus resultados;

Princípio da responsabilidade e prestação de contas, na qual todas as pessoas envolvidas no projeto e implementação de sistemas de IA devem ser responsabilizadas quando as normas legais aplicáveis forem violadas ou qualquer dano injusto ocorrer aos usuários finais ou a outras pessoas. Aqueles que são afetados negativamente devem ter acesso a uma solução eficaz para corrigir os danos;

¹⁰ “Reconhecendo a necessidade de uma intervenção humana liderada democraticamente para colocar a inovação AI no caminho certo, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou os termos de referência, em setembro de 2019, para o Comitê Ad Hoc de Inteligência Artificial (CAHAI). O CAHAI é encarregado de examinar a viabilidade e os elementos potenciais de uma estrutura legal para o projeto, desenvolvimento e implantação de sistemas de IA que estejam de acordo com os padrões do Conselho da Europa nas áreas inter-relacionadas de direitos humanos, democracia e Estado de direito”. (LESLIE; *et al.*, 2021, p. 5).

Princípio da democracia / legalidade onde os mecanismos de supervisão transparentes e inclusivos devem assegurar que os processos democráticos de tomada de decisão, pluralismo, acesso à informação, autonomia e direitos econômicos e sociais sejam salvaguardados no contexto da concepção e uso dos sistemas de IA (LESLIE; *et al.*, 2021, p. 17).

Ao nos debruçarmos sobre o Princípio da Explicabilidade, este que não deve equiparado à transparência, representaria aos olhos da *General Data Protection Regulation* (GDPR)¹¹, o direito à informação, na qual significa que as pessoas cujos interesses foram afetados por uma decisão algorítmica, têm o direito de ter o algoritmo explicado a decisão aplicada a elas (BARTNECK; LÜTGE; WAGNER; WELSH, 2021, p. 36). No entanto, a Inteligência Artificial utilizando-se dos recursos de aprendizado de máquina, criará uma barreira entre a decisão efetivamente tomada, e a capacidade do algoritmo explicar a decisão.

Por outro lado, os Princípios de Transparência e Explicabilidade serão em breve, mais facilmente transportados para os fornecedores de Inteligência Artificial, na medida que sejam construídas por exemplo, certificações no escopo do *International Organization for Standardization* (ISO)¹² e do *Institute of Electrical and Electronics Engineers* (IEEE)¹³, e de forma mais eficaz por meio de uma regulação de software (*SW-defined Regulation*).

A justa conexão entre os Princípios, Direitos e Obrigações, frente ao Princípio da Explicabilidade assegura o direito a uma explicação significativa de como o sistema de Inteligência Artificial funciona, que lógica de otimização ele segue, que tipo de dados ele usa, e como ele afeta os interesses dos indivíduos sempre que gerar efeitos legais ou que de alguma forma impactar de forma similar a vida dos cidadãos. A explicação deve ser adaptada ao contexto e fornecida de forma útil e compreensível para um indivíduo, permitindo que os indivíduos protejam efetivamente seus direitos (COUNCIL OF EUROPE, 2021, p. 20).

3. O CONFLITO DO SISTEMA BINÁRIO E A DECISÃO DO MAGISTRADO COM BASE NOS ASPECTOS SUBJETIVOS DA CONDUTA DO AGENTE

¹¹ “Art. 12 GDPR Transparent information, communication and modalities for the exercise of the rights of the data subject”. General Data Protection Regulation GDPR. (EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2016, p. 39).

¹² Standards by ISO/IEC JTC 1/SC 42 Artificial intelligence. (ISO, 2020).

¹³ “The goal of The Ethics Certification Program for Autonomous and Intelligent Systems (ECPAIS) is to create specifications for certification and marking processes that advance transparency, accountability and reduction in algorithmic bias in Autonomous and Intelligent Systems (AIS)”. (IEEE Standards, 2020).

Olhando para a história, a Lei Portuguesa é fundada no modelo romano germânico, a partir de uma codificação com acesso a todos. Esta codificação traria algumas vantagens tais como: acessibilidade, cumprimento e interpretação da lei, bem como maior coerência de soluções e decisões. Mais a frente, veremos que um dos princípios da lei, aplicado a qualquer lei positivada é a segurança jurídica, o que tem um aspecto objetivo, ou seja, a estabilidade das relações jurídicas.

Na mesma construção, a Lei, como norma legal, procura disciplinar as relações da sociedade e depois resolver os conflitos que possam surgir. Para que isto aconteça, devem existir regras obrigatórias de conduta com caráter vinculante (coercividade), assim como as autoridades públicas que as criam e aplicam, o poder do *jus imperium*. (FURTADO, 2019, p. 1).

Ao abordar o Princípio de Jurisdição, veremos que a Constituição Portuguesa, em seus artigos 202 e seguintes, define os princípios que constituem a base da organização e funcionamento judicial dos tribunais. A função dos tribunais é garantir a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, protegidos por lei, reprimir a violação da legalidade democrática e resolver conflitos de interesses públicos e privados (EUROPEAN JUSTICE, 2021, p. 1).

Para o autor Aury Lopes Jr., a garantia de um juiz natural será percebida na visão tripartite onde somente os órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição, ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato e existe uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. Dizendo ainda que, trata-se de verdadeira exclusividade do juiz legalmente instituído para exercer a jurisdição, naquele determinado processo, sem que seja possível a criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da Constituição Brasileira) (LOPES Jr., 2019, p. 67).

O uso da Inteligência Artificial no campo da justiça criminal, tem sido observado como ferramenta de apoio para o julgamento de casos criminais e relacionadas com três tipos distinguidos por sua ordem de complexidade a seguir:

Ferramentas que tornam as informações jurídicas existentes mais facilmente acessíveis e pesquisáveis; Ferramentas que fazem previsões sobre o resultado de casos jurídicos; Ferramentas que visam prever o comportamento humano relevante para fins de sentença. (FRANSSEN; BERRENDORF, 2021, p. 203).

Buscando responder à pergunta chave deste artigo, a avaliação das linhas de código de programação será uma das garantias se o sistema binário poderá oferecer uma tomada de decisão justa, na qual os quesitos previstos no artigo 71 do Código Penal

Português, passam por uma análise subjetiva do comportamento do agente diante da conduta típica penal.

A exclusão do componente subjetivo do fator humano em relação ao processamento automático de dados e consequente tomada de decisões por meio de algoritmos da inteligência artificial, pode surgir como uma vantagem. Ao fim ao cabo, para todo o ecossistema da justiça criminal, alcançar as metas estabelecidas requer uma série de decisões humanas.

Quando tratamos de decisões humanas, o autor Aury Lopes Jr (2019, p. 81), dirá que é uma ofensa real e grave ao princípio da imparcialidade o fato de o mesmo juiz receber a acusação e depois, instruir e julgar o feito, e neste aspecto a inteligência artificial apresentar-se-ia como um sistema capaz de atuar separadamente em cada uma destas fases do processo penal, de forma eficaz seria na avaliação dos pressupostos de recebimento da instrução¹⁴ previsto no Artigo 287.º - Requerimento para abertura da instrução, CPP (PORTUGAL, 1987).

No entanto compatibilizar decisões humanas com o que chamaremos de decisões orientadas por sistemas binários, requer compreender que os sistemas binários são exatos, onde 0 representa uma falsidade total e 1 a verdade total, entretanto, uma das questões mais importantes é que toda codificação deve ser absolutamente clara e definida *a priori* nos *bits*, onde é programada matematicamente e determinada o que é cada *bit* de informação. É uma função, é uma ordem, sem que um único *bit* seja perdido, extraviado ou alterado.

O sistema binário em que pese carregue uma definição clara, sabemos por outro lado, que este não representa sentimentos, sensações, dúvidas, sequer números fracionados, remetendo a uma questão chave, onde não é possível transpor para uma linha de código uma análise subjetiva de comportamento do agente. O que não afastaria por

¹⁴ “A instrução é uma fase facultativa do processo comum em processo penal, dirigida pelo juiz de instrução (assistido pelos órgãos de polícia criminal), através da qual se decide se o inquérito deve ser arquivado ou se, ao invés, deve ser submetido a julgamento (artigo 286.º do Código de Processo Penal - CPP). Esta fase inicia-se com o requerimento para abertura de instrução (apresentado pelo arguido ou pelo assistente, no prazo de 20 dias após a notificação da acusação ou do despacho de arquivamento do inquérito) – o qual pode ser rejeitado (artigo 287.º, n.º 3 do CPP), sendo proferido posteriormente despacho de abertura de instrução (o qual é notificado ao Ministério Público, assistente, ao arguido e seu defensor). A instrução é constituída pelo conjunto de atos que o juiz entenda levar a cabo, sendo apenas obrigatória a realização de debate instrutório. No que respeita à realização destes atos, alguns são da competência exclusiva do juiz de instrução (o interrogatório do arguido, a inquirição de testemunhas e outros que a lei lhe cometa em exclusivo) enquanto os demais podem ser objeto de delegação nos órgãos de polícia criminal. O debate instrutório, dirigido pelo juiz de instrução e na qual podem participar o MP, o arguido (e o seu advogado), “visa permitir uma discussão perante o juiz, por forma oral e contraditória, sobre se do decurso do inquérito e da instrução, resultam indícios de facto e elementos de direito suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento.” (artigo 298.º do CPP). A fase de instrução finda com a elaboração de decisão instrutória, que pode corresponder a um despacho de pronúncia (o juiz entende que se verificam os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança, razão pela qual se justifica submeter o arguido a julgamento) ou um despacho de não pronúncia (não se verificam tais pressupostos, razão pela qual não se justifica submeter o arguido a julgamento) (PORTUGAL, 1987).

inteiro o risco de enviesamento dos algoritmos, na qual interferirá na dosimetria da pena calculada pela Inteligência Artificial e apresentada ao Magistrado.

Entretanto, veremos que na lógica Fuzzy é possível a atribuição de graus de verdade às proposições, por meio de um conjunto padrão de valores de verdade (graus) quer são o intervalo de unidade real $[0,1]$, onde 0 representa "totalmente falso", 1 representa "totalmente verdadeiro", e os outros valores se referem à verdade parcial, ou seja, graus intermediários de verdade¹⁵ (HAJEK, 2021, p. 1). Ocorre que o processo penal não admite graus intermediários de verdade, e isso será percebido por parte do indivíduo ao fazer a leitura sobre o resultado útil de um processo, seja por meio da condenação de um réu, seja por meio do exercício do Princípio da Presunção da Inocência.

No texto de *Automated justice and its limits: irreplaceable human(e) dimensions of criminal justice* a autora tenta responder uma questão, que seria da possibilidade de eliminar a emoção nos julgamentos como sendo ou não um caminho desejável, dizendo que a lei tem sido tradicionalmente considerada como a reserva da razão, e a emoção como inimiga da razão e avança explicando que:

As emoções devem ser evitadas na legislação e no julgamento, pois trazem paixões e distorcem a tomada de decisões racionais. As emoções têm sido descritas como impulsivas, imprevisíveis, 'disfuncionais e irracionais', 'antitéticas à razão, desorientando e distorcendo o pensamento prático' e levando a falácias lógicas na argumentação. Os recursos emocionais – hoje tão frequentemente testemunhados no Tribunal (pelas partes e seus advogados) e mesmo convidados oficialmente, por exemplo, através do instrumento das Declarações de Impacto na Vítima – foram rotulados como "substitutos ilegítimos para uma argumentação adequada". No entanto, essa suposição não reflete a realidade e o conhecimento gerado pelas ciências sociais, particularmente os desenvolvimentos em psicologia cognitiva e neurociência. A teoria da emoção nos informa que as emoções podem ser consideradas "racionais na maior parte do tempo" e que elas são, de fato, cruciais para o correto processamento da informação (PERSAK, 2021, p. 230).

Como desvantagem do uso da Inteligência Artificial, há de se considerar que algumas legislações contém muitas normas abertas, exigindo um certo grau de apreciação humana, e que a aplicação de direitos fundamentais, como o direito a um julgamento justo ou o direito à privacidade, implica um equilíbrio de interesses e quase inevitavelmente implica um certo nível de incerteza quanto ao resultado de um caso particular, dizendo assim que tais normas não poderiam ser facilmente codificadas em linguagem algorítmica (HAO, 2020).

¹⁵ "Note que a funcionalidade da verdade implica que graus de verdade não podem ser interpretados como probabilidades ou graus de crenças, já que estes últimos não combinam funcionalmente: a probabilidade de que "o sol brilhe ao meio-dia de amanhã e chova à meia-noite" não é (apenas) determinada pelas probabilidades dos dois eventos indicados, já que eles não são independentes em geral" (INSTRUÇÃO, 2022).

Para Aury Lopes Jr (2019, p. 122), o julgamento enquanto justo estaria conectado de forma intrínseca também ao Princípio do julgamento em um prazo razoável e faz uma crítica ao afirmar que no processo penal brasileiro existem muitos prazos, mas sem sanção (prazo – sanção = ineficácia), por isso afirma que adota a “teoria do não prazo”.

Também veremos que é necessário observar que o risco dos vieses de automação como sendo um fenômeno psicológico, que pode ocorrer quando os operadores de um sistema de Inteligência Artificial, desconsideram ou superam a produção do sistema ou são incapazes de avaliar adequadamente a confiabilidade de suas decisões e resultados oriundo de preconceitos tecnológicos.

Como tal, o usuário pode tornar-se excessivamente dependente do sistema e confiar demais nele, por sua vez não conseguindo identificar previsões ou classificações imprecisas, ou tornar-se suspeito do sistema e subutilizá-lo, apesar do fato de que ele pode superá-lo em certas tarefas.

A evolução tecnológica tem sido um elemento fundamental para a organização da sociedade contemporânea, afirmam alguns autores, na qual há uma série de novas tecnologias a serem utilizadas no âmbito jurídico-penal pelas agências de controle, que buscam otimizar os resultados da investigação ou da persecução penal. Os mecanismos de Inteligência Artificial estão inseridos neste contexto e fazem eco aos valores da sociedade contemporânea, quais sejam, de otimização, redução de custos, previsibilidade, segurança, controle e confiança (ARRUDA, RESENDE; FERNANDES, 2021).

No entanto, o artigo 71 do Código Penal Português sofre uma abordagem em dois vetores, uma de quesitos subjetivos e outra de objetivos, e que se equipara ao artigo 59 do Código Penal Brasileiro:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

Nas palavras de Miguel Reale Jr. (1987), ao comentar o Código Penal Brasileiro em seu artigo 59 diz que a autonomia dada ao magistrado permite a este a escolha da justa medida, afirmando que:

A nova parte geral torna mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando a cada passo a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo em diversos momentos os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida. [...] O alargamento do poder discricionário do magistrado é aliás decorrência obrigatória da criação de um leque de opções, graças às penas substitutivas, a exemplo do que ocorreu na legislação italiana com a lei de novembro de 1981, Lei n. 689, considerando o mestre *Nuvolone* ser “uma nota característica desta reforma a ampliação do poder discricionário

do juiz”, uma discricionariedade motivada. Na nova Parte Geral, se faz menção em vários artigos à necessidade de atenção para a escolha justa da sanção aplicável, tendo por base os critérios contidos no art. 59.

Neste sentido, a leitura parte de uma conduta social e da personalidade do agente, na qual são quesitos subjetivos, decorrerá de uma série de análises quanto ao agente que praticou a conduta tipificada como crime.

Ao Magistrado que detém a capacidade cognitiva de analisar as circunstâncias do fato, também lhe caberá analisar quesitos subjetivos e como ser humano, será muito difícil se desvincular da sua forma de agir e pensar. Analisar a conduta social do agente é uma tarefa complexa seja para o Magistrado seja para um sistema binário que não levará em conta questões emocionais e subjetivas.

O autor Aury Lopes Jr, dirá que não basta a garantia da jurisdição, e que não é suficiente ter um juiz, é necessário que ele reúna algumas qualidades mínimas, para estar apto a desempenhar seu papel de garantidor. A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo”¹⁶ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto (LOPES Jr., 2019, p. 70).

Nesse contexto, Luigi Ferrajoli (2002, p. 140), dirá categoricamente que

Em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática, concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos interesses e dos condicionamentos de poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral.

Todavia, analisar a importância das fases da dosimetria da pena diz respeito ao momento de fixação da pena, onde o Magistrado deverá levar em conta aspectos já citados, mas que ressaltamos no texto diante da importância, e vistos como a conduta social ou a personalidade do indivíduo, o que poderá ser percebido como um viés subjetivo no Processo Penal, e que nas palavras de Salo Carvalho (2013):

Representaria além de uma referência primeira sobre a qual incidirão as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) e as causas especiais de aumento e de diminuição (majorantes e minorantes), motivo que por si só aponta para a necessidade de um rigoroso cuidado técnico do julgador, a pena-base é composta por inúmeras categorias abertas (circunstâncias judiciais), situação que aumenta o nível de complexidade e caracteriza a primeira etapa da dosimetria como a mais propensa a erros.

Nesta perspectiva, veremos que o fator subjetivo da Inteligência Artificial, seria praticamente excluído, o que poderia tornar-se uma vantagem na leitura de erros jurídicos.

¹⁶ A expressão é de PEDRO ARAGONESES ALONSO, na obra *Proceso y Derecho Procesal*, cit., p. 127 em (LOPES Jr., 2019, p. 70).

Ocorre que uma decisão judicial é uma decisão humana, portanto é evidente que o sujeito do juiz influencia o conteúdo de sua decisão (KARSAI, 2021, p. 24).

Mais a frente no texto *Artificial Intelligence, Big Data and Automated Decision-Making in Criminal Justice*, encontraremos uma visão clara de como o componente subjetivo pode ser uma questão chave para o Estado de Direito dizendo que:

Trata-se de um elemento importante na formação do sistema é que a educação jurídica, as condições profissionais e a socialização de se tornar um juiz garantem um profissionalismo não subjetivo; portanto, assume-se que a subjetividade indesejável não aparece nas decisões. É fundamental definir claramente o que consideramos ser um componente subjetivo que preferimos banir da tomada de decisões algorítmicas. A subjetividade do juiz - na justiça criminal moderna - é fundamental para a humanidade, valores que são centrais para as democracias baseadas no Estado de direito. A ênfase deve ser dada à importância da experiência de vida para o judiciário, que compreende a totalidade das ações ou outras manifestações de diferentes pessoas observadas em diferentes situações de vida e inclui sua comparação e a capacidade de construir e extrair conclusões a partir deles (KARSAI, 2021, p. 23).

Não menos relevante é analisar na perspectiva do Princípio da Proporcionalidade, pelo qual o Estado Democrático de Direito evitará que o agente receba uma pena que não esteja adequada ao ato, bem como à lesão causada ao bem jurídico. E para isso o Tribunal Constitucional Português refletiu sobre o Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual:

Não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos. A bem dizer, a exigência de que uma medida restritiva de um direito satisfaça, de forma equilibrada, o imperativo da concordância prática entre bens ou interesses conflitantes (e de igual relevo constitucional) não vale, apenas, para a densificação do conteúdo do segundo teste de proporcionalidade. Pelo contrário. Contendo ela, afinal de contas, a corporização da própria ideia de proporcionalidade, a inevitabilidade da sua presença faz-se sentir, transversalmente, na aplicação de todos os subprincípios que integram o valor constitucional em causa: isto mesmo se extrai, aliás, da parte final do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, que determina que as restrições se devem limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (PORTUGAL, 2008, *online*).

Por fim, no contexto da justiça algorítmica, as questões de independência e imparcialidade do juiz robô, não podem ser ignoradas. Imparcialidade refere-se às próprias qualidades do juiz e denota a ausência de preconceito ou parcialidade. Tem uma dimensão subjetiva, isto é, em relação ao comportamento pessoal do juiz, e uma dimensão objetiva, a aparência criada para as partes ou para o público em geral (FRANSSSEN; BERRENDORF, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adotar os Princípios legais tais como, legalidade, direito a um julgamento justo, transparência, explicabilidade, direito a não ser julgado por um sistema baseado em decisão automatizada, entre outros, podem agora não serem facilmente adaptados aos algoritmos da Inteligência Artificial para o cálculo da dosimetria da pena, pois está se constrói também a partir de elementos subjetivos do agente.

Para os Princípios do Processo Penal, como direito ao contraditório e ampla defesa, jurisdicionalidade e presunção de inocência, os algoritmos da Inteligência Artificial não asseguram uma tomada de decisão com capacidade de não ser influenciada por enviesamentos e opacidades, o que tornará um julgamento sujeito a parcialidades.

O elemento subjetivo ainda é uma condição que permite ao Magistrado e ao Estado de Direito analisar a conduta tipificada como crime a luz de uma justiça social, que é fundamental para a humanidade diante da presunção da inocência e devido processo legal.

A exclusão do componente subjetivo do fator humano em relação ao processamento automático de dados e consequente tomada de decisões por meio de algoritmos da Inteligência Artificial, pode surgir como uma vantagem, mas não é claro ainda se o Direito Processual Penal possui aderência, sem que surjam ofensas as garantias fundamentais do indivíduo.

Perante o Princípio da Imparcialidade o fato de o mesmo juiz receber a acusação e depois, instruir e julgar o feito, para alguns autores existe um alto risco de uma decisão parcial, e neste aspecto a Inteligência Artificial apresentar-se-ia como um sistema capaz de atuar separadamente em cada uma destas fases do processo penal, entre elas na avaliação dos pressupostos do recebimento da instrução.

A dosimetria da pena definirá não apenas o futuro do agente, seja por uma pena de 1 a 4 anos, ou de 15 a 20 anos de reclusão em regime fechado, mas também a viabilidade do uso de um remédio jurídico que será a possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição, assegurado nas fases do Processo Penal Acusatório, bem como das garantias ao Princípio do contraditório e ampla defesa.

Os sistemas binários estão intrinsecamente conectados por meio de uma linguagem de máquina representada 0 uma falsidade total e 1 a verdade total, e esta premissa não atende a previsão legal dos quesitos do artigo 71 do Código do Direito Penal Português com os quesitos subjetivos. Mais no que nunca, postergar o uso dos algoritmos da

Inteligência Artificial no Direito Penal é medida que protege os Princípios do Processo Penal.

A lógica *Fuzzy* que é capaz de atribuir graus de verdade às proposições, atuando com valores que se referem à verdade parcial, ou seja, graus intermediários de verdade não atende em uma perspectiva inicial o complexo Direito Processual Penal, pois este não admite graus intermediários de verdade, pois assentaria entendimento contrário ao Princípio da Presunção da Inocência, ofendendo o direito a um julgamento justo e imparcial.

Em que pese a abordagem positiva quanto aos potenciais da Inteligência Artificial, o que podemos avaliar a partir da leitura de alguns autores, é que nos encontramos em um estágio onde existem riscos que poderão durante as fases do Processo Penal, deixar apartado o Princípio da Presunção da Inocência, este que em todas as dimensões dos direitos humanos se debruça sobre a promoção da dignidade humana.

A solução que modificará a resposta se os algoritmos da inteligência artificial servem ao cálculo de dosimetria da pena diante dos princípios legais do Processo Penal garantindo assim ao indivíduo um julgamento justo deverá vir por meio da computação quântica, somado a revisão doutrinária na qual o Direito emerge de questões causa e efeito, que carrega um grande desafio ao Sistema Jurídico a partir dos Códigos Penal e de Processo Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PORTUGAL. Ac. Tribunal Constitucional nº 632/2008. Diário da República nº 6 Série I de 09/01/2009. **Base de Dados Jurídica**. 23 de December de 2008. Disponível em: http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449. Acesso em: 13 abr. 2022.

ALONSO, Aristides Ledesma. A máquina de Turing e a máquina do Revirão: computar, calcular e pensar. **Lumina**, [S. l.], v. 2, n. 2, 2008. DOI: 10.34019/1981-4070.2008.v2.20966. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/lumina/article/view/20966>. Acesso em: 24 abr. 2022.

ANNONI, Alessandro; *et al.* Inteligência Artificial: Uma Perspectiva Europeia, Craglia, M. editor(es), EUR 29425 EN, **Serviço das Publicações da União Europeia**, Luxemburgo, 2018, ISBN 978-92-79-97219-5, doi:10.2760/936974 , JRC113826. Disponível em: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC113826>. Acesso em: 16 abr. 2022.

ARRUDA, Ana Julia Pozzi, RESENDE, Ana Paula Bougleux Andrade e FERNANDES, Fernando Andrade. Reflexões Acerca dos Valores Relacionados à Incorporação da Inteligência Artificial no Direito Penal. **ACADEMIA**. [Online] 2021. Disponível em: https://www.academia.edu/70218658/Reflex%C3%B5es_Acerca_dos_Valores_Relacionados_%C3%A0_Incorpora%C3%A7%C3%A3o_da_Intelig%C3%Aancia_Artificial_no_Direito_Penal. Acesso em: 22 abr. 2022.

Bartneck, Christoph; Lütge, Christoph; Wagner, Alan; Welsh, Sean. Trust and Fairness in AI Systems. *In: An Introduction to Ethics in Robotics and AI*. [Online] 2021. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-030-51110-4_4. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**: parte geral. 2a. São Paulo: Atlas, 2015.

CALIENDO, Paulo Velloso da Silveira. ÉTICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: da possibilidade filosófica de agentes morais artificiais. **ESCOLA DE HUMANIDADES PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**, Pontifícia Universidade Católica do RS - PUCRS. Porto Alegre, RS: *s.n.*, 2020.

CARVALHO, SALO. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIG DATE and Analytics: Seeking Foundations for Effective Privacy Guidanc. *In: Centre for Information Policy Leadership*. [Online] February de 2013. Disponível em: https://www.huntonak.com/files/Uploads/Documents/News_files/Big_Data_and_Analytics_February_2013.pdf. Acesso em: 16 abr. 2022.

COMMITTEE OF MINISTERS OF EUROPE. Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems. **Council of Europe**. [Online] 8 de April de 2020. Disponível em: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809e1154. Acesso em: 16 abr. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. ALGORITHMS AND HUMAN RIGHTS Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications. **COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNET INTERMEDIARIES (MSI-NET)**. *s.l.*: Council of Europe, 2018.

COUNCIL OF EUROPE. **Guide on Article 13 (Right to an effective remedy) of the European Convention on Human Rights**. [Online] 31 de December de 2021. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_ENG.pdf. Acesso em: 16 abr. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, 2009.

INSTRUÇÃO (Processo penal). DRE - **DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO**. [Online] 2022. Disponível em: <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/instrucao-processo-penal>. Acesso em: 23 abr. 2022.

DUPONT, Benoît; STEVENS, Yuan e WESTERMANN, Hannes. Artificial Intelligence in the Context of Crime and Criminal Justice. **International Centre for Comparative Criminology**. 2018. Disponível em: URL:<https://www.cicc-iccc.org/en>. Acesso em: 13 abr. 2022.

EPRS | European Parliamentary Research Service. **Understanding algorithmic decision-making**: Opportunities. European Parliament Search. 05 de March de 2019. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2019\)624261](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2019)624261). Acesso em: 16 abr. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que Estabelece Regras Harmonizadas sobre Inteligência Artificial (Lei De Inteligência Artificial) e que altera alguns Atos Legislativos da União. **EUR-LEX. EUROPEAN COMMISSION**. 21 de April de 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206>. Acesso em: 16 abr. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights**. 31 de December de 2021. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf. Acesso em: 16 abr. 2022.

EUROPEAN JUSTICE. **Tribunais princípios gerais**. 2021. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-pt-maximizeMS-pt.do?member=1. Acesso em: 13 abr. 2022.

EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Regulation (EU) 2016/679 Of The European Parliament And Of The Council of 27 April 2016**. Official Journal of the European Union. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 13 abr. 2022.

EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforce**. Official Journal of the European Union. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/2015-02-26>. Acesso em: 13 abr. 2022.

EUROPEAN UNION. **Charter of Fundamental Rights of the European Union**. 2000. Disponível em: https://www.citizensinformation.ie/en/government_in_ireland/european_government/eu_law/charter_of_fundamental_rights.html. Acesso em: 16 abr. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. 2002. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Revista dos Tribunais. 2002.

FRANSSEN, Vanessa; BERRENDORF, Alyson. The Use of Ai Tools in Criminal Courts: Justice Done and Seen to be Done? **Revue Internationale de Droit Pénal**, v. 92, n. 1, pág. 199-223, 2021. Disponível em: <https://hdl.handle.net/2268/264969>. Acesso em: 16 abr. 2022.

FURTADO, Miguel. **Segurança Jurídica**. 04 de March de 2019. Acesso em: <https://www.isg.pt/2019/03/04/seguranca-juridica/>. Disponível em 10 abr. 2022.

GSENGER, Rita; STRLE, Toma. Trust, automation bias and aversion: algorithmic decision-making in the context of credit scoring. **Interdisciplinary Description of Complex Systems: INDECS**, v. 19, n. 4, p. 542-560, 2021. Disponível em: <https://indec.eu/2021/indec2021-p.542-560.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

HAJEK, Petr. **Fuzzy Logic The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. [Online] 2021. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=logic-fuzzy>. Acesso em: 19 abr. 2022.

HAO, Karen. AI still doesn't have the common sense to understand human language. **MIT Technology Review**. [Online] 30 de January de 2020. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2020/01/31/304844/ai-common-sense-reads-human-language-ai2>. Acesso em: 16 abr. 2022.

IEEE Standards. **The Ethics Certification Program for Autonomous and Intelligent Systems (ECPAIS)**. IEEE Standards Association. 2020. Disponível em: <https://standards.ieee.org/industry-connections/ecpais/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

ISO. **Standards by ISO/IEC JTC 1/SC 42 AI**. International Organization for Standardization. 2020. Disponível em: <https://www.iso.org/committee/6794475/x/catalogue/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

KARSAI, Krisztina. Algorithmic Decisions Within The Criminal Justice Ecosystem And Their Problem Matrix. **Artificial Intelligence, Big Data and Automated Decision-Making in Criminal Justice**. 2021. Acesso em: <https://biblio.ugent.be/publication/8740153>. Disponível em: 10 abr. 2022.

KRYSIA, Joasia. **Notebook 055 Ada Lovelace**. January de 2012.

LESLIE, David *et al.* **Artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law: a primer**. Available on SSRN 3817999, 2021.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. *s.l.*: Saraiva, 2015.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. [ed.] Saraiva Educação. São Paulo: s.n., 2019.

MARTINS, Ronaldo; SANTOS, Mirian. 2013. **Podem as máquinas falar?** Série e-urbano. Vol. 2, 2013.

MCKINSEY & COMPANY. **Quantum computing: An emerging ecosystem and industry use cases**. December de 2021. Disponível em: www.mckinsey.com. Acesso em: 16 abr. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Coimbra: *s.n.*. p. 259-260. Vols. Tomo IV. 2000.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves. **A Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Presunção de Inocência Penal**. Belo Horizonte: *s.n.*, 2020.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). American Convention on Human Rights Pact of San Jose Costa Rica (B-32). REFWORLD | The Leader in Refugee Decision Support. 22 de January de 1969. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/50ca189b2.html>. Acesso em: 13 abr. 2022.

PELUSO, Cezar. É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência. **CONJUR**. 26 de September de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>. Acesso em: 23 abr. 2022.

PERSAK, Nina. **Automated Justice and its Limits: Irreplaceable Human(E) Dimensions Of Criminal Justice**. 2021. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8740160/file/8740161.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. PGDL - Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. 1987. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 23 abr. 2022.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro - art 287.** PGDL - Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. 17 de Feb de 1987. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0287&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=%23artigo. Acesso em: 23 abr. 2022.

PORTUGAL. **Legislação Penal Portuguesa.** PGDL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. 04 de September de 1995. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis. Acesso em: 20 mar. 2022.

REALE Jr., Miguel. **Penas e medidas de segurança no novo código.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SARKER, Iqbal H.; FURHAD, Md Hasan & NOWROZY, Raza. **AI-Driven Cybersecurity: An Overview, Security Intelligence Modeling and Research Directions.** [Online] 26 de March de 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s42979-021-00557-0>. Acesso em: 30 mar. 2022.

TRACE3. **AI, Machine Learning, and Deep Learning.** *s.l.*: IDG Communications, 2019.

VORONOVA, Sófija. Artificial intelligence in criminal law. **Think Tank - European Parliament.** [Online] 30 de September de 2021. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA\(2021\)698039](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2021)698039). Acesso em: 16 abr. 2022.

THE COMMERCIAL EXPLOITATION OF MUSIC: THE ARTIST VERSUS THE INDUSTRY

*Sebastián Rivero Silva*¹

Abstract: This article aims to bring the reader a closer vision of the legal complexities arising from the commercial exploitation of music, presented as a continuous struggle between, firstly, the artist as *Producer* of compositions and phonograms and secondly, the industry, as *Marketer*, monetizer and collector of the benefits derived from the artist's work. This way we will go through, from a legal perspective, all the necessary steps to manage and commercially exploit a music repository, both from the point of view of the artist and the rest of the industry players, such as Record Labels, Music Publishers and Distributors. In any case, without ignoring the enormous differences between music markets and the tendency to simplify the common commercial practice in medium and small entity markets, with the presence of already consolidated rights management entities. Likewise, the context of current globalization has implied an exponential increase in the use of original music in Apps such as *TikTok* or *Instagram*, as well as music reproduction in streaming platforms such as *Spotify* or *Apple Music*, abandoning the sale of original musical pieces in CD format. This situation has forced Music Publishers, Distributors and Record Labels to transform and adapt their services to this new era for the music industry.

Key words: Intellectual property, music, record label, royalties, globalization.

1. A FIRST APPROACH, INTELLECTUAL AND INDUSTRIAL PROPERTY

It is curious that the main actor in the music industry, who is the artist, either as author or performer, is at the same time the one who is generally unaware of how the industry works and, therefore, the most vulnerable party in any agreement involving the exploitation of his music. This exploitation, as we will see below, will be understood in a dual way, firstly as a composition of lyrics and music and secondly as a recording or phonogram of that composition.²

Thus, throughout these pages we will study the path of genuine legal engineering that takes place since an artist invents the lyrics of a song and sings them together with some chords, often from the comfort of his home, until the exploitation of such original work -already recorded, mastered, published and distributed- begins to generate profits by various means that may include online reproduction in streaming format, downloading from specialized platforms, concerts and performances, advertising placement or any other formula admitted in law.

It is relatively common that, when an artist amateur in the music industry needs legal advice, the first thing they will ask you as a lawyer is to "protect their song" as soon as possible, because of the risk of it being plagiarized or "stolen". This is, in fact, the first

¹Accredited Lawyer in Spain. Master's degree in International Relations and Master's degree in Business Law.

² Note that the music industry operates in a differentiated manner (i) the composition of a musical piece, understood as lyrics and music, which will be exploited by the Music Publisher and (ii) the phonogram, understood as the recorded performance of the composition, executed by a performing artist, who may or may not coincide with the authors of the composition and which will be exploited by the Record Label. For this reason, industry lawyers usually negotiate the exploitation of the 200% of the benefits of a piece: 100% of the composition and 100% of the phonogram.

approach that the amateur artist makes in the music industry: the intellectual property assets generate author rights in favor of the artist from his own creation. Thus, any evidentiary element is sufficient to prove the authorship and consequent protection of the work, and therefore no registration is necessary for the protection of the work.

Now, having said the above, the registration of the composition and subsequently of the phonogram of a musical piece, according to what we will see below, is not that important for the purpose of avoiding plagiarism or "theft", but it's necessary to (i) collect the royalties or rights associated to the piece in an effective way and (ii) avoid confrontations as to the percentage of authorship of the piece, in case there are different authors and/or performers in the same musical piece.

This does not mean that the registration of a musical piece is not useful also for evidentiary purposes, when proving the originality and authorship of a musical piece, but the main effect and urgency of a registration is rather to avoid any kind of exploitation of the piece before the corresponding royalties can be collected. Thus, accompanying the referred registration will come key questions such as which Record Label and Music Publisher will include in its repository the phonogram and the composition of our musical piece, as well as the percentage of authorship of the artists involved, so that the respective Music Publishers and Distributors can collect the corresponding percentages of each participant.

In relation to the above, we can affirm that this is the main difference between industrial property assets and intellectual property assets. Erroneously, there is a tendency to think that the difference between both assets lies in their tangibility, i.e., that they exist on the physical plane and can be touched. However, a brief review of Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (World Intellectual Property Organization, 1971) and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (World Intellectual Property Organization, 1884) is sufficient to verify that the differentiating element between both concepts - intellectual property and industrial property -, far from being tangibility, is in fact the "personal reflection" of the author of the work or piece, essentially artistic and literary, but also to a lesser extent scientific articles.

Under this premise and without the intention of entering into doctrinal disquisitions on this issue, because it goes beyond the object of study of the present text, it is worth saying that a musical piece, both in its composition aspect that includes lyrics

and music, and in its version of "recorded execution" by an interpreter, understood as a phonogram, fully enters as to be a "personal reflection" of the artist and consequently, it has the qualification of "intellectual property" asset, with the inherent protection that this entails from its own creation, as it is included in the great majority of countries in Europe and obviously also the United States.

On the other hand, the qualification of industrial property is reserved for those assets that have some kind of commercial application, such as a trademark, an specific denomination for commercial exploitation to the public or even an industrial patent. The lack of this "personal reflection" of the author beyond the own inventiveness that justifies its creation, implies that these industrial property assets do require public registration in the corresponding entity for their protection and consequently, they can be subject to subtraction and illegal exploitation by others, as well as, in other occasions what is known as "industrial espionage" (Official Journal of the European Union, 2016).

In any case, the fact that the musical piece generates a series of rights such as those of authorship (for the musical composition, composed of lyrics and music) and/or related rights (for the performance and recording of the composition), from the very moment of its creation, does not imply that no action should be taken in relation to its protection and subsequent commercial exploitation. At this point, the issue becomes essentially evidentiary.

Thus, several issues need to be addressed:

- (I) First, if the piece to be protected generates authorship rights and/or related rights, as we will see below ³ since its creation, the question will be to prove at what moment the creation took place, since it will be the milestone that generates the protection referred to above.
- (II) Thus, there is not a unique formula to proceed with the registration and protection of a musical piece. Most amateur authors register the creation of the piece by including it in independent music publishing and distribution platforms or in the corresponding national rights management society ⁴, which are usually authorized to do so directly by the national public authority. On the other hand, some *senior* artists may prefer a Notary Public to leave a reliable record of the date of musical creation by means of a Deed that implies a consignment and fixation, if applicable, of the percentages of authorship.
- (III) The registration or notarization is important not only for the purpose of certifying a date of creation of the piece, it will also serve later for possible litigation for modification, transformation and unlicensed use of the corresponding piece. For this reason, the registration should also include, separately, lyrics and, if possible, the phonogram itself, to facilitate any jurisdictional entity the work of identifying possible plagiarism or misuse of fragments, however short they may be, of the protected piece.

³ Note that the music industry name "author's" or publishing rights to those derived from the composition and "related" or master rights to those derived from the phonogram, each of them corresponding to the author and performer of each of these products, composition and phonogram.

⁴ For example, Sociedad General de Autores de España (SGAE) in Spain, Broadcast Music, Inc. (BMI) and American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP) in the United States, Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) in France or the Authors Licensing and Collecting Society (ALCS) in the United Kingdom.

Thus, the registration of the musical piece, including both the composition and the phonogram, expressly indicating the time of its creation, also facilitates the commercial traffic of the piece itself, inasmuch as, each time the rights of the piece are assigned or referred to, either to proceed to an advertising placement or to its distribution in a new music platform, the parties of the distribution contract will know with certainty which piece they are acquiring for their repository by means of a review of the corresponding registry or Public Deed, and may even go to the Public Notary to verify that the consigned work is the same as the one whose limited license of use they are acquiring.

In any case, there is in Spain, as in most of the countries of our environment, a General Registry of Intellectual Property (Piñol, 2017), which allows to register, among others, musical compositions achieving analogous effects to that of the notarization, being that, the general registration practice is just to proceed with an specialized registry of collective management of rights, such as that of the SGAE in Spain, because of its speed and effectiveness compared to the slowness of the registration in the General Registry of Intellectual Property and the technical complications of the notarial consignment (Ruz, 2015), (Echebarría, 2011).

The collective management entities of authorship rights make available to artists their own private registries to record the date of creation of a particular piece. In this sense, we must clarify that the role of those collective management entities of authorship rights in the industry depends largely on the country, while in the United States they act as mere collectors for the artist in terms of the corresponding royalties, in Spain they assume the role of quasi-publishers. Thus, in general, these entities must be approved by the Government by means of a regulatory provision to that effect (Boletín Oficial del Estado, 1978) and focus both on (i) the collection of royalties or authorship rights, (ii) the granting of licenses and (iii) the prosecution - even judicial - of certain infringements of rights that would otherwise be unpunished.

Since royalties or authorship rights for whatever reason (use, copying, reproduction, public performance, etc.) can be generated anywhere in the world, artists can either (i) entrust their national society of authors with the collection of royalties and protection of their rights worldwide, for which the national society of royalties management must have agreements with other analogous national societies, or (ii) entrust the collection and protection of their rights to national societies in different territories,

such as SGAE in Spain or BMI in the United States, in a differentiated and exclusive manner. (Hugunin, 1979).

In general, although option (ii) is more complex and laborious because the process must be carried out in each country where the royalties needs to be collected, it is also usually the most lucrative option for the artist because the use of the "collaborative networks" of national societies of royalties management means that each collecting society through which the royalties or rights pass will retain a small "fee", The final balance for the artist will therefore be lower in case (i) than in case (ii), although the latter is more complex.

2. THE NATURE OF MUSIC RIGHTS, AUTHOR AND RELATED RIGHTS

Although in popular terms "author" is generally referred to as any individual or group of musicians appearing on the cover of the CD purchased by the general public or available for reproduction on platforms such as *Spotify* or *Apple Music*, the truth is that, in legal terms, there are certain disquisitions that must be taken into account, especially regarding the rights or royalties generated from each work.

Thus, Arts. 3 and 4 of the Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (World Intellectual Property Organization, 1964) make explicit a circumstance that the general music-consuming public is often unaware of: not all performers are authors of the work they perform. The musical recordings that are captured on CDs and can be listened to on digital streaming platforms, technically called phonograms, never have a single author, as they are composed of various elements such as lyrics, guitar, percussion or sound editing and mastering, being that each of these elements present in the phonogram has its own author, so they are pieces generated through collective contributions of different individuals, to whom, unless otherwise provided by contract, will own a percentage of the generated rights.

Thus, the rights generated by lyricists and musicians for the creation of the composition, understood as music and lyrics, are called "Author rights" or publishing rights, while the rights generated by the musicians performing the composition and, for example, the sound engineers who process the recording until reaching the phonogram as a collective work, are called "Related rights" or master rights, although, as we shall see below, the prerogatives of these rights on their respective product (composition for author rights and phonogram for related rights) are practically identical and the difference

between them is of more academic than practical interest. In any case, both of them, author and related rights, generate royalties to be collected by each of the interested parties.

Therefore, Record Labels do not pay more or less depending on the type of right in question (author or related rights), but rather depending on the specific artist. The most obvious case is found in the pop music industry: these are artists who act as mere vocalists, without authorship of the lyrics or the music on which they record the phonogram, but who stands as the only known co-author of the phonogram who can negotiate their assignment of rights with a variable of the revenues generated (Pipaón, 2010).⁵

Based precisely on the fact that the industry works with two different products, such as the composition (lyrics and music) and the performance and recording of that composition, (the phonogram) created and distributed to platforms, we can see the existence of multiple business options in terms of the author and related rights market respectively, within the music industry. Hereinafter, we will focus on the two most common in recent times:

- (I) Author unknown to the public sells his lyrics to a famous vocalist, lyrics that will end up being performed by said singer and subsequently recorded under instrumental elements, also performed by unknown artists.
- (II) In this case, we have a so-called "lyricist" who offers his work as if it were a product. The Record Label or the vocalist himself will pay a fixed sum for all the author's rights on the lyrics. The anonymous author will be able to keep some "non-delegable" rights, such as the right to claim the authorship of his work, but he will commit himself not to exercise it by contract, in exchange for a fixed sum of money.
- (III) Thereafter, the Record Label, as part of its task of production of a given album, will arrange what is necessary to, through a process of recording, mixing and mastering, create the final distributable phonogram. In this way, it will pay a fixed sum to the "collaborators" of the musical performance and recording (guitarist, drummer, sound technicians...etc) for the totality of their related rights on the phonogram, as part of a contract for the provision of musical performance services, while reaching an agreement with the famous vocalist for his related rights on the phonogram, which may include fixed or variable price, as well as certain reservations as to the retention of some of these rights - for example right of veto in some advertisement - by the famous singer.
- (IV) Famous vocalist who is also the author of his own composition, performs and records musically a phonogram that will be composed of his own voice, lyrics and possibly music also of his own creation. In this case, the variable is much more closed, since the Record Label will only have to pay as a closed price the related rights of those musicians and sound engineers who have collaborated in the recording, mixing and mastering of the phonogram. The famous singer will close his own contract for the assignment of his master or related rights for the musical performance to the Record Label, all this according to a contractual regime that we will expose later.
- (V) For clarification purposes, the royalties corresponding to the composition are not assigned to the Record Label as such, but to a Music Publishing company, which will be in charge, with the help of specialized collecting societies such as SGAE in Spain or BMI in the US, of collecting certain royalties on the composition. Although it is true that in recent times we have seen how the fashion of the so-

⁵ Note that, in most musical "hits", the so-called "work for hire" operates, whereby, except for the "star" singer. All those who make the phonogram possible (lyricists, guitarists, sound technicians...etc) are paid a fixed sum for their work and do not even appear in the credits.

called "360 contracts" has forced the Record Labels to assume the work of music publishers through *ad hoc* companies, reason why they may want to hold all the rights, both the author rights associated to the composition and the related rights associated to the phonogram.⁶

(VI) In this way, and in a new legal twist, according to the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (World Trade Organization, 1994), author and related rights are also divided into the so-called (i) economic rights, which would be those that can be subject to contractual assignment, and those called (ii) moral rights, which under most European legislations would be "*non-delegable*" even if there were a contract to that effect. As a nuance with respect to the latter assessment, we must clarify that, although moral rights cannot be subject to assignment, a fee can be established in exchange for their "non-use" or otherwise, a penalty for their use, so that the artist has an economic interest in not exercising the moral rights to which we refer (Beloso, 2011).

Thus, the economic rights associated with author and related rights would be, broadly speaking:

- Right of reproduction, in any form.
- Distribution of copies of the work (either of original lyrics or music or of a phonogram derived from a performance).
- Public performance.
- Broadcasting or communication of the piece by any means to the public.
- Translation of the work into other languages.
- Adaptation of the work, for example, a remix or a cover.

On the other hand, the moral rights, associated with author and related rights

Would be, among others: (World Intellectual Property Organization, 1971):

- Right of paternity of the work.
- Right of integrity, which is a formula for opposition to the deformation or modification of the piece.
- Right of location and withdrawal of the work, which includes knowing where it is exhibited/reproduced and to withdraw it from the market - prior compensation - if the author so wishes. (Heredia, 2014).

Notwithstanding the foregoing, there are nowadays several formulas through which artists can share music with their public, whether composition or phonogram, outside their own Record Labels and Music Publishers, all in a non-profit context. The most famous at present is undoubtedly the so-called "*copyleft*" which would be a formula by which the general public is granted a series of pre-configured licenses under which an artist can offer to the general public the prerogative of use and even modification of his work according to different parameters, for example, the obligation to indicate his authorship or the prohibition of commercial exploitation, allowing only its use for private events. (Caballero, 2021).

⁶ Note that in the common commercial traffic associated with the music industry there are certain royalties or rights that will be associated exclusively with the phonogram and will correspond to the Record Label, while other royalties or rights will be associated exclusively with the composition and will correspond to the Music Publisher. Likewise, situations of "Neighbouring" occur, as in the case of Streaming platforms, for which a license fee must be paid both to the Record Label and to the Music Publisher.

3. THE LIMITS TO THE PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY, THE DOCTRINE OF FAIR USE

Notwithstanding the foregoing, different national jurisdictions, each one of them through legislative and jurisprudential development to that effect, establish certain limits to the use of intellectual property assets, such as a composition or a phonogram, according to the above definition, in the pursuit of its use and exploitation without the permission of its legitimate owner, whoever it may be.

In this sense, a nuance that not many artists usually take into account, it is that the legality that could cover a use without permission of the legitimate owner of a work does not imply, *prima facie*, that the Record Label, Music Publisher and author/performer whose rights have been necessarily infringed, according to the applicable law, are not entitled to receive the amounts corresponding to the commercial exploitation that, if any, could have been generated in relation to his work, whether it was entirety, fragmented or modified in any way.

For this reason, the right of use without permission is not automatically equivalent to the right of use without permission and furthermore without payment of any amount to the ultimate owners of the infringed rights, according to the proportion contractually agreed between the author/performer, the Record Label and Music Publishing company. In any case, there is a great difference with regard to the so-called European "*Civil Law*", attached to the literalness of the applicable law, as opposed to the so-called "Anglo-Saxon" or "*Common Law*", prevailing, among others, in the United States and United Kingdom, which allows the Courts of Justice much freer interpretations as to the provisions of the applicable law, which in certain circumstances even allows the commercial exploitation of the musical piece used without the consent of the owners. (De Dios & Cuadrado, 2009).

Thus, most of the jurisdictions attached to the legal perspective of the "*Civil Law*" prevailing essentially in the countries of the European Union, contemplate a series of limits to the protection of author and related rights, according to what is called in Article 10 of the Berne Convention as "Honorable Uses" (World Intellectual Property Organization, 1971) and allow the use without permission of the legitimate owner of the rights in a series of very specific cases, essentially related to the absence of disturbance in the normal exploitation of the work by its legitimate owners, which are briefly summarized below:

- (I) Expiration of the legally established term of protection, which in Europe is usually around 70 years.
- (II) Private use, such as simply reproducing a piece in a private residency (non-profit context).
- (III) When the use is intended to facilitate access to culture for disabled persons and is made on a non-profit basis.
- (IV) Everything related to scientific research and citations in academic articles.
- (V) Educational use, always fragmenting the piece for the specific purpose and with no profit motive on the part of the center.
- (VI) Use in current news, provided that the authors are cited.
- (VII) Use in official acts and religious ceremonies.
- (VIII) Parodies or satirical criticism.

On the other hand, the Anglo-Saxon law, known as "*Common Law*", is, as we have pointed out above, much more casuistic and discretionary in favor of the judge hearing a given case, and allows different kinds precedents to be set.

The best proof of this perspective can be found in the Art. 107 of the American Copyright Act, which provides for four variables that American judges must take into account in order to exonerate from liability a certain use not permitted by the legitimate owner, known as the doctrine of "*fair use*". The variables to be taken into account are the following:

- (I) Purpose and character (including profit motive in certain cases).
- (II) Nature of the work.
- (III) Quantity and substantiality of the portion used in relation to the whole work.
- (IV) Effect on the market and modification of the value of the original work.

Thus, the Glossary of Copyright and Related Intellectual Property Rights (World Intellectual Property Organization, 2017) defines "fair use" as "(...) a limitation of a general nature on the exclusive right of the copyright owner"-".

We can therefore conclude, that both legal families, the Anglo-Saxon "*Common Law*" and the Continental '*Civil Law*', prevailing in the United States and Europe respectively, defend the same idea, that is the protection of certain situations of public benefit, which involve to some extent the limitation of the rights associated with the ownership of a particular music piece in its condition of intellectual property asset. Thus, the main difference will lie in the discretionary nature of the "*Common Law*" in application of the doctrine of "*Fair use*" versus the literalness of the rule that European judges attached to the "*Civil Law*" must follow to apply the so-called "Honorable uses".

In any case, once the previous academic debate is overcome, if there is an unauthorized use of a certain piece, either only of the composition or of the phonogram itself, it is important to emphasize that the application of the doctrine of "Fair use", as well as that of "Honorable uses" is of judicial nature so that, until a competent judicial

authority does not express something else, any use without permission of the owners must be understood as illegitimate.

Thus, there are usual situations of procedural *litisconsortium*⁷, by virtue of which, the author of the illegitimate use, unless proven otherwise in court, not framed under the exceptions of the Fair use nor in the Honest Uses, will have to face a joint lawsuit, not only from the composer and performer, but also from the Record Label and the Music Publisher, as they are the co-owners of the infringed intellectual property assets (composition and phonogram). Sometimes, when the willful misconduct of the infringer is evident, the actors whose rights have been infringed may even initiate criminal proceedings, as defined in the corresponding national criminal code, which may also be affected by the corresponding civil liability for damages, depending on the corresponding use (Duro, 2006) (Lloria, 2016).

4. THE RECORD AGREEMENT: MUSICAL PRODUCTION, ASSIGNMENT OF RIGHTS AND REMUNERATION

As we have seen above, the music industry operates with two different products created by the artist, (i) the phonogram, which generates related rights and is operated by the Record Label, and (ii) the composition, which generates author rights and is operated by the Music Publisher. For these purposes, we can define as phonogram or master, the performance and recording of the composition in a physical medium. In order to bring clarity and simplicity to such a complex issue, we will focus on the typical case of a performing artist, who is also the author and composer of his own music.

Thus, once we have made a first approach to the framework of author and related rights present in the composition and phonogram respectively, we must explain the contract by virtue of which, among many other issues, (i) the Record Label will acquire the ownership of each and every one of the referred master rights present in the album and (ii) will be obliged to pay a percentage of the profits generated by such phonograms to the performers of reference, generally grouped under a Long Play (LP) or an Extended Play (EP), in exchange for the assignment of the corresponding related rights in relation to each and every one of the phonograms that make up the album.

The first thing to bear in mind in relation to the contract between the performing musician and a Record Label is that, as a general rule, they are extremely *sui generis*,

⁷ It is defined as a procedural circumstance in which a plurality of actors intervene, either as plaintiffs or defendants, because they have legitimate interest for the resolution of the controversy. Depending on the formula, the *litisconsortium* may be active, voluntary passive or necessary passive.

since each artist will have different weight to negotiate particular conditions depending on the expected sales. Thus, an artist of recognized prestige will be able to impose more advantageous conditions to the Record Label than those that could be obtained by a so-called "new promise" or a "risky bet".

Among many variants, there are two predominant options in the usual practice, namely:

I. The management of the music production is the responsibility of the artist himself:

Under this formula, the artist who signs with the Record Label will receive at the beginning of the commercial relationship two payments, a first one as an advance against future revenues and a second payment for the musical production of the phonograms that make up the album.

In this way, the artistic direction of the album is delegated to the artist himself, who will be the one responsible for hiring the musicians and sound engineers to perform and record the composition, as well as a lyricist in case he only contributes his voice to the song and the recording studio together with the final mixing and mastering service. In general, any musical and technical elements necessary to create the multimedia file (phonogram) that can be uploaded directly to a music streaming platform and be, if necessary, downloaded and digitally printed on CD.

II. The management of the production is the responsibility of the Record Label:

On the contrary, under this formula, the performing artist will only receive the advance payment against his future earnings from the album, as it will be the Record Label that organizes all the technical-musical elements required for the production of the phonograms and the make up of the album.

This second option is usually the most common in artists who cannot impose their artistic criteria in the negotiation of the contract, because the main fear of the Record Label lies in the artist exceeding the budget foreseen for the musical production of the phonograms, an issue that we will deal with below. Thus, being the Record Label the one who produces the phonograms of the album, it maintains total control over the budget, being even able to reduce the cost as much as possible, whereas in option (i) above, the artist, in charge of the musical production, will seek the opposite, to take advantage of

every penny provided by the record company for the musical production of the phonograms.

Regardless of the production formula, the result is the same, we will get a folder on an electronic device with a series of phonograms in *.wav* format, the result of the recording in the sound studio and subsequent mixing and mastering. Each of these phonograms, as we have seen below, are associated to the corresponding related rights of the performers, as a collective work, being that they will have been paid a closed sum to the anonymous authors for the assignment of rights while it will be the main performer who will receive the so-called royalties or rights, in essence, a variable remuneration associated with the profits of the album in exchange for their rights on the work.

Thus, the contract will provide an automatic transfer in respect of each and every one of the phonograms: they will be the property of the Record Label and it will be able to exploit them commercially with the permission of the performing artist, who assigns his rights for that purpose in exchange for a percentage of the sales, which will usually be between 10% and 15% of the profits, although the percentage depends tremendously on the "*caché*" of each artist.

Thus, the Record Label, through the distribution contract that we will review later, will charge for reproduction on music streaming platforms, downloads, advertising placement or radio playback, among others (Jiménez, 2010), and, after receiving payment, will pay the performing artist or deduct it from his debt for the advance payment for the musical production, including budget overruns, if any.

In the North American market, due to its great extension, for the collection of royalties corresponding to the phonogram, called digital performance and master recording revenues (sales, downloads and reproduction of the phonogram), the Record Label will find help essentially in two public utility entities in charge of phonogram royalties collection: The Harry Fox Agency (HFA) and the Mechanical Licensing Collective (MLC).⁸

In any case, we must also make special mention of sales on physical media, essentially CDs, which are in evident decline, except for some promotions in which physical media are given away with some kind of merchandising product and special editions such as albums in vinyl format. This is a type of commercial exploitation that, as

⁸ Note that the American music market, due to its enormous size, requires specific collecting societies for authors' and composers' rights, which as we have seen above are BMI and ASCAP, but also requires collecting societies for phonogram rights, such as HFA and MLC, thus creating a bicephaly in terms of royalty collections as a whole, both for the composition and the phonogram.

we have said, is more interesting for marketing purposes than for actual sales, but continues to be exploited by the Record Label.

Thus, by virtue of all the above, we can see how a set of phonograms associated with a concrete album can continue generating incomes and revenues even many years after its release, since, as long as it continues to be listened to and downloaded on online platforms or played on the radio, it will continue generating royalties, both for the Record Label and for the performing artist, in the proportion contractually agreed. These rights on the profits of past phonograms - grouped in albums - can also be the subject of commercial traffic, so, for example, when a performer is in charge of the production of his own album, incurs any excess in the budget approved by the Record Label, such overrun is usually compensated from the rights of past albums that continue to yield profits or from his rights on eventual future albums.

5. PUBLISHING CONTRACT AND AUTHOR RIGHTS

The so-called "Publishing" contract *is the other side of the coin* with respect to the Record Label contract referred to above. While the record label will work with the phonogram, the Music Publisher will work with the composition and will collect for the author the royalties that may correspond to him. (Price, 2020).

The authorship of the composition may correspond to one or several authors (essentially, lyricists and musicians). For this purpose, as during the creation of the phonogram, the interested party (depending if the production is in charge of the record label or the artist) may (i) hire anonymous musicians and lyricists at a fixed price for their work, or (ii) use what is known as a split sheet. This document is used when the co-authors of a composition (or a phonogram) do not charge a fixed price for their services, but want "their share" of the composition and the associated royalties. Thus, the split sheet is nothing more than an acknowledgement of the percentage of authorship of the collective work. There are different models and no more formality is required than (i) the signature of all the co-authors indicating their agreement with the distribution and allocation of the authorship percentages and (ii) designate the Music Publisher who will collect the corresponding royalties on their behalf. (Songtrust, 2020).

The use of Split sheets is widespread in musical collaborations, called "*featurings*" in which both authors of fame will want to charge a variable for the exploitation of the song, not only a closed price, as happens with the anonymous musicians and sound technicians who help to record the phonogram.

The main question now is how does the artist collect the royalties that correspond to him for his author rights. This is where the Music Publisher comes into play. The Music Publisher, in general, offers a service analogous to that of a collector in favor of the composing artist, because we must not forget that the Record Label will exploit the phonogram, but not the composition, so if the author wishes to collect certain royalties associated exclusively or jointly, on a neighboring basis, with certain uses of the composition, essentially public performance and transformation of the work (García - Trelles, 2020) or even a "cover" ⁹, he must have a Music Publisher with the capacity to license and collect royalties of the composition. (Gallego, Garcia, 2015).

As indicated above, in markets such as the United States, there are entities such as BMI and ASCAP, formally called Public Performance Organizations (PRO's) that help Music Publishers to keep a strict control and monitoring of the collection of royalties for the composition, as well as the prosecution of any illegitimate uses. In Spain, we have a simplified structure that necessarily goes through the SGAE as the collecting and sometimes quasi-publishing entity.

Thus, just as the phonogram generates a series of royalties, or exploitation profits, which are shared by the artist with the Record Label - obliged to make periodic payments for such concept -, there are other types of royalties derived from the artist's author rights on the composition, which do not involve the phonogram, for which reason, unless the Music Publisher collects them, the artist will never be able to receive them, since the Record Label will remain outside the collection of such royalties.

Thus, there are exclusive royalties of the phonogram, which will be collected by the Record Label and paid to the artist in the proportion agreed for the assignment of related rights, while there are exclusive royalties associated with the composition, which will be collected by the Music publisher in the manner described below, in favor of the artist. While, the composition will generate the so-called public performance royalties and mechanical royalties, the phonogram will generate digital performance royalties and master recording revenues (sales, downloads and reproduction of the phonogram), (Schoonmaker, 2018).

By virtue of the above, there are three distinct figures that can be agreed between the artist and his Music Publisher for the exploitation of the royalties associated with his

⁹ The term "cover" is understood as the act of singing some else's lyrics under a musical composition that may - or may not - be novel and then recording it, giving rise to a new phonogram.

composition. To the surprise of most amateur artists, all the formulas will imply that the Music Publisher, as collector of the benefits of the composition, will keep a part - usually 50% -, of the proceeds. Thus, the following publishing agreements exist:

- (I) *General Publishing Agreement*: It implies that the artist will assign his author rights on the composition (but not on the phonogram) to the Music Publisher, which will exploit them and will grant the artist a variable on the net profits, as it happens with the Record Label and the phonogram.
- (II) This contractual modality, for some time now, has been falling into disuse, since the artist loses control over the composition, in exchange for the rights or royalties that correspond to him by contract.
- (III) *Co - Publishing Agreement*: This is a contractual modality provided for those artists who, after some time in the market, have obtained sufficient contacts to collect part of the royalties corresponding to the composition at their own risk, which will imply that the Music Publisher will collect only part of the corresponding royalties, retaining consequently a much smaller fee.
- (IV) *Publishing Administration Agreement*: This is the currently fashionable publishing contract formula, implying that the Publisher will not receive any percentage of the artist's royalties on the composition. On the contrary, it may retain a portion of the royalties it collects on behalf of the artist, while the artist will retain control over the entire composition.

Thus, the artist will collect both the percentage that corresponds to him of the phonogram in his capacity as performer, to be paid by the Record Label according to the recording agreement in force, and on the other hand, the percentage of the composition, to be paid by the Music Publisher, according to the publishing agreement in force. (Towse, 2017).

6. THE CONCERTS AND THE TRADEMARK AS AN INDUSTRIAL PROPERTY ASSET

Concerts and live performances are usually negotiated itself separately from the Record Label contract and also represents the main source of income for the artist. Generally, the Record Label will want to organize a tour to promote the album it has produced for the artist, usually distributing the profits more generously to the artist. Off-tour concerts usually have a different distribution - often even free to the artist - in that it is usually the artist's manager and not the Record Label that has secured them.

As mentioned above, "360 contracts" have proliferated and circulate with a certain regularity, whereby the Record Label will also act as Music Publisher and will even organize the artist's concerts and manage his image rights (Garzón Vicente & de Lacalle Baigorri, 2008) This is an element to be taken into account, which may modify the distributions and profits associated with concerts and live performances in favor of the artist.

In line with the above, it is important, with respect to the issue of concerts, to briefly discuss the famous clause to avoid re-recordings. We must bear in mind that there

is a transfer of rights of the composition on the phonogram inasmuch as such intellectual property asset is being performed and recorded. Thus, the Record Label requires (i) the performer and (ii) the composers (who may be the same person) not to perform and record again the same composition, since it would result in a new phonogram exactly identical to the one owned by the Record Label.

A very famous case with respect to the anti-recording clauses is that of the singer Taylor Swift, who is the exclusive owner of her compositions and, according to press reports, would not be contractually obliged not to "re-record" her compositions, so she has devoted herself to generate new phonograms of her compositions, thus generating two practically identical phonograms, one the original of the Record Label and another new re-recorded phonogram that she can market exactly the same way as the original property of the Record Label.

Thus, except in cases where the artist can negotiate it, the Record Label will prohibit the artist to re-record his composition, for that reason, recording a concert would imply the creation of a new phonogram thus violating the rights acquired by the Record Label. Due to this circumstance, in order to prevent the artist from not being able to promote his concerts and live performances, this exception is allowed under certain conditions, such as not exploiting the recording of a concert as if it were a new phonogram, since the Record Label could lose income as a result of such practice.

The more complex contracts usually allow such re-recording under certain economic conditions that imply a profit sharing with the Record Label and limitations for commercial exploitation.

Now, the main question is: how does the artist tour in concert? The trademark under which concerts, phonograms, merchandising and even video clips are commercially exploited, unlike the phonogram itself, does not constitute an intellectual property asset, but an industrial property asset, which implies, as we saw above, that it does not belong to the artist from the moment he comes up with a catchy name, but requires a mandatory registration at the corresponding national industrial property office, for the purpose of issuing a title deed to that effect.

Thus, the ownership of the trade name by which the artist is known to the public will always be (i) a matter of tension with the Record Label and (ii) a matter to be contractually discussed between both parties. In the first place, the Record Label will want, as far as possible, to be the owner of the artist's trade name before the corresponding

registry, since such an assumption would be a real sentence for the artist, who will not be able to tour commercially without the Record Label's permission nor sell merchandising on his own account associated with his trade name.

Therefore, in an eventual advice to the artist, the importance of the ownership of the trade name by which he is known to the public must always and at all times be kept in mind. The trade name, of course, may be licensed to the Record Label for limited use in certain respects, but owning your own trade name allows a freedom of negotiation that is logically beneficial to the interests of the artist.

On the contrary, if it is not possible for the Record Label to obtain the ownership of the trademark of the artist, what will be sought is to obtain a permit for exclusive its use, for the maximum term recognized by law, being that, in practice, the registration is thus rendered unusable for any third party other than the record label itself.

The reality tends to be a wide range of average terms that will depend on the weight of each party in the negotiation, with special mention to the need of private agreements of use and management of trademark for the musical groups of several components, as long as part of such group cannot split and continue using the trademark, due to the evident risk for the public, who does not know who will play in a certain concert with certainty.

In any case, in view of the negotiations regarding the ownership of the trademark or trade name, eventual licenses associated with it and in general, the exploitation of the artist's trade name, we must take into account two key elements: the first is that trademark registrations do not operate on a global extensive basis, but are protected by sectors of activity (World Intellectual Property Organization, 2002), so that an artist may have his trademark protected in sector 41 (musical services) but unprotected in merchandising, which generates the need for a systematic review of the commercial exploitation intended to be made on his work and adapt the corresponding protection according to the provisions of the Nice classification itself.

7. THE DISTRIBUTION AGREEMENT: FROM CD TO SPOTIFY AND APPLE MUSIC

After reviewing the role of the Record Label and the Music Publisher in the exploitation of the two main products associated in the music industry, composition and phonogram, it remains to answer one last question: How does the phonogram reach the

radio and streaming and music download platforms? The answer is simple, in the same way that CDs were reached the music store: through the Distributor. (Kronenberg, 2018).

The distribution agreement is another of the great forgotten issues when trying to explain how the music industry works. Using an analogy, it can be said that the Distributor is to the Record Label what the Music Publisher is to the artist. Therefore, the Distributor will be responsible for disseminating the phonogram as much as possible, not only by making it available to the public on platforms but, for example, by creating promoted playlists, encouraging its use in radio, movies and video games, as well as working in the market of new Apps such as *TikTok* and social networks such as *Instagram* or *Twitter*, which must also pay the corresponding royalties or rights for the use of phonograms if they allow users to accompany a song to their personal publication. (Dimont, 2018).

Thus, the referred distribution agreement is not signed between the artist and the distributor, but between the Record Label that owns the phonogram and the Distributor, which will be responsible, in addition to promoting the use and reproduction of the phonogram, for collecting royalties both exclusive of the phonogram and those shared with the composition. Thus, the Music Publisher collects for the artist and the Distributor collects for the Record Label.

In recent times we have seen a clear and evident change of trend on the part of music Distributors, who have stopped focusing on reaching the maximum possible number of physical stores for the sale of CDs and have begun to promote digital marketing actions. The origin of this circumstance is clear, right now a challenge on the *TikTok* platform using a certain phonogram that reaches thousands of users generates much more revenue for the Record Label than the sale of a few hundred CDs and does not require any physical distribution, so it also reduces costs.

It is also very common for certain Record Labels to act as their own distributors, although this option is only allowed to the largest and most recognized entities, since radio stations and music platforms do not work directly with artists or medium-sized Record Labels. Only the possibility of attracting millions and millions of visits by having a highly profitable music repository forces these companies to negotiate directly with certain Record Labels, bypassing traditional Distributors. This would be the case of Sony Music and Universal Music, which also sometimes act not only as their own Distributors, but also as Music Publishers of their signed artists through a *360 contract*.

Thus, just as there are different types of recording and publishing agreements, there are also some variants of music distribution contracts. In any case, for economy of space and clarity, we will focus on two basic formats:

- (I) *Distribution with assignment of rights*: The Record Label assigns the corresponding rights related to the phonogram just after the original assignment of the artists in the production of the said phonogram. Therefore, it will be the Distributor who, as new owner of the phonogram, will promote its use and collect the corresponding royalties, paying to the Record Label its share and the latter in turn to the performing artist as agreed in the recording contract.
- (II) *Distribution without assignment of rights*: The Record Label maintains its rights and the distributor will act as a mere contractor for the purpose of promoting and distribute the phonogram to all possible markets and public, collecting the corresponding royalties to the Record Label, the latter then meeting its obligations with respect to the variable agreed with the performing artist.

In any case, the figure of the distributor is in a state of transformation for essentially two reasons (i) the entry into the market of highly competitive independent entities such as *Distrokid* or *CD Baby* that allow multiple independent artists to publish their phonograms on online platforms and directly collect royalties and rights without the need of any Record Label and (ii) by the aforementioned *360 contracts* offered lately by the Record Label's that prefer to expand their workload by assuming the distribution rather than sharing a significant percentage of their royalties with a third entity.

Therefore, the evolution concerning the Distributors can be divided into three main situations: (i) The traditional Distributor that is trying to adapt to new technologies, abandoning the traditional distribution of CDs in which it had a great experience. (ii) Record Labels are trying to specialize and offer distribution services in order to maintain a higher percentage of profits. Finally (iii) the artist will try to distribute his music independently, also trying to maintain a higher percentage of his profits.

CONCLUSIONS

By virtue of all the above, we can conclude that the commercial exploitation of music is based on the collaboration and agreement between (i) Producers, which would be artists in general, whatever their condition (composers or performer) and (ii) Marketers, which would essentially be Music Publishers, Record Labels and Distributors. Both parties, Producers and Marketers must co-exist and reach agreements in order to be able to do business in the music industry.

That said, the fact that the main part of the royalties to be collected today are essentially (i) public performance and (ii) reproduction and downloading of original music over the Internet instead of outdated physical sale in CD format, calls into question the need and existence of the original Marketers, because an artist, in the 90s, could not afford a recording studio and a sound engineer, much less produce and distribute CDs, but in 2021 an artist can record, self-publish and manage his own royalties over the Internet.

Thus, this complex tangle of interests in terms of musical exploitation is tending to be simplified, since the artist is acquiring much more weight in the negotiations for the exploitation of his work, knowing that, through an independent Distributor and a rights management society with international collection capacity, it is possible to substitute the Record Label and the Music Publisher. Therefore, there is a necessity to offer added value, additional services and in general, better conditions to the artists, and this is essentially the nature of the new ‘*360 contracts*’ mentioned before.

Nowadays, record agreements tend to include management services such as concert organization and image rights management, while publishing agreements increasingly cede part of the rights of the composition to the artist, using the *Publishing Administration Agreement* modality, previously analyzed, which allows artists to retain the control of their music. Likewise, Distributors are increasingly offering services to increase engagement with fans, facing independent platforms that offer distribution packs to the main Apps and digital platforms at low prices.

In conclusion, the commercial exploitation of music is changing, and it can be said that the artist, thanks to the digitization of music and the consequent simplification of music distribution and collection of royalties, is living a true golden age.

BIBLIOGRAPHY

Belloso, M. N., Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites. In: Mata y Martín, R., (dir.) *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, Editorial La Ley, 2011, p. 2 – 6.

Boletín Oficial del Estado, Real Decreto 3082/1978, de 10 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Sociedad General de Autores de España. Available in: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-44>. Last revision: 04 dic. 2021.

Boletín Oficial del Estado, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Available in: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-44>. Last revision: 04 dic. 2021.

Caballero Trenado, L., Sampling y comunicación pública. In: *Actualidad Administrativa*, Editorial Wolters Kluwer, n.º 6, 2021, p. 10 – 13.

De Dios, M. J., & Cuadrado, G. M. Eficiencia del derecho de autor en las industrias culturales: un estudio empírico en el sector discográfico. In: *Revista Aranzadi de derecho del deporte y entretenimiento*, n.º 27, 2009, p. 473 – 486.

Diario Oficial de la Unión Europea, DIRECTIVA (UE) 2016/943 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícita. Available in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=celex:32016L0943>. Last revision: 02 dic. 2021.

Dimont, J., Royalty Inequity: Why music Streaming Services Should Switch to a Per-Subscriber Mode. In: *Hastings Law Journal*, 2018, p. 676 – 678.

Duro, C., Comentario a la circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003. In: *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 18, 2006, p. 11 – 12.

Echebarría, S. J., Entidades de gestión de derechos de autor y transparencia. In: *La propiedad intelectual en la era digital*, 13 - 17. In: Mata y Martín, R., (dir.) *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, Editorial La Ley, 2011, p. 129 – 171.

Gallego, Garcia, R., Sincronización musical y publicidad. Musical synchronization & advertising. In: *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 47, 2015, p. 213 – 230.

García - Trelles Fernandez, C., Transformaciones en la propiedad intelectual. Una aproximación al estudio de la obra derivada musical. In: *La Ley Mercantil*, Editorial Wolters Kluwer, 2020, p. 5 – 7.

Garzón Vicente, A., & de Lacalle Baigorri, Í., La cesión de los derechos de imagen de los artistas en los contratos discográficos como consecuencia de la crisis discográfica. In: *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 2008, p. 5 – 8.

World Intellectual Property Organization, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Art. 10. Available in:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf. Last revision: 03 dic. 2021.

Heredia Cervantes, I., Competencia judicial internacional y derechos morales de propiedad intelectual. In: *Diario La Ley*, Editorial Wolters Kluwer, 2014, p. 8 – 9.

Huginin, M., ASCAP, BMI and the democratization of American Popular Music. In: *Popular Music and Society*, 1979, p. 8 – 17.

Jiménez Serranía, V., Reflexiones en torno a la distribución en línea de contenidos digitales. In: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 23, 2010, p. 14 – 17.

Kronenberg, S., Royalty Rates and Exclusive Releases Threaten Music Streaming. In: *California Interdisciplinary Law Journal*, 2017.

Lloria García, P. La protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del CP de 2015. In: *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Editorial Wolters Kluwer, n.º 121, 2016, p. 8 – 12.

World Intellectual Property Organization, Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, Art. 4. Available in: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/>. Last revision: 01 dic. 2021.

World Intellectual Property Organization, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Available in: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>. Last revision: 01 dic. 2021.

World Intellectual Property Organization, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Art. 6.1. Available in: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>. Last revision: 01 dic. 2021.

World Intellectual Property Organization, Paris Convention for the Protection of Industrial Property. Available in: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>. Last revision: 01 dic. 2021.

World Trade Organization, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs). Available in: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trips_e.htm. Last revision: 03 dic. 2021.

Piñol Espasa, J. A., El registro de la propiedad intelectual. In: Palau Ramirez, F. & Palao Moreno, G. (dirs.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Tirant lo Blanch, 2017, p. 1649 – 1662.

Pipaón Pulido, J., Aspectos generales de la propiedad intelectual. El autor y el titular, la obra asalariada y la Administración como empresario. In: *Diario La Ley*, Editorial Wolters Kluwer, 2010, p. 11 – 13.

Price, J. The definitive guide to spotify royalties, 2020. Available in: <https://vi.be/files/research/the-definitive-guide-to-spotify-royalties-by-jeff-price-3.pdf>. Last revision: 02. Dic. 2021.

Ruz, F., El control de las entidades de gestión colectiva por la Comisión de Propiedad Intelectual ¿Una caja de sorpresas?. In: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2015, p. 4 – 6.

Schoonmaker, H. Mechanical Vs. Performance Royalties, Songtrust, 2018. Available in: <https://blog.songtrust.com/mechanical-vs-performance-royalties>. Last revision: 03 dic. 2021.

Towse, R., Economics of music publishing: copyright and the market, In: Journal of Cultural Economics, 2017, p. 403 – 420.

A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA ERA DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO: AS RELAÇÕES JUSLABORAIS E AS REDES SOCIAIS

Solange Ferreira Lajoso¹

RESUMO: A expansão das novas tecnologias e do uso das redes sociais veio reavivar a problemática inerente ao conflito de direitos fundamentais na relação laboral, de tal forma que se trata de um assunto na atual ordem de trabalhos do Parlamento Europeu. Por um lado, os direitos do trabalhador em expressar o seu pensamento nas redes sociais, assim como o seu direito à vida privada. Por outro, os direitos do empregador de propriedade e gestão da empresa e de ser tratado com respeito e urbanidade. O objeto deste estudo são as publicações efetuadas pelos trabalhadores, através do seu perfil privado nas redes sociais. O que se pretende é estudar se os trabalhadores podem publicar tudo o que lhes aprouver, com referência ao empregador, aos colegas de trabalho e/ou aos assuntos laborais. Nos direitos de personalidade dos trabalhadores elencam-se os direitos à liberdade de expressão e à reserva da vida íntima e privada. Tais preceitos dispõem-se nos artigos 26.º e 37.º da Constituição da República Portuguesa, 27.º, 70.º e 80.º do Código Civil e 14.º e 16.º do Código do Trabalho. Porém, o empregador também goza de direitos constitucionalmente protegidos: o princípio da livre iniciativa económica e a liberdade de organização da empresa, garantidos nos artigos 61.º, 80.º e 86.º, respetivamente. Numa sociedade coartada pelos valores éticos de cidadania, nas relações juslaborais impõem-se os deveres de respeito e de tratamento urbano inerentes às relações civis, conforme se elenca nos artigos 127.º e 128.º do Código do Trabalho. A metodologia usada nesta investigação foi o estudo da doutrina, das disposições legais a nível nacional e europeu, bem como da jurisprudência portuguesa e de casos internacionais referenciados no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Para dirimir tal problemática, importa ponderar a extensão em que os direitos de ambas as partes colidem com o “normal funcionamento da empresa” e, outrossim, qual o conteúdo considerado de interesse superior e em que medida é que tais direitos deverão ser limitados, em consonância com o artigo 18.º da Lei Fundamental.

Palavras-chave: Redes sociais; liberdade de expressão; privacidade; normal funcionamento da empresa; conflito de direitos fundamentais.

ABSTRACT: New technologies' expansion and the use of social networks has revived the problem of the fundamental rights' conflict in the employment relationship, in such a way that it is an issue on the current agenda of the European Parliament. On one hand, workers' rights to express their thoughts on social media, as well as their right to private life. On the other hand, the employer's rights to own and manage the company and to be treated with respect and urbanity. The object of this study is the publications made by workers, through their private profile on social networks. The aim is to study whether workers can publish whatever they like, with reference to the employer, co-workers and/or labor matters.

Workers' personality rights include the rights to freedom of speech and opinion, as well as the reservation of intimate and private life. Such precepts are provided for in articles 26th and 37th of the Portuguese Republic Constitution, 27th, 70th, 80th of the Civil Code and 14th and 16th of the Labor Code. However, the employer also enjoys constitutionally protected rights: the principle of free economic initiative and the freedom of organization of the company, guaranteed in articles 61st, 80th and 86th, respectively. In a society constrained by the ethical values of citizenship, labor relations impose the duties of respect and urban treatment inherent to civil relations, as listed in articles 127th and 128th of the Labor Code.

The methodology used in this investigation was the study of doctrine, th national and European Law, as well as Portuguese jurisprudence and international cases referred in the European Court of Human Rights. To resolve this issue, it is important to consider the extent to which the rights of both parties collide with the "normal operation of the company" and, likewise, what content is

¹ Doutoranda no Programa de Ordenación Xurídica do Mercado da Universidade de Vigo, Espanha. Linha de investigação Dereito do Trabajo e da Seguridad Social. E-mail: solange_lajoso@hotmail.com.

considered to be the superior interest and to what extent such rights should be limited, as mentioned in article 18th of the Constitution.

Keywords: Social networks; liberty of expression; privacy; business' normal functioning; fundamental rights' conflict.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

É inegável o contributo impulsionado pelas redes sociais, num mundo em constante evolução tecnológica e digital. O recurso às plataformas sociais - por exemplo, o *Facebook*, promoveu profundas alterações no tecido económico e empresarial, tendo transformado as feições da realidade laboral e o modo de viver dos cidadãos. O objeto deste estudo é averiguar se os trabalhadores podem fazer publicações referentes ao seu empregador nas redes sociais, através do seu perfil privado. E, em caso afirmativo, se pode manifestar a sua opinião livremente, mostrar desagrado ou tecer críticas relativamente a assuntos da empresa.

Em 2011, a Organização da Nações Unidas (ONU) incluiu o direito à *Internet* como um dos direitos humanos atuais, enfatizando a importância das novas tecnologias e manifestou especial preocupação quanto ao direito à liberdade de expressão e às políticas de privacidade dos utilizadores das redes sociais, cuja proteção deve constar do quadro normativo de cada país². Em 25-03-2020, a Comissão Europeia pronunciou-se na Comunicação ao Parlamento Europeu (PE) e ao Conselho, tendo estabelecido o Plano de Ação para o período compreendido entre 2020 a 2024³, onde se pode ler que “as novas tecnologias (...) estão na linha da frente, suscitando oportunidades, mas também ameaças”.

No plano nacional, o governo homologou o Plano de Ação para a Transição Digital de Portugal em 05-03-2020, onde refere: “A digitalização é uma realidade incontornável no mundo de hoje, materializada numa sociedade e economia cada vez mais assentes na ciência, no desenvolvimento tecnológico e na inovação. Assim, de forma a aproveitar o potencial transformador do digital para a promoção de uma nova era, tem-se verificado um forte investimento a nível europeu no domínio digital”⁴.

² Disponível em https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (acedido a 01-10-2021). Ver o Projeto de Lei 1217/XIII/4.^a (PS) Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, e a Nota Técnica referente à autonomia do utilizador das redes digitais para efeitos do exercício dos seus direitos fundamentais, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c304e505453387851304644524578484c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764e3256685aba557a4f5745745a6a5135597930304e446c684c546b774f4445744f546c694f54686b4e445a69595749354c6e426b5a673d3d&fich=7eaf539a-f49c-449a-9081-99b98d46bab9.pdf&Inline=true> (acedido a 15-10-2121).

³ Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020JC0005&from=EN> (acedido a 15-10-2021).

⁴ Disponível em <https://www.portugal.gov.pt/gc22/portugal-digital/plano-de-acao-para-a-transicao-digital-pdf.aspx> (acedido a 01-10-2021).

O legislador português reconheceu a importância de tutelar os direitos de personalidade dos trabalhadores, reforçando a regulamentação legal já existente, nos artigos 26 (reserva da vida privada) e 37 (liberdade de expressão) da Constituição da República Portuguesa (CRP), 27, 70 e 80 do Código Civil (CC) e 14 e 16 do Código do Trabalho (CT). Porém, também o empregador goza de direitos constitucionalmente protegidos - o princípio da livre iniciativa económica e da liberdade de organização da empresa, garantidos nos artigos 61, 80 e 86 - e os poderes diretivo e disciplinar, dispostos nos artigos 97 e 98 da legislação laboral.

É entendimento unânime que na execução do contrato de trabalho, a personalidade do trabalhador se expõe a ameaças resultantes do reflexo da assimetria de poderes subjacente às relações jurlaborais e, outrossim, devido à profundidade do seu envolvimento enquanto indivíduo. A pessoa enquanto trabalhadora não é dissociável da pessoa enquanto cidadã. Apesar destes direitos serem conferidos constitucionalmente, não são ilimitados, afigurando-se perentório que por vezes hajam cedências. Tal pretensão fundamenta-se pelo facto de que, independentemente da categoria profissional ou da posição contratualmente outorgada, os trabalhadores (assim como o empregador), além de sujeitos profissionais também são cidadãos.

O contrato de trabalho típico visa a criação de laços que proporcionem uma relação duradoura, pautada por vetores éticos e morais como a boa-fé. Os deveres de lealdade, respeito e urbanidade impõem-se bilateralmente, aplicando-se os dispostos nos artigos 127 e 128 do CT, que se enunciam algumas diretrizes. Os preceitos decorrentes das relações civis igualmente se exigem aqui, como o direito ao trabalho em condições dignificantes, reforçado constitucionalmente nos direitos dos trabalhadores dispostos no artigo 59º.

Contrapõem-se assim, os direitos do trabalhador enquanto cidadão e do empregador, enquanto detentor da organização⁵. A questão basilar que subjaz a esta problemática é perceber até onde é que cada um dos outorgantes deve ceder parte dos

⁵ O Professor Lobo Xavier explica que: “o empregador não pode, em matéria que contenda com direitos fundamentais dos trabalhadores, fazer tudo aquilo que entender (...) apenas poderá determinar as limitações desses mesmos direitos que forem fundamentadas na prossecução de um interesse constitucionalmente garantido”. Ver Bernardo Xavier et al., “Manual de Direito do Trabalho (2.ª edição)”, Verbo Editora, 2014, pp. 284 – 291.

Nesta matéria, Machado Dray: “Através de um princípio de proporcionalidade na sua tripla dimensão de necessidade (de salvaguardar a correta execução do contrato), de adequação (entre o objetivo a alcançar com a limitação e o nível desta) e de proibição do excesso (devendo a restrição ser a menor possível, em função da finalidade a ser alcançada com a sua imposição).” Este autor explica que o “dever de lealdade” do trabalhador (que classifica como “genérico” e “irrestrito”), muitas vezes é o fundamento conseguido para limitar a liberdade do mesmo. E defende que o dever de lealdade não deve ultrapassar a “lealdade ao contrato”. Ver Guilherme Dray, “Justa causa e esfera privada in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho (Coordenação Pedro Romano Martinez) - Volume II (Justa causa de despedimento)”, Livraria Almedina, 2001, pp. 152 – 156.

seus direitos. Em que medida é que o trabalhador não deve usufruir do gozo pleno da liberdade de expressão e da reserva da vida privada. Que legitimidade tem o empregador para agir disciplinarmente com base nas publicações das redes sociais dos trabalhadores. Por fim, se tais publicações se enquadram na proteção da reserva da vida íntima e privada.

2. ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO

No ordenamento jurídico português, em 2003, com a ratificação da Lei de Trabalho, promulgou-se a inclusão dos direitos de personalidade dos trabalhadores no CT. Este diploma legal, consagra a subsecção II dedicada a esta matéria. Segundo a doutrina portuguesa, estes direitos do trabalhador são aqueles que se encontram mais predispostos a intrusões, devido à posição de supremacia do empregador e à assimetria do circunstancialismo inerente às relações juslaborais hodiernas⁶. O objeto deste estudo pode ser interpretado de duas formas: por um lado, como sendo referente à liberdade que os cidadãos têm de exprimir livremente os seus pensamentos e opiniões. Por outro, o direito a que todos os indivíduos têm de reserva da sua intimidade e da sua vida privada. Nos direitos de personalidade ao abrigo da Lei de Trabalho, observa-se no artigo 14 - Liberdade de expressão e de opinião e o artigo 16 - Reserva da intimidade da vida privada.

A liberdade de expressão, encontra-se ratificada pela Lei Fundamental, no n.º 1 do artigo 37 e é caracterizada como o direito a que todos os cidadãos têm de “exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio”⁷. A Lei prossegue e no ponto n.º 2 refere que este direito “não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”. Tal preceito é reforçado no artigo 14 do CT: “o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento”. Este direito encontra-se intimamente relacionado com a liberdade de pensamento e com o direito a ser informado.

O direito à liberdade de expressão e de opinião dispõe-se no art.º 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que o confere a todos os cidadãos⁸. Relativamente a este, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) pronunciou-se

⁶ Ver António Cordeiro, “O respeito pela esfera privada do trabalhador in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho (memórias)”, Livraria Almedina, 1998, pp. 16 – 36; David Festas, “O Direito à Reserva da Intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho”, Revista da Ordem dos Advogados, 2004, p. 380; Júlio Gomes, “Manual de Direito do Trabalho. Coimbra Editora, Volume I (Relações individuais de trabalho)”, 2007, p. 162.

⁷ O direito à liberdade de expressão encontra-se intimamente relacionado com o direito à informação, conforme conclui o referido ponto: “bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”.

⁸ [https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/11-liberdade-de-expressao-e-de-informacaoArtigo 11.o - Liberdade de expressão e de informação](https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/11-liberdade-de-expressao-e-de-informacaoArtigo%2011.o%20-%20Liberdade%20de%20expressao%20e%20de%20informacao)

no caso *Bărbulescu versus Romania*⁹, processo 61497/08 de 12-01-2016, onde esclareceu que o direito à liberdade de expressão se relaciona com o direito a estar informado e que, neste seguimento, devido à expansão dos meios de comunicação e à quantidade de informação disponibilizada através da *Internet*, todos os cidadãos devem ter acesso a este meio. A este propósito, o entendimento do Tribunal Constitucional (TC) francês foi tomado como referência, quando no processo 2009/580 datado de 10-06-2009 proclamou que: “the expression of ideas and opinions, this right (to freedom of expression) implies freedom to access such services”¹⁰. No referido aresto, ainda que a interpretação adotada visasse proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, o Tribunal a quo remete para o artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “The free communication of ideas and opinions is one of the most precious rights of man. Every citizen may thus speak, write and publish freely, except when such freedom is misused in cases determined by Law”¹¹.

Neste sentido, no Relatório Especial para a promoção e a proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão A/67/357 da ONU, documento datado de 07-09-2012 enfoca-se a especial preocupação com o discurso de incentivo ao ódio exacerbado através da *Internet* e cuja difusão é massificada pelas redes sociais¹². Também o PE, em Comunicado à imprensa datado de 26-11-2020¹³ demonstrou especial inquietação no que concerne à deterioração dos direitos humanos, entre eles, o direito à liberdade de expressão. Este ano, também num Comunicado à imprensa, datado de 10-02-2021 reiterou-se a questão do esfacelamento dos direitos fundamentais como resultado da utilização das novas tecnologias e da *Internet*, nomeadamente, pela crescente aplicação das mesmas como ferramentas de trabalho. Na ordem de trabalhos apresentada podemos ler: “A falsa dicotomia entre as esferas online e offline, e a necessidade de regras que cubram todos os aspetos da vida”¹⁴.

⁹

Disponível

em

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22facebook%20and%20labour%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-159906%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22facebook%20and%20labour%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-159906%22]}) (acedido a 10-10-2021).

¹⁰ “A expressão de ideias e de opiniões, o direito à liberdade de expressão, implica liberdade de acesso a tais serviços (Internet)” (tradução da autora). Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2009/2009580DC.htm> (acedido a 10-10-2021).

¹¹ “A livre comunicação de ideias e de opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem. Cada cidadão deve, portanto, falar, escrever e publicar livremente, exceto quando tal liberdade for considerada um abuso, nos casos determinados pela Lei” (tradução da autora).

¹² Documento disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/67/357> (acedido a 01-11-2021).

¹³ Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20201120IPR92131/meps-warn-of-deteriorating-fundamental-rights-in-the-eu> (acedido a 01-11-2021).

¹⁴ Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20210204IPR97120/regular-as-plataformas-de-redes-sociais-para-defender-a-democracia> (acedido a 01-11-2021).

Conforme se pode afigurar a temática das redes sociais e da liberdade de expressão tem sido objeto debatido na atualidade, por vários países. Em Espanha, por exemplo, um dos mais referenciados autores da doutrina espanhola nos estudos juslaborais Cristóbal Navarrete¹⁵, destaca as novas modalidades da violência psicológica e do assédio moral no trabalho. No seu estudo, atribui especial pertinência ao *cyberbullying*¹⁶, tendência que foi devidamente esclarecida na reportagem “Redes sociales: cuando compartir es humillar¹⁷”. Neste sentido, destaca-se o Convénio C190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em que se referiram vários pontos de especial incidência para o progresso do trabalho em condições dignificantes e no combate às várias formas de violência “mediante las comunicaciones por medio de tecnologia digital y relacionadas com el trabajo”¹⁸.

Por fim, o direito à liberdade de expressão reflete-se, *in casu*, como o direito de um indivíduo não ser impedido de se exprimir e de manifestar a sua opinião ou pensamento. Neste sentido, o trabalhador não pode ser coagido a não expressar livremente as suas convicções e ideologias. Porém, a livre expressão do mesmo não pode colidir com os direitos de personalidade de terceiros que se relacionem com a empresa, de outros trabalhadores e até do empregador, uma vez que todos estes sujeitos são igualmente detentores de tais direitos, cuja salvaguarda também merecem.

Em adenda, subjacente a esta problemática, encontra-se também o direito à reserva da vida privada, também garantido pela CRP, no seu artigo 26 e analogamente outorgado pelo CT, no seu artigo 16, em que se restringe quer o acesso aos dados da vida privada do trabalhador, quer a sua divulgação, conforme decorre da leitura dos seus pontos 1 e 2¹⁹. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada encontra-se consagrado no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948 estatui: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e

¹⁵ Ver Cristóbal Navarrete, “El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas”, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 17-73.

¹⁶ Violência psicológica ou assédio moral consubstanciado através da *Internet* e das redes sociais.

¹⁷ Disponível em https://elpais.com/elpais/2019/06/14/ideas/1560533971_274766.html (acedido a 23-08-2021).

¹⁸ O referido Convénio dispôs, igualmente, acerca da necessidade de atualização do conceito de *cyberbullying*: “(...) la singularidad del medio produciría, -llega de forma inmediata a un número masivo de personas”. Tradução: “A singularidade do meio de produzi-la – chega de forma imediata a um número massivo de pessoas” (Tradução da autora).

Ver Cristóbal Navarrete, “El ciberacoso en el trabajo : cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas”, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 73, 74. Convénio disponível na íntegra em https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:3999810,en (acedido a 05-02-2021).

¹⁹ “1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. 2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes (...)”.

reputação. Contra tais intromissões ou ataques, a pessoa tem direito à proteção da lei”. O artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, também declara que todos os cidadãos têm direito ao respeito pela sua vida íntima e familiar, sendo este um dos direitos fundamentais de todos os cidadãos europeus.

Igualmente importante, neste seguimento, é o facto de que o trabalhador mantém o dever de respeito e de urbanidade pelos demais, uma vez que se trata de um dever de cidadania, conforme se dispõe nos artigos 127 e 128 do CT. Além disso, não lhe é legitimado que adote condutas suscetíveis de causar ameaça ao “normal funcionamento da mesma”, nem de incentivar à desordem.

Ora, da mesma forma que ao trabalhador lhe são outorgadas garantias, o empregador também dispõe de poderes que apenas a si lhe são conferidos²⁰.

Neste ponto, importa salientar que o preceito “normal funcionamento da empresa” é claramente expresso pela tutela²¹, apesar de se encontrar impregnado de especial subjetividade. Assim, conforme o enunciado na Lei Fundamental, a limitação das liberdades deve “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Segundo a doutrina, estas limitações tão vagas tornam o gozo pleno destes direitos, dotado de particular permeabilidade relativamente aos abusos por parte do empregador²².

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS DIREITOS E DEVERES GERAIS DAS PARTES

Existem deveres e obrigações gerais, cujo conteúdo deve ser apreciado por ambas as partes, surgindo como reflexo do dever de agir segundo os ditames da boa-fé. Nomeadamente, o dever de lealdade entre as partes, cuja pretensão é que a relação se funda e desenvolva baseada em valores como a confiança, a urbanidade, o zelo e a diligência. O dever de respeito e probidade do trabalhador observa-se no artigo 128, n.º

²⁰ Ver Rui Assis, “O poder de direcção do empregador - Configuração geral e problemas actuais”, Coimbra Editora, 2005, p. 16, 36; António Cordeiro, “Manual de Direito do Trabalho. Livraria Almedina, 1999, p. 115, 238, 239, 535, 632, 658, 659. Fernandes, A. (2014). *Direito do Trabalho* (17.ª edição)”, Edições Almedina, 237, 254, 255, 264, 516; Júlio Gomes, “Manual de Direito do Trabalho. Coimbra Editora, Volume I (Relações individuais de trabalho)”, 2007, p. 215, 216; Luís Leitão, “Direito do Trabalho”, Edições Almedina, 2008, p. 163, 211, 339, 363, 364, 631; Pedro Martínez, “Direito do Trabalho. (7.ª edição)”, Edições Almedina, 2015, p. 139, 211, 361, 362, 416, 629, 632; Maria Rosário Ramalho, “Direito do Trabalho – Parte I”, Edições Almedina, 2005, pp. 310 – 313; Paula Quintas & Hélder Quintas, “Código do Trabalho - Anotado e comentado (5.ª edição)”, Almedina, 2007, p. 433; Maria Ramalho, “Direito do Trabalho. Edições Almedina - Parte II”, 2006, pp. 535 – 659; Maria Silva, “Infracção disciplinar do trabalhador (Parecer)”, Coleção Scientia Iuridica, Livraria Cruz – Braga, 1981, pp. 5 – 8; Bernardo Xavier et al., “Manual de Direito do Trabalho (2.ª edição)”, Verbo Editora, 2014, p. 297, 413, 417, 438.

²¹ Ver José Abrantes, “Estudos sobre o Código do Trabalho (o Código do Trabalho e a Constituição; O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade; A mobilidade dos trabalhadores no Código do Trabalho; A greve no Código do trabalho)”, Coimbra Editora, 2004, p. 45 e ss; Maria Rosário Ramalho, “Estudos de Direito do Trabalho - Volume I”, Livraria Almedina, 2003, pp. 175 – 177.

²² Ver Guilherme Dray, “Justa causa e esfera privada in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho (Coordenação Pedro Romano Martínez) - Volume II (Justa causa de despedimento)”, Livraria Almedina, 2001, p. 160; Júlio Gomes, “Manual de Direito do Trabalho. Coimbra Editora, Volume I (Relações individuais de trabalho)”, 2007, p. 272, 273.

1, alínea (al.) a) do CT e refere-se ao empregador, aos colegas e a terceiros que se relacionem com a organização. Também ao empregador lhe é exigido este dever consoante a al. a) do n.º 1 do artigo 127 do CT, preceito decorrente dos deveres gerais de cidadania que se impõem numa coletividade pautada pela paz social.

Estes deveres acessórios autónomos não se referem somente a aspetos de execução laboral, sendo exigível a sua verificação fora deste contexto. O dever de tratar o empregador de forma cordata e urbana mantém-se além das funções profissionais²³.

Por fim, o poder diretivo surge como consequência do princípio de liberdade da empresa ou princípio de livre iniciativa económica, consagrado na CRP nos artigos 61, n.º 1 da CRP e 80, al.) c), em conjugação com o disposto no n.º 1 do seu artigo 86. Na ordem jurídica social, este preceito encontra-se elencado no artigo 97 do CT. Além deste, o poder disciplinar dispõe-se no artigo 98 e traduz-se na faculdade que o empregador tem de aplicar sanções com a pretensão de coagir condutas desadequadas ou contrária aos interesses da empresa, de forma a poder agir no caso de incumprimento ilegítimo por parte dos seus subordinados²⁴. Os poderes conferidos à entidade patronal, apresentam como objetivo último, proteger o empregador de atuações danosas contra outros trabalhadores, contra terceiros que se relacionem com a empresa e, inclusive, contra ele mesmo, obrigando os trabalhadores ao cumprimento das tarefas outorgadas contratualmente.

4. A EFICÁCIA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A SUA LIMITAÇÃO

Na feliz expressão dos autores da doutrina portuguesa Gomes Canotilho e Vital Moreira²⁵ “todo o direito é necessariamente limitado”. Por conseguinte, existem exceções

²³ Neste sentido, Romano Martinez, acrescenta: “viola o dever de urbanidade o trabalhador que, num domingo – dia de descanso semanal - insulta o patrão que encontra ocasionalmente na rua”. Ver Pedro Martinez, “Direito do Trabalho. (7.ª edição)”, Edições Almedina, 2015, p. 504.

²⁴ Ver António Cordeiro, “Manual de Direito do Trabalho”, Livraria Almedina, 1999, p. 745, 746. António Fernandes, “Um Rumo para as Leis Laborais”, Almedina, 2002, pp. 24 – 55; Luís Leitão, “Direito do Trabalho”, Edições Almedina, 2008, p. 367, 368; Pedro Martinez, “Direito do Trabalho. (7.ª edição)”, Edições Almedina, 2015, p. 638; Maria Ramalho, “Sobre os Limites do Poder disciplinar Laboral” - I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - memórias (Coordenação Professor Doutor António Moreira) – Volume I, Livraria Almedina, 1998, p. 192, 193, 197, 198; Maria Ramalho, “Tratado de Direito do Trabalho. (5.ª edição) - Parte I (Dogmática Geral)”, Edições Almedina, 2012, pp. 449 – 454; Maria Silva, “O Tempo no Processo Disciplinar - I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - memórias (Coordenação Professor Doutor António Moreira) – Volume I”, Livraria Almedina, 1998, p. 231; Raúl Ventura, “Lições de Direito do Trabalho - Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura – Volume II”, Coimbra Editora, 2003, p. 577; Bernardo Xavier et al., “Manual de Direito do Trabalho (2.ª edição)”, Verbo Editora, 2014, pp. 220 – 240, 297, 427.

²⁵ Ver Gomes Canotilho & Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Artigos 1.º a 107.º (4.ª edição revista)”, Coimbra Editora, 2007, p. 225. Também neste sentido, os autores António Cordeiro, “O respeito pela esfera privada do trabalhador in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho (memórias)”, Livraria Almedina, 1998, pp. 35 – 164; Guilherme Dray, “Justa causa e esfera privada in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho (Coordenação Pedro Romano Martinez) - Volume II (Justa causa de despedimento)”, Livraria Almedina, 2001, p. 61; Júlio Gomes, “Novos estudos de Direito do Trabalho”, Coimbra Editora, 2010, p. 272, 273, 352, 353; Bernardo Xavier, “A Constituição, a tutela da dignidade e personalidade do trabalhador e a defesa do património genético. Uma reflexão - V Congresso Nacional de Direito do Trabalho - memórias (Coordenação Professor Doutor António Moreira, Colaboração Doutora Teresa Alexandra Coelho Moreira)”, 2003, Livraria Almedina, p.153, 286.

ao legítimo exercício dos direitos de personalidade dos trabalhadores que se encontram previstas legalmente.

A doutrina portuguesa assume um plano de concordância ao defender que estes direitos devem ser respeitados no local de trabalho, no entanto, não é devido ao argumento de que o trabalhador também é um cidadão que este se pode escusar das obrigações às quais que se vinculou contratualmente e por sua opção. Como referem estes autores, não pode acontecer que “alguém venha invocar direitos fundamentais para pretender desonerar-se da execução daquilo a que se obrigou por sua própria e livre vontade”²⁶.

A tutela dos direitos de personalidade dos trabalhadores não lhes confere direitos ilimitados e o mesmo acontece com a autonomia privada, que também tem que se sujeitar a limitações. Nas palavras do autor Menezes Cordeiro²⁷, “a submissão de um ser humano à direção e à disciplina de outro implica uma intromissão na esfera do primeiro”. A inviolabilidade dos direitos de personalidade dos trabalhadores justifica-se pelo facto de se encontrarem intrinsecamente relacionados com a dignidade humana. Assim, as exceções legalmente previstas visam um equilíbrio entre a tutela dos direitos assegurados às duas partes contraentes.

Estes direitos vinculam-se transversalmente às entidades públicas e às entidades privadas – eficácia horizontal²⁸ - em concordância com o artº 18º da CRP. A limitação dos mesmos somente se justifica quando é “necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos” e “que deva(m) considerar-se superior(es)” assim o exijam, nos termos do nº 2 do artº 18º da CRP²⁹, em conjugação com o disposto no artº 335º do CC³⁰. Esta premissa da Lei Fundamental é dotada de especial subjetividade, tratando-se de um conceito aberto, inacabado e impreciso. Ora, tal disposição implica a

²⁶ Ver Gomes Canotilho & Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Artigos 1.º a 107.º (4.ª edição revista)”, Coimbra Editora, 2007, pp. 110 - 112.

²⁷ “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Para mais esclarecimentos, Ver António Cordeiro, “O respeito pela esfera privada do trabalhador in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho (memórias)”, Livraria Almedina, 1998, pp. 20 – 30, 39; Guilherme Dray, “Justa causa e esfera privada in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho (Coordenação Pedro Romano Martinez) - Volume II (Justa causa de despedimento)”, Livraria Almedina, 2001, p. 147, 158.

²⁸ Ver José Abrantes, “O Código do Trabalho e a Constituição - VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - memórias (Volume VI)”, Livraria Almedina, 2004, p. 114, 162; Gomes Canotilho & Vital Moreira, “Fundamentos da Constituição”, Coimbra Editora, 1991, p. 120, 121; Guilherme Dray, “Justa causa e esfera privada in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho (Coordenação Pedro Romano Martinez) - Volume II (Justa causa de despedimento)”, Livraria Almedina, 2001, pp. 147 – 149; Jorge Miranda et al., “Estudos sobre a Constituição (Coordenação de Jorge Miranda)”, Livraria Petrony, 1978, pp. 75 – 81; Carlos Morais, “Curso de Direito Constitucional – Tomo I: A Lei e os Actos Normativos no Ordenamento Jurídico Português”, Coimbra Editora, 2008, pp. 15 – 223; Carlos Pinto, “Teoria Geral do Direito Civil. (4.ª edição, reimpressão)”, Coimbra Editora, 2012, p. 72; Francisco Pires, “Uma Constituição para Portugal”, Coimbra, 1975, pp. 88 – 90.

²⁹ “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

³⁰ “1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior”.

apreciação casuística: numa situação de conflito ou colisão de direitos constitucionalmente protegidos é necessário ponderar todos os interesses em jogo. Além disso, na CRP dispõe-se que todos os direitos fundamentais são intangíveis, como se pode elidir do preceituado no nº 3 do referido artº 18º.

Os princípios de harmonização de direitos referem os critérios de ponderação e proporcionalidade: necessidade, adequação, proibição do excesso e respeito pelo conteúdo essencial mínimo do direito atingido - atendendo à necessidade, não excessividade e adequação. A relação de poder sujeição típica deve ser ponderada e aferido o conteúdo mínimo essencial do direito atingido que é incompressível, cuja vinculação não carece de consentimento por parte do titular. A existirem cedências, urge que estas sejam recíprocas e proporcionais quanto à apreciação do direito que se julgue superior. O escopo desta harmonização criteriosa é o de evitar que os benefícios proporcionados a uma das partes contratuais relativamente à outra, sejam desadequados no referente ao grau de lesão provocado na contraparte.

Ora, na referida Carta dos Direitos da União Europeia, também se exorta que o exercício de direitos dos cidadãos implica, necessariamente, responsabilidades. Assim, os mesmos podem ser alvo de restrição, sendo um dos fundamentos “a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem”. A este propósito, veja-se o exemplo do caso *Teggart versus Teletech Uk Limited*³¹, datado de 15-03-2012, onde se concluiu que apesar do disposto na Carta Europeia dos Direitos Humanos, no que diz respeito ao seu artigo 8.º e ao direito à privacidade, os comentários tecidos pelos trabalhadores de uma organização – ainda que o façam fora do tempo de trabalho – podem ser usados como fundamento válido para o despedimento.

Este caso é um importante ponto de referência ao nível internacional, relativamente à ponderação dos direitos fundamentais no contrato de trabalho, onde se pode ler que “it also makes clear that employees will struggle to argue that they have a reasonable expectation”³². Ora, se conclui pela limitação dos direitos fundamentais dos trabalhadores na medida em que colidam que os interesses da organização que representam e que coloquem sob ameaça os direitos conferidos ao empregador.

³¹ Documento disponível em <https://vlex.co.uk/vid/teggart-vs-teletech-uk-847492246> (acedido a 10-08-2021).

³² Tradução: “fica claro que os trabalhadores irão lutar para argumentar que têm uma expectativa razoável – acerca da privacidade” (tradução nossa).

Por fim, a limitação admitida a alguns desses direitos³³ obedece aos princípios catalogados: a) limites extrínsecos ou externos – decorrem pelo facto de existirem ou direitos relevantes que entrem em conflito. Neste caso, dos outros trabalhadores, a ordem pública, o estado, etc; b) limites imanentes - decorrem do facto de que nenhum direito é ilimitado; c) limites voluntários, que constituem as autolimitações ou autorrestrições e acontecem por vontade do trabalhador.

A relação laboral opera em mais que uma esfera da personalidade do indivíduo, não sendo possível efetuar uma distinção precisa. Assim, no contexto juslaboral, os conflitos e vicissitudes advenientes devem ser assentes em critérios de proporcionalidade, como forma de ultrapassar a dificuldade em perceber quais são os comportamentos que se consubstanciam como sendo públicos e aqueles que revestem carácter privado.

5. O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE TRABALHO

O autor Romano Martinez ensina que os direitos de personalidade do trabalhador não podem ser defendidos “a qualquer custo e em qualquer circunstância”³⁴. O que se pretende é um equilíbrio justo entre os direitos de ambas as partes, sem olvidar que a autonomia privada e a liberdade negocial também são direitos garantidos constitucionalmente.

Com efeito, as limitações impostas aos trabalhadores na execução do contrato visam a adequação dos mesmos à relação laboral e ao interesse da organização. No caso das publicações em redes sociais como o *Facebook*, a jurisprudência espanhola tem sido unânime na deliberação de que estes direitos devem adaptar-se ao conteúdo outorgado pelo contrato de trabalho, afigurando-se necessário harmonizar os interesses do empregador e do trabalhador. Veja-se a sentença n.º 46833/99 do TEDH de 14-03-2013, caso Diego Nafria *versus* España., em que se estudava o caso de um funcionário do Banco Espanhol que nas suas redes sociais teceu críticas à entidade patronal, onde se proclamou

³³ Rita Amaral, “O Direito à intimidade da vida privada (Breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil) - Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha (Separata)”, 1998, pp. 25 – 42; Guilherme Dray, “Justa causa e esfera privada in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho (Coordenação Pedro Romano Martinez) - Volume II (Justa causa de despedimento)”, Livraria Almedina, 2001, pp. 70 – 138; Júlio Gomes, “Manual de Direito do Trabalho. Coimbra Editora, Volume I (Relações individuais de trabalho)”, 2007, p. 284, 285; Maria Rosário Ramalho, “Estudos de Direito do Trabalho - Volume I”, Livraria Almedina, 2003, p. 42, 43. Neste sentido, o Acórdão 31543/16. 3T8LSB.L1-4 de 08-11-2017, relatora Albertina Pereira do TRL, que decidiu que a conduta extralaboral do de um piloto que cometeu os crimes de sequestro e tentativa de roubo, violaram os deveres de lealdade e respeito para com o empregador. Note-se que os pilotos de aviação têm de poder sair fora do país de residência e devem respeitar as horas de descanso para que sejam capazes de exercer plenamente as suas funções. Já no Acórdão 993/13.8TTMTS.P1 de 21-09-2015 do TRP, relator Rui Penha, foi considerado lícito o despedimento de um trabalhador que enviava mensagens escritas de índole sexual a outra trabalhadora da empresa, ainda que fora do horário de trabalho, pela sua reflexão no ambiente e na relação laboral.

³⁴ Ver Pedro Martinez, “Direito do Trabalho. (7.ª edição)”, Edições Almedina, 2015, pp. 371-373.

que “esta liberdade está sujeita a exceções que devem ser interpretadas estritamente e a necessidade de algumas restrições deve ser estabelecida (...) as jurisdições espanholas pesaram, em relação ao direito nacional, os interesses em conflito, para concluir que o autor, um alto funcionário do Banco de Espanha, ultrapassou os limites aceitáveis do direito de crítica”³⁵.

No caso *Bărbulescu versus Romania*, o TEDH refere que a liberdade de expressão e de opinião manifestada na *Internet* pode colidir com os direitos e liberdades de outrem, que se encontrem igualmente tutelados, tendo enfatizado que o Comité Geral para os Direitos Humanos apontou especial necessidade de consideração deste, quando exercido através dos meios digitais. Apesar de terem sido referidos os resultados nefastos do controlo contínuo dos trabalhadores e que tal pretensão não é legitimada ao empregador, igualmente se fundamentou que a liberdade de expressão acarreta deveres e responsabilidades, aplicáveis aos meios digitais, especialmente no que se refere à violação dos direitos de outrem, como a reputação e a honra.

A questão subjacente aos despedimentos fundamentados nas publicações dos trabalhadores nas redes sociais pode ser interpretada como uma violação do direito à liberdade de expressão, mas também pode compreender-se como uma intrusão na vida íntima e privada. A Lei veda o acesso do empregador a dados pessoais dos seus subordinados, não lhe sendo legitimado que faça uso dos mesmos. Pesa embora referir, que se os factos privados de que tomou conhecimento consubstanciarem violações dos deveres profissionais, colocarem em causa a prestação laboral, façam perigar o saudável desenvolvimento económico da empresa ou entrarem em conflito com a mesma, é legitimado ao empregador que aja disciplinarmente com base em tal informação³⁶.

³⁵ “esta libertad está sometida a excepciones que, sin embargo, se deben interpretar de manera estricta y se debe establecer la necesidad de algunas restricciones (...) El Tribunal advierte que las jurisdicciones españolas han sopesado, en relación con el Derecho nacional, los intereses en conflicto, para concluir que el demandante, alto funcionario del Banco de España, sobrepasó los límites aceptables del derecho de crítica” (tradução da autora).

³⁶ Machado Dray esclarece que “factos da vida privada do trabalhador apenas podem constituir justa causa de despedimento se, e na medida em que, tiverem “reflexos prejudiciais no serviço”” e refere alguns exemplos: “Acórdão TRP 21-10-85, agressão a uma colega fora do local de trabalho. TRL 6-11-91, emissão de cheques sem provisão por um empregado bancário. TRL 17-6-93, violação de deveres contratuais por um comandante de aeronave fora do horário de trabalho. TRC 1-6-95, empréstimo de dinheiro solicitado por um empregado bancário a um cliente, TRL 8-1-97, assédio sexual a uma trabalhadora, cometido por um seu superior hierárquico. (...) A atuação do trabalhador envolve a violação de deveres laborais acessórios. Será esse igualmente o caso de um jogador de futebol, que, através de uma vida desregrada, pode por em perigo a correta execução dos seus deveres laborais. (...) O enunciado destes é por vezes acompanhado de exceções (...) vagos e imprecisos (“particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional”). Ver Guilherme Dray, “Justa causa e esfera privada in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho (Coordenação Pedro Romano Martínez) - Volume II (Justa causa de despedimento)”, Livraria Almedina, 2001, pp. 160 - 165.

Nesta matéria, a autora Isabel Parreira³⁷ proporciona um exemplo atual, cuja reflexão incide sobre a toxicod dependência e a execução do contrato de trabalho. A toxicod dependência de um trabalhador remete para a sua vida privada. Como não se relaciona com a relação juslaboral, não é admissível que o empregador lhe teça juízo de valor algum. Porém, é assim enquanto o trabalhador o mantiver na sua esfera íntima, e não o transponha para a sua execução profissional³⁸. O consumo pontual de estupefacientes deve ocorrer fora do horário laboral, de forma que não produza reflexões na execução do mesmo. A autora refere que “o trabalhador não se tornou toxicod dependente nem consome (...) com a finalidade de prejudicar a empresa”.

Por outro lado, ainda que o trabalhador consuma estupefacientes extralaboralmente, se durante esse período de tempo se encontrar sob o efeito dos mesmos, o empregador pode alicerçar-se nesse facto para impugnar disciplinarmente o seu despedimento. Tal sucede porquanto o exercício das suas funções poderá ser afetado enquanto este se encontra alterado, como no caso da condução de viaturas e máquinas, por exemplo. Neste caso, porque o trabalhador permitiu que uma escolha pessoal - que devia ser mantida na sua intimidade -, se refletisse no seu trabalho. Sumarizando, o que importa são as repercussões laborais das escolhas privadas do trabalhador, uma vez que o empregador não tem de ser lesado por opções que lhe são alheias.

7. DIRIMIR A PROBLEMÁTICA – ALGUNS CASOS PRÁTICOS DA JURISPRUDÊNCIA

Seguidamente, apresentam-se alguns casos da jurisprudência portuguesa e internacional. O autor João Abrantes refere a “*Court de Cassation*”³⁹, que considerou lícito o despedimento de uma professora de um colégio católico, por ter casado a segunda vez, pois um dos princípios defendidos pela doutrina alemã, é “*a paz na empresa*”, que não deve ser perturbada. Assim, a liberdade de expressão do trabalhador não deve ser colidir com os princípios defendidos pela empresa. Maria Palma Ramalho⁴⁰ esclarece

³⁷ Ver Isabel Parreira, “Toxicod dependência, justa causa e direitos de personalidade - IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho - memórias (Coordenação Professor Doutor António Moreira, Colaboração Mestre Teresa Alexandra Coelho Moreira)”, Livraria Almedina, 2007, pp. 131 - 134.

³⁸ Ver Teresa Moreira, “Estudos de Direito do Trabalho”, Almedina, 2011, pp. 34 - 85.

³⁹ Ver José Abrantes, “Estudos sobre o Código do Trabalho (o Código do Trabalho e a Constituição; O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade; A mobilidade dos trabalhadores no Código do Trabalho; A greve no Código do trabalho)”, Coimbra Editora, 2004, p. 45 e ss.

⁴⁰ “Assim, relativamente à liberdade de expressão do trabalhador, (...) não será por certo admissível que, alegando esse direito fundamental, o empregado de mesa de um hotel de luxo ostente perante os clientes um emblema com os dizeres “abaixo os ricos”, que o caixa de um banco tenha na lapela um crachat de um banco concorrente, ou que o funcionário de um clube de futebol receba as quotas dos sócios ostentando uma camisola de outro clube. (...) Nestes casos, os interesses da organização – que, em certa medida, concretizam o direito fundamental de iniciativa económica do empregador – deverão prevalecer.” Ver Maria Rosário Ramalho, “Estudos de Direito do Trabalho - Volume I”, Livraria Almedina, 2003, pp. 175 - 177.

que: “nestes casos, os interesses da organização – que, em certa medida, concretizam o direito fundamental de iniciativa económica do empregador – deverão prevalecer”.

Em Espanha, veja-se a sentença do Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Aragón de 18-05-2016, processo ECLI:ES:TSJAR:2016:651, onde procedeu o despedimento de uma enfermeira que proferiu insultos no *Facebook* dirigidos às suas colegas de trabalho, em que lhes chegou a desejar que tivessem uma doença grave, por não concordar com a nova escala, nem com a equipa de trabalho que lhe foi atribuída⁴¹. A sentença do TSJ de Cataluña, de 30-01-2017, processo ECLI:ES:TSJCAT:2017:764, onde procedeu o despedimento de uma trabalhadora que partilhou, numa página sindical do *Facebook*, acusações falsas relativamente às suas colegas de trabalho e ao modo como desempenhavam o mesmo⁴² e portanto, donde se depreende acerca da limitação da liberdade de expressão na execução das relações juslaborais.

Inversamente, na sentença ECLI:ES:TSJCAT:2016:2032 da mesma instância, de 03-03-2016, declarou-se nulo o despedimento de um trabalhador, cujo fundamento foram as críticas tecidas ao empregador numa rede social, pelo facto de que “las críticas se publicaron en su perfil personal de Facebook de acceso limitado”.

No Reino Unido, no caso *Smith versus Trafford Housing Trust* de 19-11-21012, o Supremo Tribunal de Justiça apreciava o caso de um trabalhador Cristão que na sua página de *Facebook*, manifestou a sua opinião acerca do casamento *gay* através da Igreja e trocou alguns comentários onde defendeu a sua posição, perante dois colegas de trabalho que tinham acesso à sua página de perfil pessoal. Além de ter sido acusado de desrespeito, foi suspenso com redução de 40% do seu ordenado. Foi sentenciado que o exercício do direito à liberdade expressão e de opinião implica que nas opiniões manifestadas quanto à religião, estas possam desagradar algumas pessoas e que estas se sintam ofendidas, se forem contrárias às suas crenças. Não procedeu o despedimento por inobservância de qualquer violação por parte do Senhor Smith e o Tribunal *a quo* sentenciou que o empregador o indemnizasse justamente pela forma a como o tratou⁴³.

Nos Estados Unidos, no caso *San Diego versus Roe*, processo 543 U.S. 77 (2004)⁴⁴, o Tribunal Supremo apreciava o despedimento promovido contra um polícia que gravou vídeos íntimos seus e os publicou na *Internet*. Nestes, o agente da autoridade

⁴¹ Ver Cristóbal Navarrete, “La reforma laboral a juicio de los Tribunales”, Editorial La Lay, Madrid, 2016, pp. 17 – 37.

⁴² Ver Cristóbal Navarrete, “El ciberacoso en el trabajo : cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas”, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 47.

⁴³ Disponível em <https://employmentcasesupdate.co.uk/content/smith-v-trafford-housing-trust-2012-ewhc-3221-ch.2fa37291c5b74432877924706f9439b0.htm> (acedido a 01-10-2011).

⁴⁴ Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/77/> (acedido a 01-10-2020)

aparecia fardado e envolvido em práticas sexuais, tendo alegado que o uniforme que vestia foi comprado numa loja, não se tratando da farda de trabalho (facto provado) e que o seu despedimento constituía uma violação ao direito à liberdade de expressão e uma invasão da sua vida íntima e privada. A 06-12-2004, decidiu-se pelo procedimento do despedimento.

Entre nós, o Acórdão n.º 306/2003 de 25/06/2003 do TC foi profundamente discutido, por ter admitido o acesso do empregador a informações sobre a saúde e gravidez de uma trabalhadora, uma vez que as funções que lhe seriam atribuídas implicavam que tivesse uma boa condição física. Nesta sequência, o n.º 3 do artigo 17.º (e o n.º 1 do artigo 19.º) do CT, formulado ao admitir-se tal exceção, configurou a permissão do acesso a estas informações, se fundamentada pelas exigências da prestação laboral (Dray, 2001).

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) 31543/16. 3T8LSB.L1-4 de 08-11-2017, decidiu-se pelo despedimento de um piloto de aviação, devido a condutas extralaborais, não cumpria com o seu dever de descanso para o correto cumprimento das suas funções, nem com a sua obrigação de zelar pelos meios da entidade empregadora⁴⁵. Analogamente, no Acórdão 993/13.8TTMTS.P1 de 21-09-2015 da Relação do Porto fundamentou-se que: “Do direito à reserva da intimidade da vida privada não decorre, necessária ou automaticamente, a irrelevância disciplinar da conduta privada (extra-profissional) do trabalhador, devendo, antes, tal ponderação ser feita perante uma avaliação do concreto circunstancialismo de cada caso de modo a apurar se tal conduta se reflecte na relação laboral”.

Este aresto decidiu pelo despedimento de um trabalhador enviava mensagens escritas de cariz sexual, de molde a importunar uma colega de trabalho e a criar um ambiente de trabalho intimidatório, ainda que as mesmas tenham sido enviadas fora do horário laboral. Nesta sequência, conclui-se que o empregador pode aceder a informações privadas, desde que fundamentado pelas exigências da atividade profissional.

No processo 21426/18.8T8SNT.L1-4 do TRL, sentenciou-se a 08-09-2020 a condenação de uma trabalhadora com uma posição hierárquica de chefia, por ter publicado duras críticas a uma colega de trabalho numa página pública de *Facebook*, que se tornou conhecimento da entidade empregadora⁴⁶. Neste se fundamentou que na página

⁴⁵ “a conduta de um piloto de aviação que fora do horário de trabalho comete os crimes de sequestro e tentativa de roubo, violando, assim, entre outros, os deveres de lealdade e de respeito”.

⁴⁶ “«vende-se por pouco. Se não fosse o pessoal de esquerda a darem-lhe trabalho, comia merda», e «devias ter vergonha”.

de tal publicação fazia parte um público muito alargado, com permissão para a partilhar e como tal, não seria razoável que a autora a expectasse como sendo de índole privada: “têm-se os nossos tribunais pronunciado, fazendo apelo à “expectativa de privacidade”, no sentido de se averiguar, em cada caso, se o trabalhador ao usar uma rede social, proferindo comentários susceptíveis de integrar infracção disciplinar, pode fundada e legitimamente contar que tais publicações se restringem a um número limitado de pessoas nas quais confia, não sendo passíveis de integrar a esfera pública”.

De forma concordante se interpretou acerca da prova obtida através dos registos de mensagens do *Whatsapp* na sentença do Tribunal da Relação de Évora n.º 2034/19.2T8PTM.E1, de 24-10-2010, onde pode ler-se no sumário do relator que nem o destinatário das mensagens trocadas as poderia divulgar, de acordo com o artigo 78.º do CC, cuja leitura deve adaptar-se aos novos meios de comunicação “O destinatário de carta não confidencial só pode usar dela em termos que não contrariem a expectativa do autor”. Uma vez que a entidade patronal não fazia parte destas comunicações, é ilegítimo que lhes tivesse tomado conhecimento, presumindo-se que a expectativa do autor era que se mantivessem privadas, tendo sido refutado o despedimento. De igual forma de deliberou no processo 570/20.7T8VR.E1 de 15-04-2021 da mesma instância, que decidiu que tais mensagens se referiam a desabafos do trabalhador relativamente às suas condições de trabalho, dirigidos apenas a pessoas da sua confiança e de carácter generalizado, pelo estas eram privadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta matéria muito se aplaudem as célebres palavras sufragadas pelo Professor Vieira Gomes ao citar Juan Escribano Guitierrez, quando refere que "a cidadania não fica à porta da empresa/fábrica"⁴⁷. Silogismo que é premissa bilateral, válida para ambas as partes. Na matéria em apreço, as disposições são unânimes: não são somente os direitos de personalidade dos trabalhadores que carecem de proteção da tutela. Os direitos constitucionalmente protegidos do empregador também devem ser ressalvados. Nenhum cidadão se pode eximir ao respeito pelos direitos dos outros cidadãos, enquanto elemento integrante da sociedade. Nem o empregador pode emitir ordens contrárias ao respeito pelos direitos dos seus subordinados, nem os trabalhadores se podem escudar nos direitos de personalidade para escapar impunemente de condutas desrespeitosas.

De forma a assegurar o equilíbrio necessário, o legislador promulgou exceções que permitem ao julgador ter espaço para decidir casuisticamente, após uma ponderação pormenorizada. Portanto, as liberdades fundamentais dos trabalhadores são sim, limitadas à execução do contrato de trabalho a que se vinculou, segundo os seguintes critérios:

- 1- As publicações que firam o empregador ou terceiros que ele represente (outros trabalhadores e terceiros que façam parte das relações da empresa) são aquelas cujos direitos à liberdade de expressão e opinião e à privacidade podem ser limitados, sendo fundamento legítimo de procedimentos disciplinares. As publicações que em nada se relacionem com a prestação laboral não podem ser alvo desta análise.
- 2- Nas redes sociais e no uso da *Internet*, devem observar-se os mesmos valores éticos e morais que regulam as relações pessoais – ainda que atrás do ecrã, não é legítima a escrita e publicação de tudo o que se pensa, quando tal divulgação colide com os direitos dos demais, deve permanecer na esfera íntima da pessoa.
- 3- O exercício de qualquer direito fundamental é limitado aos direitos de outrem, *in casu*, quando consubstancia a violação de direitos como a reputação, a honra, a integridade e o bom nome do empregador e/ou daqueles que este representa.
- 4- Meras opiniões, que não revistam carácter vexatório ou que não se relacionem com o âmbito profissional, podem ser publicadas livremente e delas não pode o empregador fazer uso.
- 5- O “normal funcionamento da empresa” e a “paz social” são interesses públicos considerados superiores, assim como a iniciativa económica do empregador e perante os quais, os preceituados direitos fundamentais dos trabalhadores devem ceder, na exata medida da necessidade da sua adequação ao contexto laboral.
- 6- As escolhas pessoais que colidem com os interesses da empresa devem manter-se na intimidade dos trabalhadores, sem possibilitar repercussões de índole profissional.

⁴⁷ Ver Júlio Gomes, “Manual de Direito do Trabalho. Coimbra Editora, Volume I (Relações individuais de trabalho)”, 2007, pp. 265 - 384.

- 7- Entende-se que permanecer na esfera íntima dos trabalhadores engloba as partilhas junto de um número restrito de pessoas representado pelas relações de maior confiança e de afinidade do mesmo – amigos íntimos e familiares -, cuja partilha dos pensamentos nunca poderá ser proibida: é o conteúdo mínimo essencial dos direitos em estudo.
- 8- As publicações privadas não podem ser alvo de intrusão, *maxime*, nem os destinatários das mesmas as podem divulgar a terceiros.
- 9- O facto de as publicações serem escritas através do perfil pessoal do trabalhador não é relevante: o que importa é com que público é que este as partilhou e que permite distinguir se as mesmas devem considerar-se públicas ou privadas.
- 10- A diferenciação entre condutas públicas ou privadas assenta em dois pressupostos essenciais: a) se tais publicações foram partilhadas apenas com elementos das relações íntimas do trabalhador e como tal, é legítima a sua expectativa de privacidade ou, b) se estas foram partilhadas em páginas públicas ou de acesso a um número irrestrito de pessoas, cuja expectativa de privacidade não é legítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José. **Estudos sobre o Código do Trabalho (o Código do Trabalho e a Constituição; O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade; A mobilidade dos trabalhadores no Código do Trabalho; A greve no Código do trabalho)**. Coimbra Editora, 2004.

ABRANTES, José. **O Código do Trabalho e a Constituição - VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - memórias (Volume VI)**, Livraria Almedina, 2004.

ASSIS, Rau. **O poder de direção do empregador – Configuração Geral e Problemas Actuais**. Coimbra Editora, 2005.

COMISSÃO EUROPEIA. **COMUNICAÇÃO CONJUNTA AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO - Plano de Ação da UE para os Direitos Humanos e a Democracia no período 2020-2024**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020JC0005&from=EN>.

CORTE EUROPEIA. **EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. CASE OF BĂRBULESCU v. ROMANIA (Application no. 61496/08)**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22facebook%20and%20labour%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-159906%22%5D%7D>.

CORDEIRO, Antônio. **Manual de Direito do Trabalho**. Livraria Almedina, 1999.

CORDEIRO, Antônio. **O respeito pela esfera privada do trabalhador in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho (memórias)**. Livraria Almedina, 1998

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1º a 107**. 4ª edição revista). Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra Editora 1991.

DRAY, Guilherme. **Justa Causa e Esfera Privada in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho**. Coordenação Pedro Romano Martinez. Volume II. Livraria Almedina, 2001.

EL PAÍS. **Redes Sociales: Cuando Compartir es Humillar**. Disponível em: https://elpais.com/elpais/2019/06/14/ideas/1560533971_274766.html.

EMPLOYMENT CASES UPDATE. **Smith v Trafford Housing Trust [2012] EWHC 3221 (Ch)**. Disponível em: <https://employmentcasesupdate.co.uk/content/smith-v-trafford-housing-trust-2012-ewhc-3221-ch.2fa37291c5b74432877924706f9439b0.htm>.

FERNANDES, Antônio. **Um Rumo para as Leis Laborais**. Livraria Almedina, 2002.

FESTAS, David. O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho. **Revista da Ordem dos Advogados**, 2004, pa. 380. Revista disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutriniais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/>. Acesso em 20 de dezembro de 2021.

GOMES, Júlio. **Manual de Direito do Trabalho**. Volume I. Coimbra, Editora, 2007.

GOMES, Júlio. **Novos Estudos de Direito do Trabalho**. Coimbra Editora, 2010.

JUSTIA. Case Law – U.S Supreme Court. **San Diego v. Roe**, 543 U.S. 77 (2004). Opinions by Volume – Volume 543. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/77/>.

LEITÃO, Luís. **Direito do Trabalho**. Edições Almedina, 2008.

MARTINEZ, Pedro. **Direito do Trabalho**, 7ª edição. Edições Almedina, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Estudos sobre a Constituição – Coordenação de Jorge Miranda**. Livraria Petrony, 1978.

MORAIS, Carlos. **Curso de Direito Constitucional – Tomo I: A Lei e os Actos Normativos no Ordenamento Jurídico Português**. Coimbra Editora, 2008.

MOREIRA, Teresa. **Estudos de Direito do Trabalho**. Almedina, 2011.

NAVARRETE, Cristóbal. **El Ciberacoso em el Trabajo: Cómo Identificarlo, Prevenirlo y Erradicarlo en las Empresas**. La Ley Walters Kluwer, Madrid 2019.

NAVARRETE, Cristóbal. **La Reforma laboral a Juicio de los Tribunales**. Editorial La Ley, Madrid, 2016.

PARLAMENTO DE PORTUGAL. **Assembleia da República – Comissão de Assuntos Constitucionais: Direitos, Liberdades e Garantias**. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c304e505453387851304644524578484c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764e3256685a6a557a4f5745745a6a5135597930304e446c684c546b774f4445744f546c694f54686b4e445a69595749354c6e426b5a673d3d&fich=7eaf539a-f49c-449a-9081-99b98d46bab9.pdf&Inline=true>.

PINTO, Carlos. **Teoria Geral do Direito Civil**, 4ª edição – reimpressão. Coimbra Editora, 2012.

PARREIRA, Isabel. **Toxicodeneência, Justa Causa e Direitos de Personalidade – IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho** – memórias. Coordenação Professor Doutor António Moreira, Colaboração Mestre Teresa Alexandra Coelho Moreira. Livraria Almedina, 2007.

PIRES, Francisco. **Uma Constituição para Portugal**. Coimbra, 1975.

QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder. **Código do Trabalho – Anotado e Comentado**. 5ª edição. Almedina, 2007.

RAMAHO, Maria. **Direito do Trabalho**. Edições Almedina – Parte II, 2006.

RAMALHO, Maria. **Sobre os Limites do Poder Disciplinar Laboral**. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coordenação Professor Doutor Antônio Moreira, Volume I. Livraria Almedina, 1998.

RAMALHO, Maria. **Tratado de Direito do Trabalho**. 5ª edição – Parte I. Dogmática Geral. Edições Almedina, 2012.

RAMALHO, Maria Rosário. **Direito do Trabalho – Parte I**. Edições Almedina, 2005.

RAMALHO, Maria Rosário. **Estudos de Direito do Trabalho – Volume I**. Livraria Almedina, 2003.

SILVA, Maria. **Infrações Disciplinar do Trabalhador – Parecer**. Coleção Scientia Iuridica. Livraria Cruz – Braga, 1981.

SILVA, Maria. **O Tempo no Processo Disciplinar – I Congresso Nacional de Direito do Trabalho**. Memórias – Coordenação Professor Doutor Antônio Moreira. Volume I. Livraria Almedina, 1998.

VENTURA, Raúl. **Lições de Direito do Trabalho – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura**. Volume II. Coimbra Editora, 2003.

XAVIER, Bernardo. **Manual de Direito do Trabalho**. 2ª edição. Verbo Editora, 2014.
XAVIER, Bernardo. **A Constituição, a Tutela da Dignidade e Personalidade do Trabalhador e a Defesa do Patrimônio Genético**. V Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coordenação Professor Doutor Antônio Moreira, colaboração Doutora Teresa Alexandra Coelho Moreira. Livraria Almedina, 2003.

DIREITO INTERNACIONAL E POVOS INDÍGENAS: REFLEXÕES SOBRE REPERCUSSÕES JURÍDICAS E AVANÇOS HISTÓRICOS

Túllio Vieira de Aguiar¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo abordar o debate que envolve as prerrogativas fundamentais dos povos indígenas no âmbito do Direito Internacional Público. Ao longo da história, os tratados e acordos celebrados costumeiramente têm se mostrado desfavoráveis a esses povos, acarretando na privação de suas terras e autonomia. Essa realidade reflete um passado de supremacia estatal e aquisição de territórios indígenas através da aplicação do princípio da *terra nullius*, que considerava as terras ocupadas pelos indígenas como territórios desprovidos de titularidade. Ademais, até meados do século XX, o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas era circunscrito. A preponderante concepção de soberania estatal à época negligenciava as reivindicações dos povos originários, que sofriam com a falta de tutela jurídica. Entretanto, uma transformação ocorreu após a segunda grande guerra, com o surgimento dos Direitos Humanos e o reconhecimento da importância do princípio internacional da autodeterminação dos povos. Essa mudança de paradigma propiciou o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas como componente intrínseco da comunidade global. Tratados e convenções internacionais, tais como a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), desempenharam papel preponderante no avanço desses direitos, promovendo a participação dos povos originários em deliberações que tangenciam seus interesses. Não obstante os notáveis progressos nesse âmbito, ainda existem desafios a serem enfrentados para salvaguardar uma proteção eficaz dos direitos dos povos indígenas. A dinâmica do Direito Internacional Público nessa esfera requer um diálogo contínuo e o aprimoramento das normas e mecanismos de implementação, com o objetivo de superar a discriminação histórica e assegurar o respeito pela diversidade, bem como reconhecer a prerrogativa de autodeterminação destes povos como princípio fundamental.

Palavras-Chave: povos indígenas; soberania estatal; Direitos Humanos; autodeterminação; direitos fundamentais.

Abstract: This article aims to address the debate surrounding the fundamental prerogatives of indigenous peoples in the context of Public International Law. Throughout history, treaties and agreements have often proven to be unfavorable to these peoples, leading to the deprivation of their lands and autonomy. This reality reflects a past of state supremacy and acquisition of indigenous territories through the application of the principle of *terra nullius*, which considered lands occupied by indigenous people as territories without ownership. Moreover, until the mid-20th century, the recognition of the rights of indigenous peoples was limited. The prevailing conception of state sovereignty at that time neglected the claims of indigenous peoples, who suffered from the lack of legal protection. However, a transformation occurred after the Second World War, with the emergence of Human Rights and the recognition of the importance of the international principle of self-determination of peoples. This paradigm shift led to the **Keywords:** indigenous peoples; state sovereignty; Human Rights; self-determination; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional clássico evoluiu consoante ideais humanistas emergentes, ampliando seu escopo além das relações privadas para abranger o ser humano e o cumprimento de suas necessidades fundamentais. Essa abordagem humanista do Direito Internacional foi influenciada pelos escritos da Escola Espanhola, pelos ensaios grocianos

¹ Mestre em Direito Internacional Público e Europeu e Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Contato: tulliovieiraadv@gmail.com.

e pela doutrina de Christian Wolff, como destacado por Cançado Trindade. As percepções de Vitoria e Suarez, que reconheciam que o *jus gentium* abrangia não apenas as soberanias, mas também os povos e indivíduos, destacando a obrigação do Direito tanto para os governantes quanto para os governados, e a primazia dos interesses da Comunidade Internacional sobre os interesses individuais dos Estados, fundamentaram essa abordagem humanista e permitiram a distinção entre *jus necessarium* e *jus voluntarium*. A doutrina da Escola Espanhola influenciou na formação e consolidação de um *jus gentium* universal, que se baseia no respeito às liberdades soberanas dos Estados e dos indivíduos. O argumento grociano complementa que o Estado deve ser um instrumento para assegurar a ordem social de acordo com a natureza humana, evitando o exercício ilimitado do poder pelos Estados e a obediência irrestrita dos indivíduos.²

No entanto, e ainda nesta senda, os princípios elucidados por Grócio foram sobrepujados pelo voluntarismo jurídico semi-absoluto dos Estados, o que resultou no enfraquecimento do Direito Internacional e na prevalência das normas internas sobre as normas internacionais. Cançado Trindade afirma que essa dinâmica provocou um retrocesso histórico-jurídico, negando o reconhecimento dos seres humanos como sujeitos de Direito Internacional e promovendo erroneamente a ideia da onipotência estatal. Verdadeiramente, o sistema normativo internacional carecia de uma hierarquia de normas baseada em valores universais, permitindo que os Estados se desvencilhassem discricionariamente de suas obrigações internacionais.³

Ao longo do século passado, uma nova onda de preceitos humanistas do *jus gentium* emergiu, rompendo com o conservadorismo inerente ao argumento voluntarístico previamente sustentado. Isso possibilitou uma avaliação efetiva do Direito com base em um padrão de justiça supostamente equitativo, independente das disparidades de poder e das influências internacionais. Nesse contexto, a consciência humana passou a desempenhar um papel fundamental na composição dos princípios e valores jurídico-internacionais, pavimentando o caminho para o estabelecimento gradual dos Direitos Humanos Internacionais.⁴

² Trindade, A. (2006). *A humanização do Direito Internacional*, pp. 6-11, Editora Del Rey, Belo Horizonte.

³ É nesta senda que faz-se oportuno mencionar que o voluntarismo ilimitado das soberanias assinala a história da humanidade com agressões de toda natureza. Com efeito, a permissividade na celebração de tratados desiguais, na manutenção de colônias e do recurso à guerra, refletem, conjuntamente, um momento em que as soberanias detinham toda e qualquer prerrogativa de Direito Internacional. Trindade, C. (2006). *A humanização do... op cit.* pp. 6-19. | Farias, E. (2021). « O Fenômeno De humanização Do Direito Internacional através Da Teoria pós-Moderna De Cançado Trindade ». *De Legibus - Revista De Direito Da Universidade Lusófona Lisboa*, n. 2 (Janeiro), 12, pp. 175-186.

⁴ Trindade, C. (2006). *A humanização do... op cit.* p. 14.

A dinâmica das relações internacionais, por sua vez, acabou por minar a concepção clássica do Direito Internacional como um sistema voluntário regido exclusivamente pela vontade dos Estados. Nesse sentido, a visão positivista revela-se ineficaz na justificação do processo de formação das normas do Direito Internacional geral. Somente por meio da percepção de uma consciência jurídica universal é possível explicar satisfatoriamente os fundamentos de um Direito das Gentes ainda essencialmente consuetudinário.⁵ Esta concepção humanizada e universal do Direito Internacional resta fundamentada em valores comuns da Comunidade Internacional, sendo considerada por Cançado Trindade como uma evolução em relação ao jusnaturalismo. Atualmente, observa-se um renascimento de ideais que reforçam os direitos humanos e limitam as manifestações arbitrárias das soberanias, acompanhado pelo surgimento de mecanismos jurídico-internacionais para proteger as garantias e liberdades fundamentais dos indivíduos.⁶

É razoável afirmar que o Direito Internacional repousa em diversos marcos jurídicos internacionais com o propósito de fomentar a humanização das relações entre as nações. Essa humanização engloba tanto a salvaguarda dos direitos individuais dos seres humanos quanto a proteção dos direitos coletivos. Todavia, é imprescindível buscar uma maior precisão ao abordar e construir um entendimento profundo acerca desse tema. Com base nessa premissa, o escopo desta pesquisa reside em promover reflexões e análises das fontes do Direito Internacional que asseguram a proteção jurídica às populações indígenas, examinando sua interação com uma concepção mais humanizada do Direito das Gentes.

Sob este ângulo relativamente restrito, considerando também os atos emitidos pelos fóruns multilaterais, as disposições e recomendações emitidas pelos atores da Comunidade Internacional em relação aos povos originários ocorrem de forma sucessiva e progressiva. Além disso, organizações internacionais também se dedicam a esse tema, emitindo relatórios relevantes. Um exemplo é a Organização Internacional do Trabalho, ao passo que outra exemplificação concisa é a Organização das Nações Unidas.

A princípio, pressupõe-se a necessidade de uma percepção acerca daquilo que distingue os povos indígenas; bem como das ramificações decorrentes da expansão colonial europeia e da conscientização acerca dos direitos inerentes aos referidos povos.

⁵ *Ibid.*, pp. 11-14.

⁶ Trindade, C. (2006). A humanização do... *op cit.* p. 14, pp. 13-14.

Numa perspectiva histórica, os povos indígenas são comunidades que habitam diversas regiões do mundo, comumente possuindo uma forte conexão com suas terras e tradições culturais. Ao longo da história, esses grupos têm enfrentado inúmeras adversidades, incluindo colonização, deslocamento forçado, genocídio cultural e outras violações dos Direitos Humanos. A expansão colonial europeia teve um impacto significativo sobre os povos indígenas das Américas, o que em muitos casos resultou na usurpação de suas terras, imposição de culturas e religiões estrangeiras e marginalização dessas comunidades. Frequentemente, os povos indígenas foram privados de seus direitos territoriais, enfrentando deslocamentos forçados e perda de autonomia. Esse processo de colonização e dominação perpetuou-se até o século XX, deixando um legado de injustiças e desigualdades.⁷

Já as definições geralmente utilizadas em instrumentos internacionais para descrever os povos indígenas enfatizam sua distinção e diferenciação como grupos específicos, com base em sua identidade étnica, cultural e histórica. Esses instrumentos reconhecem o objetivo de preservar, desenvolver e transmitir suas culturas, tradições orais, formas de organização social e valores espirituais às gerações futuras. Ademais, enfatizam a conexão dos povos indígenas com suas terras e recursos naturais, historicamente possuídos, ocupados ou de outra forma utilizados por eles. *Exempli gratia*, a definição tida pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas é de que os povos indígenas são compostos pelos descendentes existentes dos povos que habitaram o território atual de um país, total ou parcialmente, na época em que pessoas de uma cultura ou origem étnica diferente chegaram lá vindas de outras partes do mundo. Alguns tratados também reconhecem que os povos originários têm condições sociais, culturais e econômicas distintas que os diferenciam de outros setores da coletividade nacional.⁸

Em última análise, é possível perceber que a conscientização acerca dos direitos desses povos ganhou impulso sobretudo na segunda metade do século XX, levando a Comunidade Internacional a reconhecer a importância de proteger essas comunidades vulneráveis. Neste sentido, tratados, convenções e declarações foram adotados para garantir prerrogativas fundamentais. Esses instrumentos internacionais visam - de maneira geral - respeitar e promover a autodeterminação, a identidade cultural, o

⁷ Mazel, O. (2009). « The Evolution of Rights: Indigenous Peoples and International Law » in *Australian Indigenous Law Review*, Vol. 13, No. 1, pp. 140-158.

⁸ ONU (2007). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, art. 3º | OIT (1989) Convenção nº169 sobre Povos Indígenas e Tribais, art. 1º | ONU (1965). Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 4º | Document E/C.19/2012/1 | Document E/CN.4/Sub. 2/L.566.

desenvolvimento sustentável, a participação política e o acesso à justiça para os povos indígenas.

A partir destas premissas - e tendo em consideração a dimensão axiológico-jurídica concernente ao tema - , é natural questionarmo-nos como tudo isto se traduz dogmaticamente?; quais são as principais fontes do Direito Internacional que garantem proteção legal às populações indígenas?; como essas fontes do Direito Internacional contribuem para uma concepção mais humanizada do Direito das Gentes?; quais são os principais atos emitidos pelos fóruns multilaterais em relação aos povos indígenas?; e como esses atos buscam coordenar e regulamentar a proteção dos direitos dos povos indígenas no âmbito do Direito Internacional? A este propósito destinaremos os próximos capítulos da presente pesquisa.

1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

A realidade global é consideravelmente mais intrincada do que um conjunto de conceitos, demandando uma reflexão aprofundada sobre as repercussões jurídicas do campo do Direito Internacional Público no que tange os povos indígenas. Desde os primeiros encontros entre os navegadores das expedições exploratórias típicas dos séculos anteriores e os nativos provenientes de terras desconhecidas, os especialistas em Direito Internacional já debatiam e formulavam diversas doutrinas e interpretações sobre como esses "novos povos" se enquadrariam na realidade jurídica internacional;⁹ em muitos casos sob o intento de justificar a apropriação de recursos naturais e territórios pertencentes a estes grupos.¹⁰

É precisamente nessa senda que Orellana explana a existência de duas dimensões intrinsecamente interligadas: a primeira sendo a atração gerada pelo ouro e pelas

⁹ Cfr., a este respeito, James Anaya, "(...) natural law philosophies of Renaissance European theorists, which were in some measure, although not entirely, sympathetic to indigenous people". Anaya, J. (2004). *Indigineous People in International Law*, p. 15, Oxford University Press, Oxford

¹⁰ É oportuno mencionar que Francisco de Vitoria desenvolveu o argumento de que os indígenas nas Américas detinham direitos autônomos relacionados a assuntos públicos e privados. No entanto, o autor também enfatizava a diferenciação entre os povos indígenas e os Estados europeus, uma vez que não lhes conferia soberania absoluta. Conforme exposto por Vitoria, os nativos eram obrigados a permitir o trânsito em suas terras e compartilhar seus recursos naturais, estando sujeitos à "guerra justa" caso não se conformassem aos interesses das soberanias europeias. Por outro lado, Bartolomé de las Casas abordou a perspectiva crítica sobre a exploração europeia das terras e populações indígenas, especialmente na Espanha em objeção ao seu sistema de *encomienda*. Em seus ensaios, o autor não apenas detalhou os abusos sofridos pelos indígenas, mas também se destacou como um fervoroso defensor das prerrogativas destes povos. Ahrên, M. (2016). *Indigenous Peoples Status in the International Legal System*, pp. 7- 9, Oxford University Press, Oxford. | Anaya, J. (2004). *Indigineous People in ... op cit.* pp. 16-19. | Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining, and International Law*, MMSD Working Paper No. 2, p. 3, International Institute for Environment and Development, Londres. | Cirkovic, E. (2007). « Self-Determination and Indigenous Peoples in International Law » in *American Indian Law Review*, Vol. 31, No. 2, Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law, pp. 375-399.

opulências das novas terras; e a segunda é o discurso jurídico, dividido entre aqueles que advogavam pelas prerrogativas imperialistas e aqueles que abraçavam valores mais humanizados. Essa ambivalência se configura como uma das justificativas para as frequentes discrepâncias entre a teoria normativa e os desdobramentos da história mundial.¹¹

A partir desta premissa torna-se evidente a dicotomia intrínseca entre aqueles que enalteciam o arranjo normativo autônomo, presumidamente superior ao direito positivo, no âmbito do humanismo eclesiástico europeu, e os que defendiam a adesão ao direito positivo - ou natural - como fundamento de sua abordagem jurídica. De um lado, a preeminência normativa fundamentada na lei divina que pode ser ilustrada através da concessão papal de terras do "novo mundo" à monarquia espanhola, sob a condição de tais territórios não estarem sob o domínio cristão. Por outro lado, numa perspectiva doutrinária, Vitoria opunha-se às ações do Papa Alexandre VI, afirmando que os indígenas eram os legítimos proprietários de suas terras, detendo o direito de autogovernar-se em seus assuntos públicos e privados. Adicionalmente, o autor censurava o poder papal, proclamando que nem os imperadores nem os pontífices possuíam jurisdição sobre todo o globo. De modo análogo, Grócio repudiava a aquisição de posse por meio da descoberta e, de forma mais abrangente, afirmava que todos os povos detinham o direito natural de participar em tratados, incluindo os indígenas.¹²

Conforme esclarece Ahrén, não se pode argumentar que os povos indígenas estavam em igualdade de condições com os Estados daquela época, apesar de possuírem algum reconhecimento legal no âmbito do Direito Internacional. Embora tenham ocorrido acordos políticos e tratados entre as nações exploradoras e os nativos, tais acordos frequentemente refletiam a superioridade e a dominação das potências colonizadoras. Os povos indígenas muitas vezes eram forçados a aceitar termos desfavoráveis, resultando na perda de terras, recursos naturais e autonomia.¹³

Não obstante a multiplicidade de tratados celebrados, Orellana apresenta-nos ao menos três modalidades que merecem destaque: os instrumentos que estipulavam a transferência de territórios nativos para nações ou indivíduos; os acordos que englobavam a instauração de um regime dual, conferindo à potência colonial direitos e obrigações

¹¹ Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.* pp. 5-6. | Cirkovic, E. (2007). « Self-Determination and ... » *op cit.* pp. 375-399.

¹² Anaya, J. (2004). *Indigineous People in ... op cit.* pp. 17-19. | Cirkovic, E. (2007). « Self-Determination and ... » *op cit.* pp. 375-399.

¹³ Ahrén, M. (2016). *Indigenous Peoples Status ... op cit.* pp. 7- 10.

concernentes ao governo externo, mas preservando a autonomia indígena em relação às terras e questões internas; e os tratados que estabeleceram limites entre os conquistadores e os povos indígenas, delimitando, assim, esferas de soberania e jurisdição.¹⁴

Já numa perspectiva pós-Paz de Westfália, é fulcral reconhecer que as considerações elaboradas pela Escola Espanhola tiveram um impacto limitado diante das aspirações ligadas à conquista e colonização. Com efeito, a tendência ao voluntarismo jurídico semi-absoluto dos Estados, característico do Direito Internacional Público do século XIX, contribuiu para a negação da universalidade dos Direitos Humanos; sobretudo ao permitir que soberanias impusessem seus sistemas normativos sobre povos subjugados. Também é possível afirmar, de acordo com Mazel, que a supremacia estatal semi-absoluta contribuiu para a racionalização da justificativa legal para a aquisição de terras indígenas por potências colonizadoras.

Nesse contexto, a aplicação do princípio da *terra nullius* era considerada aceitável e amplamente praticada.¹⁵ Em outras palavras, as terras “descobertas” poderiam ser adquiridas pelas nações que externassem tal intenção. Desse modo, originou-se uma representação fictícia do mundo: as terras eram tidas como desabitadas, ignorando-se a ocupação indígena.¹⁶

É inegável que, até meados do século XX, os povos indígenas, embora recebessem certa atenção internacional e também fossem tratados como meros objetos em algumas relações, ainda não desfrutavam de direitos próprios em grau de equivalência aos do europeu médio. Em uma perspectiva jurisprudencial, por exemplo, a Corte Permanente de Arbitragem proclamou que os tratados celebrados entre o Estado holandês e líderes de povos nativos não ostentariam, segundo o Direito Internacional, a capacidade de gerar direitos e obrigações jurídicas.¹⁷

O cenário sofreu uma transformação significativa a partir da segunda metade do século XX. É no contexto pós-Segunda Guerra Mundial e sob a égide da recém-estabelecida Organização das Nações Unidas que a discricionariedade com a qual

¹⁴ Orellana, M. (2002). Indigenous Peoples, Mining... op cit.. p. 5

¹⁵ Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » op cit.. pp. 140-158.

¹⁶ Em 1975, a Corte Internacional de Justiça proferiu um veredito que desqualificava o Saara Ocidental, habitado outrora por povos nômades durante a época de colonização, de ser tratado como um território sem dono, ou terra nullius. Tal determinação se baseou na evidência de que essas tribos, embora nômades por natureza, possuíam uma organização social que lhes conferia legítima soberania sobre suas terras. Orellana, M. (2002). Indigenous Peoples, Mining... op cit.. pp. 5-9 | Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in International Law » in Adat and Indigeneity in Indonesia: Culture and Entitlements between Heteronomy and Self-Ascription [online], pp. 17- 29, Göttingen University Press, Göttingen (Visitado em 2 de junho de 2023). Disponível em: <<http://books.openedition.org/gup/163>>. | Guillaume, G. (1994). Les grandes crises internationales et le droit, Éditions du Seuil, pp. 105-135, Paris.

¹⁷ Recueil des sentences arbitrales. (1928). Island of Palmas case (Netherlands, V. USA), p. 858.

algumas soberanias tratavam seus cidadãos passou a ser sistematicamente questionada. É nesse contexto que os princípios do direito natural, uma vez aceitos e reconhecidos pelos Estados como Direito, se conformaram ao que hoje compreendemos como Direitos Humanos.¹⁸

Depois, as teorias que sustentavam o colonialismo mostraram-se anacrônicas perante o cenário internacional em desenvolvimento; em virtude da conscientização de questões como a privação do autogoverno dos povos e, igualmente, em decorrência do surgimento de novas correntes teóricas no âmbito do Direito Internacional. A defesa dos princípios internacionais da autodeterminação e de *uti possidetis juris*¹⁹ desencadeou uma transformação radical no cenário político internacional.

Nessa ótica, a Carta das Nações Unidas ostenta a importância de promover, entre outros direitos humanos, o princípio da autodeterminação dos povos, ao mesmo tempo em que restringe a adesão dos Estados-Membros à incorporação de preceitos internacionais, como a não interferência em assuntos internos e a preservação da integridade territorial.²⁰

Entretanto, o intento descolonizador implementado pela Carta não primava, necessariamente, por conceder benefícios específicos às populações indígenas, haja vista que as disposições adotadas visavam, de maneira geral, as comunidades colonizadas, negligenciando a heterogeneidade dos fatores e particularidades que podem constituir uma nação, bem como o relacionamento dessas minorias com o poder estatal.²¹

Este panorama, vale ressaltar, modificou-se ao ponto de revelar notável avanço no processo de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, como decorrência direta da emergência de tratados e convenções internacionais, tais como a Convenção n.º 107 sobre Populações Aborígenes e Tribais e a Convenção n.º 169, ambas promulgadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que progressivamente passaram a incorporar o escopo dos costumes internacionais. Apesar de compartilharem o caráter

¹⁸ Mazel sustenta que o discurso de Direitos Humanos contemporâneo valoriza as prerrogativas dos seres humanos em detrimento das prerrogativas do Estado, o que contraria o *dictum* anacrônico de que o Estado representaria um fim em si mesmo. Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » *op cit.* pp. 140-158.

¹⁹ O princípio jurídico de *uti possidetis*, ao ser adotado, conferiu legitimidade e estabilidade no processo de delimitação das fronteiras dos estados recém-formados, efetivamente prevenindo a ocorrência de conflitos e interferências coloniais. Contudo, é necessário salientar que esse mesmo princípio também teve o efeito indesejado de perpetuar desigualdades ao criar uma divisão artificial dos territórios habitados pelos povos indígenas. Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.* pp. 5-12

²⁰ Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » *op cit.* pp. 140-158. | Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.* pp. 6-8. | Cirkovic, E. (2007). « Self-Determination and ... » *op cit.* pp. 375-399. | Kingsbury, B. e Grodinsky, W. (1992). « Self-Determination and "Indigenous Peoples" » *in Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 86, pp. 383-397.

²¹ Neste sentido, Mazel complementa que: "International normative principles were yet to truly incorporate Indigenous People within the ambit of international concern". Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » *op cit.* pp. 140-158. | Wolfrum, R. (1999). « The Protection of Indigenous Peoples in International Law » *in Heidelberg Journal of International Law*, pp. 369-382, Heidelberg.

pioneiro ao abordar de forma direta a temática dos direitos indígenas no contexto internacional, os instrumentos internacionais diferem na medida em que o primeiro - aprovado em 1957 e adotado dois anos após - propõe uma abordagem assimiladora das comunidades indígenas em relação à sociedade soberana em que estão inseridas; ao passo que o segundo - adotado em 1989 - possui uma abordagem fundamentada na preservação da identidade cultural desses povos.²²

Com efeito, a Convenção n.º 107 sobre Populações Aborígenes e Tribais preconizava a assimilação e integração das populações indígenas à população nacional de seus respectivos Estados, o que provocou críticas contundentes em relação à sua abordagem. Depois, adotou uma abordagem restritiva e inadequada no que se refere às populações em questão, em especial ao defini-las como descendentes daqueles que habitaram o país durante o período da colonização. Esta definição *per se* nos traz dois claros problemas: primeiro, ao suprimir a possibilidade de autodeterminação desses povos, ela limita sua capacidade de exercerem livremente seus direitos e de participarem ativamente na definição de suas próprias políticas e estruturas sociais.

Segundo, ao associar exclusivamente a condição indígena à ancestralidade durante o período colonial, a Convenção desconsidera as dinâmicas complexas de identidade e pertencimento que evoluíram ao longo do tempo, negando a validade das identidades indígenas contemporâneas e perpetuando estigmas e marginalização. Ambos os problemas ressaltaram a necessidade de uma revisão crítica dessas abordagens e da promoção de uma perspectiva mais inclusiva e respeitosa dos direitos e da dignidade dos povos indígenas.

Apesar das críticas direcionadas à Convenção n.º 107 e da inegável necessidade de superar os princípios ligados à assimilação, Colborn esclarece que as soberanias envolvidas no processo de redação do instrumento internacional demonstraram emoções distintas em relação à aprovação de seu texto. Enquanto alguns países sustentavam a opinião de que o instrumento ia além dos limites ao acomodar os direitos dos povos indígenas, outros consideravam que o arcabouço jurídico proposto pelo documento não era suficientemente satisfatório.²³

²² De acordo com Göcke, outro ponto de partida crucial para a mobilização internacional em prol dos direitos indígenas, teve origem na Conferência das Nações Unidas sobre a Discriminação das Comunidades Indígenas, realizada em 1977 em Genebra. Tal conferência foi notável por representar um avanço significativo na mobilização global dos povos indígenas. Mais de 150 representantes de grupos indígenas participaram desse evento, que estabeleceu parcerias para a reivindicação de direitos por parte de comunidades e organizações indígenas. Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in ... » *op cit.* pp. 17-29. | Colborn, J. (1994). « International Labour Organisation... » *op cit.* , pp. 1-15. | Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining...* *op cit.* pp. 6-8.

²³ Wolfrum, R. (1999). « The Protection of ... » *op cit.* pp. 369-382. | Colborn, J. (1994). « International Labour Organisation... » *op cit.* , pp. 1-15.

Uma mudança positiva decorrente do advento da Convenção n.º 169 reside no nível de efetividade com o qual os povos indígenas passaram a poder participar das decisões e políticas públicas que os afetam. Enquanto a Convenção sobre Populações Aborígenes e Tribais utilizava termos e expressões genéricas que se referiam à colaboração entre o governo interno e os povos indígenas, a Convenção n.º 169 foi mais precisa ao estabelecer a obrigatoriedade de consulta entre os governos e esses povos, sempre que medidas administrativas ou legislativas estiverem sendo consideradas e possuam o potencial de afetar diretamente essas populações. Além disso, o instrumento buscou fornecer a esses grupos mecanismos para contestar não apenas os processos de consulta, mas também propostas legislativas, especialmente quando estas não estão em conformidade com o princípio da boa fé.²⁴

Neste seguimento, o Artigo 24º da Constituição da OIT estipula que uma entidade internacional ou nacional de empregadores ou trabalhadores pode apresentar uma espécie de representação à referida Organização, embasada na constatação de que um Estado membro não assegurou de maneira satisfatória a implementação de uma Convenção que tenha ratificado.

Após o seguimento desses procedimentos, um comitê tripartite examinará a referida petição e encaminhará um relatório ao Conselho de Administração, podendo este exigir que o Estado membro adote medidas específicas para solucionar a ilegalidade em questão. Esse mecanismo de solução de disputas, defende Orellana, tem estabelecido alianças construtivas entre comunidades indígenas e sindicatos de trabalhadores, nas quais estes últimos têm apresentado petições fornecendo evidências acerca da negligência do Estado no cumprimento de suas obrigações internacionais.²⁵

Conforme expresso pelo *Permanent Forum on Indigenous Issues*,²⁶ a ampla aceitação da norma de consulta exemplifica sua consolidação como um elemento intrínseco do direito consuetudinário. Orellana complementa essa perspectiva ao justificar que esse desenvolvimento foi impulsionado pela notável adoção desses princípios constitucionais e legislativos internos por várias soberanias, estabelecendo assim a *opinio iuris* necessária para a validade do direito costumeiro. No entanto, as minúcias relativas

²⁴ Colborn, J. (1994). « International Labour Organisation... » *op cit.*, pp. 1-15.

²⁵ Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.*, pp. 6-8.

²⁶ Em 2000, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas estabeleceu o *Permanent Forum on Indigenous Issues*. Incumbe ao mencionado Fórum a missão de prover diretrizes e recomendações ao Conselho Econômico e Social, abarcando questões indígenas relativas ao desenvolvimento socioeconômico, cultura, meio ambiente, educação, saúde e direitos humanos. Adicionalmente, busca-se fomentar a consciência e promover a preparação e divulgação de informações acerca dessas temáticas. O Fórum é constituído por 16 especialistas (sendo 8 indicados pelos governos e 8 pelo Presidente do Conselho Econômico e Social). Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.*, pp. 5-8.

à extensão e ao conteúdo da norma são mais incertas, especialmente quando se trata de determinar se o direito dos povos indígenas à participação nas decisões que os afetam abarca um poder de veto sobre as ações do Estado.²⁷

No que diz respeito à temática das terras indígenas, pode-se afirmar que a Convenção n.º 107, conforme citado por Colborn, revelou-se ineficaz em sua missão de reconhecer e proteger os direitos territoriais dos povos indígenas, especialmente os que remontavam a um período anterior à promulgação da própria convenção e se encontravam sob ocupação ou utilização para exploração de recursos naturais.²⁸

A Convenção n.º 169, por sua vez, além de estabelecer procedimentos específicos para que o Estado possa iniciar a expropriação de terras ocupadas por esses povos, determinou igualmente que terras detentoras de atributos capazes de suprir suas necessidades, deveriam ser restituídas àqueles que foram previamente expropriados, ainda que a restituição se mostrasse inviável.²⁹

A evolução do pensamento jurídico é claramente evidenciada ao examinarmos a abordagem das Convenções em relação aos recursos provenientes do subsolo. Enquanto a Convenção n.º 107 permitia que os governos realocassem tribos indígenas com o propósito de extrair recursos naturais, a Convenção n.º 169 propõe uma abordagem mais colaborativa, ao sugerir a gestão conjunta dos recursos e a subsequente partilha de lucros entre o governo e as tribos indígenas. Por exemplo, o artigo 15º, dispõe que: "os direitos dos povos interessados aos recursos naturais pertencentes às suas terras devem ser especialmente protegidos". Além disso, é estabelecido que o Estado tem a responsabilidade de compensar quaisquer danos sofridos pelos povos indígenas em decorrência dessa exploração.³⁰

Apresentamos apenas alguns exemplos entre muitos que poderiam ser mencionados no contexto do Direito Internacional Público. Para além dessas referências, destacam-se a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948),³¹

²⁷ Document E/C.19/2012/1

²⁸ Ademais, a utilização de termos genéricos pelo referido instrumento não proporcionou segurança jurídica para a garantia dessas terras indígenas. Isso se deve ao fato de que a utilização de expressões como "*ownership of traditionally occupied lands*" sem uma explicação prévia das minúcias e implicações do termo não contribui significativamente para a preservação dos direitos territoriais dos povos indígenas. Colborn, J. (1994). « International Labour Organisation... » *op cit.*, pp. 1-15.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Quanto aos possíveis danos a serem considerados: "(...) the destruction and contamination of the environment and ecosystems. This includes soil erosion, the reduction of flora and fauna and loss of biodiversity in their lands and territories, the constant pressure over their territories, and the loss of natural resources for fishing, hunting, gathering, herding, and other agricultural activities". Document E/C.19/2012/1

³¹ A Convenção para a Prevenção do Genocídio, adotada pelas Nações Unidas em 1948, tem como objetivo prevenir e punir atos de genocídio, como o assassinato, a violência e a destruição deliberada de grupos étnicos, raciais ou religiosos específicos. Nesse contexto, os povos indígenas, que ao longo da história enfrentaram marginalização, discriminação e violência, encontram-se frequentemente expostos ao risco de vivenciar genocídio e, portanto, se beneficiam da proteção oferecida por este instrumento internacional. ONU (1948). Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, Art. 2º.

o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966),³² o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1969),³³ a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1969)³⁴ e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).³⁵ Essas convenções merecem atenção e reconhecimento internacional, embora algumas delas tratem apenas implicitamente de questões relacionadas aos povos indígenas.

Numa perspectiva mais recente, mais precisamente em setembro de 2007, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que, nas palavras de Barelli, veio com o intento de preencher uma lacuna de extrema importância, conferindo uma salvaguarda universal aos direitos dos povos indígenas ao mesmo tempo em que almeja-se que tal Declaração assegure coerência a um regime previamente marcado por divergentes abordagens.³⁶

A Declaração fundamenta-se primordialmente no reconhecimento dos direitos coletivos, aclamando expressamente a prerrogativa da autodeterminação de um conjunto “subestatal” e, igualmente importante, estabelecendo o princípio da autonomia em sua essência. Outras disposições notavelmente sólidas abordam a temática dos direitos territoriais, ou seja, a prerrogativa dos povos indígenas de serem titulares de seus domínios, assim como o direito à restituição, incluindo a reparação, das terras que lhes foram despojadas sem seu prévio e livre consentimento.^{37 38}

A avaliação do grau de consenso em torno da Declaração é de certa importância nesse contexto, pois demonstra o nível de concordância alcançado entre as partes

³² Embora este instrumento internacional não mencione explicitamente os povos indígenas, alguns de seus artigos possuem aplicabilidade relevante. Seu primeiro artigo consagra o direito inalienável dos povos de determinarem livremente seu status político e dedicarem-se ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Os Estados Partes no Pacto se comprometem a fomentar o exercício do direito à autodeterminação dos povos e a respeitar plenamente essa prerrogativa, em conformidade com os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas. O preceito estabelecido no artigo 27º, por sua vez, define que, nos países onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, é necessário garantir que os membros dessas comunidades tenham pleno direito de desfrutar de sua própria cultura, praticar sua religião livremente e usar sua língua materna, em harmonia com os demais membros de sua comunidade. ONU (1966). Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Art. 1º e Art. 27º.

³³ O artigo 1º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui idêntica redação ao do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, conforme elucidado *supra*. ONU (1966). Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Art. 1º.

³⁴ Cfm. a este respeito, Mazel: “(...) it has become an important instrument in the elimination of discrimination in areas important to indigenous peoples, including property rights and the right to political participation”. Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » *op cit.* pp. 140-158.

³⁵ O artigo 30º desta Convenção determina que no caso de Estados que possuam minorias étnicas, religiosas, linguísticas ou povos indígenas, é vedada a privação do direito de crianças pertencentes a tais grupos de desfrutar, juntamente com seus membros, de sua própria vida cultural, exercer sua religião e utilizar sua própria língua. UNICEF (1989). Convenção sobre os Direitos da Criança, Art. 30º.

³⁶ Barelli, M. (2009). « The Role of Soft Law in the International Legal System: the Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », in *International & Comparative Law Quarterly*, 58 (4), pp.957-983, Cambridge.

³⁷ ONU (2007). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Art. 3º, Art. 4º, Art. 26º, Art. 28º e Art 32º. | Engle, K. (2011) « On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights » in *The European Journal of International Law* Vol. 22 no. 1, pp. 141-163,

³⁸ A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas não ficou isenta de críticas, como observado por Barelli, que afirma que: “(...) the declaration adds no new rights but rather is simply a statement of what already exists in customary international law”. Barelli, M. (2009). « The Role of ... » *op cit.* pp. 957-983.

envolvidas. O processo de elaboração da Resolução recebeu apoio não somente por parte dos Estados, mas também do sistema das Nações Unidas, o que reforça sua legitimidade e respaldo internacional. Nesse contexto, é imperativo observar que a grande maioria dos países manifestaram seu voto favorável à Declaração tanto no Conselho de Direitos Humanos quanto na Assembleia Geral, e Barelli complementa que este consenso, alcançado por uma "maioria esmagadora", pode ser devidamente compreendido como uma "convergência de opinião internacional".³⁹

Ao abordar a configuração da Resolução, isto é, a forma pela qual este instrumento se concretizou, estamos lidando com uma resolução da Assembleia Geral, caracterizada como uma norma de *soft law*, ou seja, uma norma de natureza não vinculativa.⁴⁰ É oportuno salientar que a adoção de uma resolução da Assembleia Geral não constitui, por si só, evidência da existência de normas internacionais, nem tampouco gera instantaneamente um novo direito internacional costumeiro.

Embora tais fatos não obstruam a possibilidade de a Declaração produzir efeitos no âmbito do direito internacional consuetudinário, é fato que as resoluções da Assembleia Geral, ainda que desprovidas de caráter vinculante, podem fornecer evidências de grande relevância para a consolidação de uma norma internacional emergente ou o estabelecimento de uma *opinio iuris* favorável à matéria em discussão. Em contraste com a falta de coercibilidade inerente a essas normas em geral, uma vantagem significativa decorrente da utilização do *soft law* reside em seu processo formativo, o qual possibilita a participação de outros atores não estatais que, de outra maneira, não poderiam estar envolvidos em todas as etapas da formação de instrumentos mais tradicionais do Direito Internacional.⁴¹

Cumprе ressaltar, adicionalmente, que o Direito à autodeterminação, mencionado no artigo 3º da Declaração, não possui intenções originárias, ou seja, não cria o direito em si, mas assume exclusivamente um caráter declarativo e reconhece a sua existência. O direito à autodeterminação dos povos indígenas está intrinsecamente ligado à salvaguarda de seus direitos coletivos, à preservação de sua herança cultural e à promoção de sua efetiva participação nas tomadas de decisões que os envolvam.⁴² Nesse sentido, é oportuno enfatizar que mesmo a inclusão do princípio da autodeterminação na Carta das

³⁹ Adotada por uma votação registrada com 143 votos a favor, 11 abstenções, e 4 votos contra (Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia). A/RES/61/295

⁴⁰ Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*, Editora Revista dos Tribunais, 2a ed, p. 117, São Paulo. | Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in ... » *op cit.*, pp. 17- 29.

⁴¹ Barelli, M. (2009). « The Role of ... » *op cit.*, pp. 957-983.

⁴² ONU (2007). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Art. 3º.

Nações Unidas ocorreu em um contexto ligado aos objetivos mais amplos da organização, que visavam promover a paz, a cooperação internacional e o respeito aos Direitos Humanos.

É importante observar que, inicialmente, essa inclusão não foi especificamente direcionada às necessidades e demandas dos povos indígenas. Além disso, a autodeterminação, conforme abordada por Göcke, não deve ser erroneamente associada à secessão. De acordo com o artigo 2º, parágrafo 4 da Carta das Nações Unidas, qualquer tentativa de vincular o direito à autodeterminação à secessão seria considerada contrária aos princípios da própria organização.

Ao contrário, argumentam Kingsbury e Grodinsky, isso significaria a possibilidade da emergência de múltiplos Estados menores como resultado de uma potencial aplicação irrestrita do princípio da autodeterminação; e essa proliferação acarretaria em consequências jurídicas e políticas capazes de gerar incidentes e instabilidades relacionados à soberania e integridade dos Estados. Reiterando, é fundamental compreender que a autodeterminação não implica automaticamente na possibilidade de uma comunidade indígena se separar e formar um Estado independente.⁴³

Seguindo esta análise, é possível discernir duas dimensões fundamentais no conceito de autodeterminação. A dimensão externa resta ligada ao direito dos povos em possuir uma personalidade internacional e participar do sistema internacional como entidades distintas. Esta dimensão reconhece a importância da autogestão e do reconhecimento dos povos indígenas como atores legítimos no âmbito internacional.

Por outro lado, a dimensão interna da autodeterminação refere-se ao direito dos povos indígenas de exercerem autonomia em questões que impactam diretamente suas comunidades. Com efeito, a autodeterminação externa constitui um tema de considerável complexidade, suscitando debates e discussões a respeito de seus limites e condições de aplicação. Nessa perspectiva, a posição defendida por Göcke distingue-se ao postular que tal direito deve ser considerado excepcional e admissível apenas em circunstâncias extremas, sobretudo quando violações sistemáticas de direitos humanos se fazem presentes; e o argumento reflete a preocupação em equilibrar o princípio da autodeterminação com a necessidade de preservar a ordem internacional.⁴⁴

⁴³ Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.* pp. 5-8. | Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in ... » *op cit.* pp. 17- 29. | Kingsbury, B. e Grodinsky, W. (1992). « Self-Determination and "Indigenous Peoples" » *in Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), Vol. 86, pp. 383-397.

⁴⁴ Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in ... » *op cit.* pp. 17- 29.

Por fim, a relação entre o conteúdo da Declaração sobre os Direitos Indígenas e o ordenamento jurídico vigente, incluindo o princípio internacional da autodeterminação dos povos, é essencial para compreender a proteção e o reconhecimento dos direitos indígenas em nível global. Ao examinar tanto os direitos e princípios já consagrados, como os emergentes no âmbito dos Direitos Humanos Internacionais e do regime jurídico dos povos indígenas, a Declaração - em alguns pontos - desafia a própria essência da soberania estatal. Os direitos *sui generis* atribuídos aos povos indígenas são elucidados nesse contexto, evidenciando a solidez da substância da Declaração.

Essa complexa interação entre o instrumento declaratório e o corpo normativo preexistente ressalta a contínua relevância do reconhecimento e salvaguarda dos direitos indígenas no cenário internacional, fortalecendo a necessidade imperativa de implementação efetiva desses direitos tanto em âmbito nacional quanto internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história, a relação entre o Direito Internacional Público e os povos indígenas tem sido complexa e caracterizada por ambiguidades. Desde os primórdios dessa relação, o discurso jurídico tem sido repetidamente utilizado para justificar a apropriação de terras e recursos naturais pertencentes a estes povos. No entanto, a evolução do Direito Internacional Público revelou mudanças significativas na compreensão e no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Após a Segunda Guerra Mundial, com o estabelecimento das Nações Unidas, houve uma crescente conscientização e questionamento da discriminação e da dominação exercidas por algumas soberanias; e os princípios do direito natural passaram a ser cada vez mais aceitos e reconhecidos como direitos humanos fundamentais.

As teorias que sustentavam o colonialismo tornaram-se obsoletas diante do cenário internacional em desenvolvimento. A defesa dos princípios da autodeterminação e de *uti possidetis juris* desencadeou uma transformação radical no panorama político internacional. A Carta das Nações Unidas passou a promover o princípio da autodeterminação dos povos e a restringir a interferência nos assuntos internos, além de defender a preservação da integridade territorial. Também é importante reconhecer que as disposições adotadas no processo de descolonização nem sempre beneficiaram especificamente as populações indígenas. A abordagem inicialmente adotada pela Convenção n.º 107 sobre Populações Aborígenes e Tribais, promovida pela Organização Internacional do Trabalho, foi criticada por sua tendência assimilacionista e pela definição restritiva de indígena.

Somente com a adoção da Convenção n.º 169, em 1989, uma abordagem mais inclusiva e respeitosa dos direitos e da dignidade dos povos indígenas começou a ser promovida. Essa convenção reconhece a importância da preservação da identidade cultural dos povos indígenas e estabelece a obrigação de consulta e participação desses povos nas decisões que os afetam. Esses avanços representam uma mudança significativa na forma como os direitos dos povos indígenas são reconhecidos e protegidos pelo Direito Internacional. Além disso, mecanismos como os de solução de disputas da Organização Internacional do Trabalho parecem ter fortalecido a voz e a participação dos povos indígenas na defesa de seus direitos.

Isto posto, ainda há desafios a serem superados. A norma de consulta e participação dos povos indígenas, por exemplo, ainda não é amplamente implementada e enfrenta

dificuldades na definição de sua extensão e conteúdo. Além disso, a questão da terra e dos recursos naturais continua sendo um ponto de tensão e conflito entre os povos indígenas e os Estados nacionais. Muitas comunidades indígenas ainda lutam para reivindicar e proteger seus territórios tradicionais, enfrentando desafios como a exploração ilegal de recursos naturais e a construção de infraestruturas sem o consentimento prévio e informado destes povos. A falta de implementação efetiva das leis e políticas de proteção aos direitos indígenas também é uma questão premente. Em suma, apesar dos avanços no reconhecimento legal, muitas vezes há uma lacuna entre as garantias teóricas e a realidade vivida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHRËN, M. (2016). **Indigenous People Status in the International Legal System**, Oxford University Press, Oxford.

ANAYA, J. (2004). **Indigeneous People in International Law**, Oxford University Press, Oxford.

BARELLI, M. (2009). The Role of Soft Law in the International Legal System: the Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, **in International & Comparative Law Quarterly**, 58 (4), Cambridge.

CIRKOVIC, E. (2007). Self-Determination and Indigenous Peoples in International Law **in American Indian Law Review**, Vol. 31, No. 2, Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law.

COLBORN, J. (1994). International Labour Organisation Convention Number 169: Celebrate The Differences **in Willamette Bulletin of International Law and Policy**, Vol. 2, No. 1.

ENGLE, K. (2011) On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights **in The European Journal of International Law** Vol. 22 no. 1,

FARIAS, E. (2021). « O Fenômeno De humanização Do Direito Internacional através Da Teoria pós-Moderna De Cançado Trindade ». *De Legibus - Revista De Direito Da Universidade Lusófona Lisboa*, n. 2 (Janeiro), 12.

GÖCKE, K. (2013). Indigenous Peoples in International Law **in Adat and Indigeneity in Indonesia: Culture and Entitlements between Heteronomy and Self-Ascription** [online], Göttingen University Press, Göttingen (Visitado em 2 de junho de 2023). Disponível em: <<http://books.openedition.org/gup/163>>.

GUILLAUME, G. (1994). **Les grandes crises internationales et le droit**, Éditions du Seuil, Paris.

KINGSBURY, B. e Grodinsky, W. (1992). Self-Determination and "Indigenous Peoples" **in Proceedings of the Annual Meeting** (American Society of International Law), Vol. 86.

MAZEL, O. (2009). The Evolution of Rights: Indigenous Peoples and International Law **in Australian Indigenous Law Review**, Vol. 13, No. 1.

MAZZUOLI, V. (2007). **Curso de Direito Internacional Público**, Editora Revista dos Tribunais, 2a ed, São Paulo.

ORELLANA, M. (2002). **Indigenous Peoples, Mining, and International Law**, MMSD Working Paper No. 2, International Institute for Environment and Development, Londres.

TRINDADE, A. (2006). **A humanização do Direito Internacional**, Editora Del Rey, Belo Horizonte.

WOLFRUM, R. (1999). The Protection of Indigenous Peoples in International Law **in Heidelberg Journal of InTernational Law**, Heidelberg.

REFERÊNCIAS DE TRATADOS E DOCUMENTOS:

1928 - Island of Palmas case (Netherlands, V. USA).

1945 - Carta das Nações Unidas.

1948 - Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

1965 - Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

1966 - Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

1966- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

1989 - Convenção sobre os Direitos da Criança.

1989 - Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho.

2007 - Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Document E/C.19/2012/1.

Document E/CN.4/Sub. 2/L.566.

Document E/C.19/2012/1

Resolução A/RES/61/295.



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO



IBEROJUR

INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 3, Número 2,
Ano 3
2022

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt