

V. 25 ♦ N. 2 ♦ JULHO/DEZEMBRO ♦ 2023

ISSN 2236-8957

REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Julho/Dezembro
V. 25 - n. 2 - Ano 2023

Rio de Janeiro

© 2023 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão on-line)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe:

Des. Jessé Torres Pereira Júnior, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, EMERJ, Brasil.

Editor-Adjunto:

Dr. Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Universidad de Salamanca, USAL, Espanha.

Conselho Editorial:

Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.

Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil.

Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.

Dr. Anderson de Paiva Gabriel, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá, UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Me. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Universitat de Barcelona, UB, Espanha.

Dra. Carolina Uzeda Libardoni, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.

Dr. Cesar Felipe Cury, Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.

Dr. Daniel Vianna Vargas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Dr. Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.

Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro UERJ, Brasil.

Dra. Janaína Soares Noleto, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.

Dr. Luciano Vianna Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio, Brasil.

Dr. Rafael Estrela Nóbrega, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.

Dr. Rodrigo Borges Valadão, Albert-Ludwigs-Universitaet Freiburg, UNI FREIBURG, Alemanha.

Dra. Thais Amoroso Paschoal, Universidade Estadual Paulista, UNESP, Brasil.

Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral, Universidade Federal do Espírito Santo, UFES, Brasil.

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Diretor-Geral

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Equipe Administrativa

Diretora do Departamento de Pós-Graduação em Direito:

Ana Cristina Willemann

Diretora da Divisão de Sec. Acadêmico-Científica/Revisão de texto:

Marta Maria Crespo Rodriguez

Execução Administrativa e Pesquisa:

Yanka Albertin Sodré da Silva

Produção Gráfico-Editorial

Chefe do Serviço de Design Gráfico:

Ébano Machel do Rosario Assis

Capa e Diagramação:

Rafaelle Neves

Sumário

7 | Apresentação

Jessé Torres

9 | Absolvição por Clemência à Luz da Soberania dos Veredictos: (Im)Possibilidade de Apelação Contra Decisão Manifestamente Contrária à Prova dos Autos?

Nilson Luis Lacerda

22 | A Justiça 4.0 como Ferramenta de Eficiência: O Caso Ambiental

Admara Falante Schneider

Andréa Cristiane Sales Moreira

31 | Introdução ao Direito das Sucessões na Alemanha

Leonardo Estevam de Assis Zanini

56 | Direito Regulatório Econômico: Qual o Nosso Ponto de Partida?

Humberto Eustáquio César Mota Filho

76 | O Plágio Nosso de Cada Dia

Leonardo Arquimimo de Carvalho

83 | Migração Sul-Sul: Uma Análise Crítica do Discurso Sobre a Construção Midiática dos Refugiados Venezuelanos no Brasil

Bruna Carvalho Badaró de Melo

112 | As Estratégias de Conciliação no Novo Código de Processo Civil: Um Olhar Através da Teoria dos Jogos

Thiago Ferreira Cordeiro

136 | Contratações Diretas Realizadas no Exterior por Órgãos Vinculados aos Comandos Militares

Marinês Restelatto Dotti

151 | Explicando Partículas Subatômicas com a Física Newtoniana: Uma Breve Análise do Resp N. 1.977.172 – PR

Humberto Tostes Ferreira

Apresentação

Este volume 25, número 2, da Revista da EMERJ, inaugura a atualização do sistema OJS, a que se procedeu almejando o aperfeiçoamento do periódico e a expansão da experiência do leitor. Ao clicarmos no site <https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/index>, encontraremos as normas e políticas editoriais, os conteúdos anteriores e atuais da Revista, bem como um espaço de “Notícias” para informações e chamadas para novos textos.

OJS é a sigla designativa de *Open Journal System*, conhecido no Brasil como Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER), cujas principais vantagens são a possibilidade de instalação e gerenciamento personalizado, permitindo que o editor faça alterações a qualquer momento. Em sua mais recente atualização, o sistema operacional incorporou alterações e suas configurações foram simplificadas, também melhor organizando a submissão de artigos e facilitando o trabalho do editor. Recomendado pela CAPES, o OJS é gratuito e pode ser instalado em qualquer servidor local, tornando-se ferramenta flexível e acessível.

Tratando-se de periódico voltado para operadores do Direito, a Revista da EMERJ timbra de rigor em oferecer a seus leitores textos que os aproximem cada vez mais das novas angulações e responsabilidades que tendem a caracterizar o exercício da função judiciária no presente e no futuro previsível.

Em tese de doutorado recentemente aprovada e publicada, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro e professor em cursos de pós-graduação, Dr. Flavio de Araújo Willeman, faz ver que:

O Poder Judiciário, atualmente, está verdadeiramente presente na vida em sociedade – tal qual o Poder Executivo – e promove profundas interferências, positivas e negativas, na vida do cidadão. A atuação artesanal da promoção da justiça é algo sepultado em passado anterior à Constituição da República de 1988. O Poder Judiciário brasileiro está à frente do seu tempo na busca da moderna prestação jurisdicional, considerando não apenas o incremento material e tecnológico realizado nos últimos vinte anos, mas, sobretudo, de pessoal – juízes e servidores – para fazer frente a uma judicialização em massa que já ultrapassa os mais de oitenta milhões de processos pendentes de julgamento em 2022. Essa realidade é inegável e permite concluir que a vida das pessoas no Brasil é altamente judicializada e, por isso, exposta ao risco estatal judicial. [...] Neste contexto, considerando-se a dinâmica de um processo judicial, há riscos a eles inerentes que o sistema processual buscou abrandar ou contornar para patamares aceitáveis com a previsão de uma grande quantidade de recursos ou expedientes processuais outros que permitem a correção de eventuais equívocos procedimentais ou de julgamentos por instâncias revisoras. A isso denomina-se risco normal processual. Entretanto, a constante interferência do Poder Judiciário na vida em sociedade [...], a judicialização em massa, a alteração do sistema de difusão de informação processuais [...], a divulgação de julgamentos pela televisão ou pela internet, a circulação de informações por redes sociais múltiplas, de alcance rápido de pessoas e em quantidade não passível de mensuração, trazem consigo um risco anormal ou extraordinário para a atividade judicial, que deve ser considerado para fins de incidência da regra da responsabilidade civil estatal objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988.¹

É para esses riscos normais e anormais da atividade judiciária que a Revista da EMERJ está se voltando, com ajuda da atualizada tecnologia OJS.

Convidamos para a leitura dos artigos integrantes desta edição, a começar por “Absolvição por clemência à luz da soberania dos veredictos: (im)possibilidade de apelação contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos?”, de Nilson Luis Lacerda. O autor pondera que o modelo de júri adotado no Brasil deita raízes na ideologia francesa de total liberdade de consciência do jurado, desobrigando-o do dever de fundamentação ou de expedir juízo de racionalidade. Todavia, observa que, em face da concepção contemporânea de Estado, a decisão absolutória dos jurados por clemência deve ser controlada de modo a evitar arbítrio e decisões influenciadas por discursos que admitem o uso da violência em situação vedada pela Constituição.

¹ WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil do Estado por risco jurisdicional anormal no Brasil*: por uma nova teoria sobre a responsabilidade do Estado juiz. Rio de Janeiro: Editora CEEJ, 2023. p. 426-427.

Adiante, no artigo “A Justiça 4.0 como ferramenta de eficiência: o caso ambiental”, Admara Falante Schneider e Andréa Cristiane Sales Moreira analisam a importância da Justiça Digital, apresentando fundamentos teóricos e legais para melhor compreensão da Justiça 4.0 e sua contribuição para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos na Agenda 2030 da ONU.

No artigo “Introdução ao direito das sucessões da Alemanha”, Leonardo Estevam de Assis Zanini estuda a fundamentação constitucional e as fontes legais em relação ao direito das sucessões na Alemanha, ensejando o exame das principais regras que tratam das sucessões legítima e testamentária. Segundo o autor, a legislação alemã apresenta importantes pontos de divergência em relação à legislação brasileira, uma vez que foi construída levando em conta as tradições culturais germânicas e o sistema de parentela.

Já em “Direito Regulatório Econômico: qual o nosso ponto de partida?”, Humberto Eustáquio César Mota Filho busca identificar, a partir de marcos teóricos, algumas possíveis contribuições para uma intervenção estatal que pareça mais adequada na economia em face do modelo do Estado regulador brasileiro.

O texto “O plágio nosso de cada dia”, de Leonardo Arquimimo de Carvalho, chama a atenção para o plágio no ambiente acadêmico e jurídico, acentuando que o advento da internet facilitou a cópia sem a atribuição da devida referência. O autor questiona, no entanto, quais seriam as melhores estratégias para enfrentar o problema do plágio sem precisar valer-se de instrumentos punitivos.

Examinar as motivações dos deslocamentos de pessoas da Venezuela no movimento da migração Sul-Sul, entre 2016 e 2021, foi o tema que a pesquisadora brasileira Bruna Carvalho Badaró de Melo apresentou na Universidade de Malmö, Suécia, obtendo aprovação. O artigo “Migração Sul-Sul: uma análise crítica do discurso sobre a construção midiática dos refugiados venezuelanos no Brasil” é uma versão reduzida e traduzida dessa pesquisa, cujos resultados “contribuem para ampliar a compreensão do fenômeno migratório Sul-Sul ao detalhar a representação dos refugiados venezuelanos na mídia brasileira e os principais discursos a eles relacionados”.

No artigo “As estratégias de conciliação no Novo Código de Processo Civil: um olhar através da teoria dos jogos”, Thiago Ferreira Cordeiro aponta que o CPC/2015 acolhe o princípio da cooperação em diversos de seus dispositivos, no intuito de fomentar o interesse conciliatório das partes, com resultados que julga ainda insatisfatórios. O autor defende que, a partir da teoria dos jogos, “é possível equacionar as variáveis envolvidas no processo de tomada de escolha dos jurisdicionados quanto à conciliação, permitindo assim uma análise crítica dos institutos utilizados e a sugestão do que poderia ser mudado para otimizar a concretização da escolha política do legislador”.

Em “Contratações diretas realizadas no exterior por órgãos vinculados aos comandos militares”, Marinês Restelatto Dotti analisa a Lei n. 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratações Públicas, bem como a Portaria GM-MD n. 5.175/2021, que regulamenta o art. 1º, §2º, daquele diploma, abordando as contratações realizadas no exterior por órgãos vinculados aos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Por fim, no artigo “Explicando partículas subatômicas com a física newtoniana: uma breve análise do REsp n. 1.977.172-PR”, Humberto Tostes Ferreira ensaia crítica dos fundamentos jurídicos encontrados nos votos integrantes do julgamento de recurso especial, levado a efeito pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Por meio da aplicação analógica do art. 107, I, do CP, o autor sustenta que a incorporação societária enseja a extinção da punibilidade de pessoas jurídicas. Pretende, assim, contribuir para o desenvolvimento da dogmática criminal brasileira e suas possíveis inconsistências de estruturação e aplicação.

Boa leitura e amadurecidas reflexões a todos.

JESSÉ TORRES
Editor-Chefe

**ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA À LUZ DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS: (IM)POSSIBILIDADE DE APELAÇÃO CONTRA
DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS?**

*Clemency absolution under perspective of verdict sovereignty: (im)possibility of
appeal against decision manifestly contrary to the evidences?*

Nilson Luis Lacerda*

Resumo: Este artigo visa analisar a possibilidade de controle racional das decisões absolutórias por clemência proferida pelo Tribunal do Júri e sua compatibilidade com o princípio da soberania dos veredictos. O modelo de júri adotado no Brasil possui raízes na ideologia francesa de total liberdade de consciência do jurado, desobrigando-lhe de qualquer dever de fundamentação ou juízo de racionalidade. Contudo, a concepção contemporânea de Estado pressupõe a racionalização do poder e das instituições. Diante disso, a decisão absolutória dos jurados por clemência deve ser controlada pelo modelo processual vigente, visando evitar o arbítrio e decisões influenciadas por discursos que admitem, em uma perspectiva ética e moral, o uso da violência em situações vedadas pela Constituição.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; absolvição por clemência; decisão manifestamente contrária à prova dos autos; controle de racionalidade.

Abstract: This article aims to analyze the possibility of rational control of clemency absolution decisions pronounced by jury court and their consistency with sovereignty verdicts principle. The jury model adopted in Brazil is rooted in the French ideology of total freedom of conscience for the jurors, relieving them from any duty to give reasons or rationality trial. Yet, contemporary conception implies rationality of power and institutions. In view of this, jurors clemency absolution decisions must be controlled through the model of procedure, in order to avoid the will and decisions influenced by discourses that admit, in an ethic and moral perspective, use of violence in forbidden situations by the Constitution.

Keywords: Jury Court; clemency absolution; decision distinctly contrary to the proofs; rationality control.

Submissão:12/02/2023
Aprovação:23/08/2023

* Pós-graduado em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri figura-se como instituição de larga tradição no ordenamento jurídico pátrio. Sua origem no Brasil remonta os tempos do Primeiro Reinado, a partir da edição da Lei de 18 de junho de 1822, que estabeleceu a competência do júri para julgamento de crimes de imprensa. À época, o Tribunal era composto por 24 cidadãos selecionados “dentre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”¹. Com o advento da Constituição de 1824, o júri passou a ter competência cível e criminal, incumbindo aos jurados a decisão sobre fatos e aos juízes togados a aplicação da lei (artigos 151 e 152).

Tal estrutura permaneceu vigente até a edição da Carta Política de 1937, que aboliu a soberania dos veredictos e possibilitou o manejo de apelação aos Tribunais quando fosse constatado algum tipo de injustiça ou divergência com a prova dos autos (artigo 96). A partir da Constituição de 1946, o júri volta ao seu status originário, sendo restabelecida a soberania dos veredictos (art. 141, § 28). Já sob a vigência da Constituição de 1967, o júri foi mantido como instituição julgadora de crimes dolosos contra a vida. Apesar de figurar-se como instituição soberana, carecia de previsão normativa sobre a plenitude de defesa e o sigilo das votações.

Finalmente, com a promulgação da Constituição de 1988, foi mantida a competência para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, além da previsão acerca das garantias da plenitude de defesa, soberania dos veredictos e sigilo das votações. Embora se trate de órgão especial de primeiro grau da Justiça Comum Estadual e Federal, tal instituto não possui assento constitucional no Título do Poder Judiciário, inserindo-se no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais (artigo 5º, inciso XXXVIII, da CF), e isso se deve a razões históricas, políticas e sociais de sua formação.

Conforme ensina Ferrajoli, o advento do Tribunal do Júri deve ser compreendido a partir de um momento histórico específico, qual seja, o de superação do sistema inquisitório e do monopólio do Estado na tomada de decisões políticas fundamentais. A consolidação do pensamento liberal clássico, de base iluminista e forjado nos ideais das Revoluções Burguesas do século XVIII – que propugnavam garantir liberdades individuais em detrimento do poder do monarca absolutista –, abriu espaço para um modelo de tomada de decisões calcado na figura

¹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-18-6-1822-2.htm. Acesso: 23 nov. 2022.

do juiz cidadão, compreendido como aquele indivíduo pertencente ao povo e dissociado da figura do juiz inquisidor vinculado à Coroa² (Ferrajoli, 2002, p.577).

Toma corpo, a partir disso, a ideia de que o Tribunal do Júri consubstancia relevante instrumento de descentralização do poder punitivo estatal, posto que delega à participação popular a resposta a ser imposta para condutas violadoras de bens jurídicos fundamentais. Isso não só reafirma valores básicos da democracia como também reforça a legitimidade da atuação do Estado, haja vista que o empoderamento de atores escolhidos diretamente no seio da sociedade propicia o exercício de suas prerrogativas decisórias em conformidade com o senso comum, a partir de valores e concepções morais consolidadas na consciência popular (*Volksgeist*).

Por outro lado, há quem lance dúvidas se a atual configuração do júri poderia concretizar, de fato, um viés democrático única e exclusivamente pela adoção de representantes populares na tomada de decisões³. Além disso, não há como dimensionar se o júri e seus mecanismos jurídico-institucionais são capazes de garantir a independência dos jurados, considerando que estes indivíduos não possuem as mesmas prerrogativas conferidas à magistratura togada, e, por conseguinte, estariam mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e midiáticas.

Lado outro, a ideia originária que respaldou a sua formação – qual seja, de contenção da atividade do Estado absolutista em prol da participação popular na administração da justiça – não se faz mais presente no arranjo da sociabilidade contemporânea, cuja concepção de poder estatal, ao contrário daquela vigente à época das Revoluções Liberais do século XVIII, propugna a racionalização do exercício da burocracia estatal por meio do Direito e das instituições.

E isso não necessariamente pode ser alcançado por meio do júri. Muito pelo contrário, se se considerar que a tomada de decisão dos jurados consubstancia um ideal de justiça a partir de certos vieses morais preconcebidos, a valoração das provas por eles realizada não necessariamente seguirá uma vertente racional. Tanto é verdade que o modelo de júri adotado

² É importante ressaltar, porém, que o referido instituto remonta o modelo originário estabelecido na Magna Carta de 1215, em que se buscou estabelecer uma instituição soberana que estivesse acima de qualquer outro espectro de poder do monarca. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 20 nov. 2022.

³ “Democracia é algo muito mais complexo para ser reduzido na sua dimensão meramente formal-representativa. Seu maior valor está na dimensão substancial, enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado e com outros indivíduos [...] E o fortalecimento do indivíduo no processo penal se dá em duas dimensões: potencializando sua posição e condições de fala no processo penal, através do contraditório e da ampla defesa e na garantia de ser julgado por um juiz natural em posição de alheamento” (Lopes Júnior, 2014, p. 768).

no Brasil possui raízes na ideologia francesa de total liberdade de consciência do jurado, desobrigando-lhe de qualquer dever de fundamentação ou juízo de racionalidade sobre os aspectos probatórios da demanda⁴.

Todavia, a busca pela justiça no processo penal pressupõe o inescusável respeito ao conteúdo material do *due process of law*, por meio do qual, sob uma perspectiva garantista, visa ao controle de racionalidade do juízo de fato. Trata-se de valor epistêmico essencial para aplicação do *ius puniendi* estatal, porquanto a assunção de métodos discricionários de valoração dificulta – ou até mesmo impede – o controle de racionalidade de seus fundamentos, a revelar inaceitável ampliação da tirania e da injustiça.

Não se pretende, com base nessa abordagem, um desvirtuamento da cláusula constitucional da soberania dos veredictos. Tal princípio deve ser compreendido como a garantia constitucional que impossibilita outro órgão judiciário, formado por juízes togados, de substituir a decisão dos jurados, priorizando-se, assim, a verdadeira expressão da vontade popular. Sucede que o Código de Processo Penal autoriza que o Tribunal de Justiça dê provimento à apelação para cassar a decisão dos jurados “manifestamente contrária à prova dos autos”, determinando a realização de um novo júri quando houver contrariedade entre o decidido e a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”).

Para tanto, há dois juízos distintos: o primeiro deles, de natureza *antecedente*, analisa a existência das provas. Em um segundo momento, realiza-se um juízo *consequente*, referente ao grau de convencimento pessoal do julgador pelo conjunto probatório existente. Aos juízes togados, cabe apenas a realização do juízo antecedente, ou seja, quanto à existência ou não de provas a embasar a decisão, ao passo que o juízo consequente compete aos jurados. Desse modo, caso as provas indiquem duas possíveis soluções, cada uma delas admissível segundo um determinado segmento valorativo, a decisão dos jurados que opte por qualquer uma delas não poderá ser considerada arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos (Badaró, 2015, p.936).

Sucede que a Lei 11.689/2008 introduziu no sistema do Tribunal do Júri a possibilidade de absolvição pelos jurados por clemência, remanescendo dúvidas se tal situação poderia ser balizada pelos componentes probatórios colhidos no decorrer da instrução processual ou, ao contrário, transcenderia questões fáticas por refletir tão somente um

⁴ “O nosso júri foi uma cópia do júri francês que, por sua vez, já era deturpação dos sistemas inglês e norte-americano. Tivemos a habilidade, ainda, de deformar o próprio paradigma francês, pouco restando, entre nós dos modelos originais” (Lima, 2012, p. 57).

sentimento dos jurados sobre a percepção do que seja mais justo para determinada situação, o que impossibilitaria, em tese, o manejo de apelação fundada no supramencionado artigo.

Com base nessas premissas, o ponto fundamental da discussão a ser desenvolvida no presente artigo consiste em verificar, à luz de aspectos doutrinários e jurisprudenciais, a viabilidade de se controlar a atividade desempenhada pelo júri quando a decisão proferida, ancorada na soberania dos jurados, for manifestamente contrária à prova dos autos, especificamente na situação em que houver absolvição por clemência com fundamento no quesito genérico previsto no art. 483, III, e § 2º, do Código de Processo Penal.

1 (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA DECISÃO DOS JURADOS QUANDO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS

Conforme o modelo de Tribunal do Júri adotado pelos sistemas jurídicos do *civil law*, os jurados ficam responsáveis pela apreciação dos fatos e valoração das provas, ao passo que as consequências jurídicas dessa análise ficam a cargo de juízes togados. Em outras palavras, o juiz togado julga questões de direito, notadamente as relativas à fixação da pena, e os jurados ficam responsáveis pelo julgamento dos fatos, em especial, a existência do crime e sua autoria, a partir de raciocínios inferenciais comuns. Por circunscreverem-se aos elementos probatórios do processo, é possível verificar se a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, em tais situações, foi manifestamente contrária ao arcabouço probatório ou por ele está respaldada.

O problema surge quando a absolvição dos jurados se dá por clemência. Bastaria imaginar a situação em que o Conselho de Sentença reconhece a materialidade e a autoria/participação do crime, respondendo, na sequência, afirmativamente ao quesito genérico de absolvição por clemência ou por outras razões que ultrapassam os limites da racionalidade jurídica. Isso não só tangencia a interpretação a ser dada à garantia constitucional da soberania dos veredictos como também a viabilidade ou não de juízes togados desconstituírem uma valoração decisória feita pelos jurados mais por sentimentos do que propriamente por um ideal de justiça a ser aplicado no caso concreto.

Acerca do tema, há quem diga que a soberania dos veredictos é princípio de caráter absoluto, e isso se deve à tradicional concepção francesa que confere plena liberdade aos jurados. Para os adeptos dessa corrente, qualquer tipo de recurso que tenha o condão de discutir o mérito da decisão, tanto pela defesa como pela acusação, seria incabível e inconstitucional, por importar, ainda que implicitamente, na usurpação do veredito popular (Almeida, 2005;

Vargas, 1992). O argumento central dessa vertente doutrinária consiste no fato de que a Constituição de 1988 restabeleceu a soberania do júri como garantia fundamental, atribuindo-lhe o direito de julgar se o réu cometeu ou não determinado crime doloso contra a vida, o que, porém, não foi acompanhado pelo Código de Processo Penal, cuja redação do art. 593, III, “d”, precede o novo texto constitucional e não foi por ele recepcionada.

Uma segunda corrente defende que a apelação, em tais casos, restringe-se às hipóteses de condenação do acusado, já que a absolvição pelo quesito genérico previsto no aludido art. 483, § 2º, do CPP, não reflete propriamente a resposta a um quesito de fato, mas sim à livre vontade dos jurados em absolver o réu por razões de convicção íntima, independentemente dos motivos que originaram a absolvição. Os adeptos dessa teoria defendem que as alterações promovidas pela Lei 11.689/2008 vieram para reforçar ainda mais a soberania dos veredictos, dispensando os jurados da compreensão sobre complexas teses jurídicas suscitadas no processo⁵.

Nesse sentido, a 2ª Turma da Suprema Corte tem precedentes afirmando que, nos casos de absolvição por clemência pelo quesito genérico e obrigatório previsto no art. 483, III, e §2º, do CPP, é possível a absolvição mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos, o que não importa em violação ao sistema do duplo grau de jurisdição, em razão de a restrição recair apenas ao recurso acusatório⁶. Há, inclusive, decisões admitindo expressamente a possibilidade de o resultado adotado pelos jurados extrapolar os próprios limites da razão jurídica, quando fundado na absolvição por clemência ou em questões humanitárias e de política criminal⁷.

Há quem diga, porém, ser possível a interposição de apelação pelo Ministério Público contra decisões absolutórias fundadas na clemência, uma vez que, desconstituído o primeiro julgamento pelo Tribunal de segunda instância, a nova decisão também será dada pelo júri (Nucci, 2016, p.938; Moraes, 2011, p.224). Os adeptos dessa corrente defendem que a Constituição Federal apenas exige que a palavra final sobre o mérito do caso seja dada pelo Tribunal do Júri, nada dispondo sobre a impossibilidade da realização de mais de um julgamento. Defendem, além disso, que não é possível o estabelecimento de distinção

⁵“Precisamos considerar que o recurso com base na letra “d” deve seguir sendo admitido contra a decisão condenatória (a impossibilidade seria só em relação a sua utilização para impugnar a decisão absolutória). Isso porque, com a inserção do quesito genérico da absolvição, o réu pode ser legitimamente absolvido por qualquer motivo, inclusive metajurídico. Portanto, uma vez absolvido, não poderia ser conhecido o recurso do MP com base na letra “d”, na medida em que está autorizada a absolvição manifestamente contra a prova dos autos” (Lopes Júnior, 2014, p. 912). No mesmo sentido: Nicolitt, 2016, p. 531-532.

⁶ Nesse sentido: STF, 2ª Turma, RHC 117076 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, julgado em 20/10/2020; STF, 2ª Turma, RHC 192431, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 23/02/2021.

⁷ STF, HC 178856, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020.

interpretativa entre recurso de acusação e defesa à luz da paridade de armas conferida à acusação e defesa, até mesmo porque a decisão proferida pelo Tribunal de segunda instância não estará substituindo a decisão dos jurados, mas apenas reconhecendo eventual equívoco na valoração probatória, o que importará na realização de um novo julgamento pelo júri, seja nos casos de condenação ou absolvição (Mirabete, 2008, p. 1487-1488; Nucci, 2018, p.434).

Pensamos que esta última vertente é mais consentânea com os postulados do Estado Democrático de Direito.

À luz da concepção racionalista da prova e da função epistêmica do processo, pode-se inferir que o dever de fundamentação tem sua razão de ser não só na explanação dos motivos que levaram o Estado a decidir de uma determinada forma, mas visa também possibilitar um controle do ato por meio do duplo grau de jurisdição, a partir da análise de critérios racionais de persuasão, sob uma perspectiva bastante específica: refletir se os fundamentos expostos na decisão dão suporte à conclusão por ela alcançada.

O jurado, a bem da verdade, embora não tenha o dever de realizar uma minuciosa fundamentação, tal como é imposto ao juiz togado, acaba fazendo-a por meio dos próprios quesitos, em conformidade com as teses defensivas consignadas em ata. Ou seja, seu julgamento se dá a partir de um livre convencimento imotivado, cuja fundamentação pode ser extraída da resposta dada aos quesitos. Nessa perspectiva, ainda que se admita que a absolvição por clemência reflete mais um sentimento de justiça do que propriamente um juízo de valor sobre fatos, é possível, ainda assim, o manejo de apelação quando a decisão for manifestamente contrária ao arcabouço probatório.

Lado outro, a falta de conhecimentos jurídicos necessários pode induzi-los ao desenvolvimento de uma análise meramente semântica e intuitiva dos conceitos. Tome-se como exemplo o caso da legítima defesa, cujo reconhecimento guarda em si um componente probatório passível de ser enfrentado por um recurso quando a decisão que a reconhecer for tomada sem uma mínima estrutura fática. Vale dizer, a incidência de tal excludente de ilicitude exige um esforço interpretativo que leve concomitantemente em consideração os escopos pretendidos pelo legislador, os limites de sua incidência e, ainda, a própria interpretação dada aos conceitos previstos no art. 25 do Código Penal, à luz das normas legais do sistema. Contudo, a impossibilidade de se alcançar esse viés interpretativo pode resultar em inaceitável subjetivismo decisório.

Além disso, estando os jurados submetidos a um amplo debate ocorrido entre acusação e defesa por ocasião da sessão plenária, parece não fazer sentido dizer que não há qualquer tipo

de vinculação às provas produzidas em contraditório. Admitir o contrário importaria em reconhecer um poder irrestrito e absoluto às suas decisões, inclusive com a possibilidade de absolvição a partir de valores morais que, embora socialmente aceitos por parte da população, são rechaçados pelo espírito da Constituição.

Relembremos a ampla discussão que perdurou, até pouco tempo atrás, sobre a viabilidade ou não de uma absolvição no júri pela tese da legítima defesa da honra. Em 1980, por exemplo, quando o Tribunal do Júri da comarca de Cabo Frio/RJ absolveu Raul Fernando do Amaral (Doca *Street*) da acusação de ter assassinado sua então namorada Ângela Diniz, assim o fez com base no argumento defensivo de que a *socialite* havia dado causa ao homicídio com seu comportamento escandaloso. Mais recentemente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº 178.777/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/09/2020, firmou entendimento em um caso de feminicídio – confessado pelo próprio réu – de que a sua absolvição, ante a resposta positiva dos jurados ao quesito específico “os jurados absolvem o acusado?”, independe de elementos probatórios ou de tese veiculada pela defesa, diante da íntima convicção e da cláusula constitucional da soberania dos veredictos.

Sucede que, em 13/03/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF nº 779 MC-Ref/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, deu interpretação conforme a Constituição para os artigos 23, inciso II, 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e art. 65, do CPP, retirando das hipóteses de excludente de ilicitude qualquer tipo de recurso argumentativo que embase a “legítima defesa da honra”, por se tratar de tese defensiva contrária à dignidade da pessoa humana, à proteção à vida e à igualdade de gênero, valores constitucionais que devem ser protegidos pelo Estado, independentemente de qualquer conjectura política ou social⁸. Trata-se de decisão vinculante relativamente a todos os órgãos do Poder Judiciário, compreendendo o Tribunal do Júri, ainda que reconhecida a plenitude de defesa e a soberania dos veredictos.

No mesmo sentido, visando evitar o arbítrio e decisões influenciadas por discursos que admitem, no campo da ética e moral, o uso da violência em determinadas relações sociais – em

⁸ Acerca do tema, é importante destacar que, em 07/09/2021, o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Márcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*. No caso, Márcia Barbosa foi vítima de feminicídio em 1998, tendo o Brasil sido condenado pelo uso de estereótipos negativos com relação à vítima, além da inércia em investigar e julgar a partir de uma perspectiva de gênero. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso: 23 nov. 2022. No mesmo sentido, a Convenção de Belém do Pará, aprovada pela OEA em 1994, estabelece, em seu art. 7º, que os Estados Partes devem condenar todas as formas de violência contra a mulher, adotando políticas, medidas judiciais e legislativas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência de gênero, o que, por óbvio, rechaça qualquer utilização da legítima defesa da honra como excludente de ilicitude.

total incompatibilidade com postulados constitucionais – a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consignou entendimento, nos autos do HC 313.251/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28/02/2018, de que o juízo absolutório previsto no art. 483, III, do CPP, não é absoluto, sendo possível a sua cassação, uma única vez, quando manifestamente contrário à prova dos autos.

Por sua vez, ainda que a tese da legítima defesa não se confunda com a absolvição por clemência, o fato é que a sua análise se dá no mesmo quesito previsto no art. 483, III, do CPP, ou seja, nos casos em que ambas as teses defensivas forem apresentadas de forma concomitante, não será possível aferir em qual delas a absolvição decretada pelos jurados foi respaldada.

É certo que, a partir de uma análise da performance dos jurados tendo o juízo hipotético do magistrado como referencial, constatou-se, por meio de dados empíricos, que o júri é mais propenso à absolvição do que os juízes togados, o que, de fato, atende ao que historicamente se espera da instituição: a tutela da liberdade individual em face do poder punitivo do Estado (Kalven Junior, 1966 *apud* Nardelli, 2017, p. 308-309).

Contudo, ainda que se reconheça o garantismo como premissa básica necessária à dogmática processual penal, propõe-se a adoção de uma interpretação legal restritiva das hipóteses de cabimento de apelação, para o fim de possibilitar ao Tribunal de segunda instância provocar outra decisão pelo júri quando a primeira for manifestamente contrária aos elementos de prova, com vistas à manutenção da soberania dos veredictos e, ao mesmo tempo, à busca por maior segurança jurídica frente à resposta estatal a ser dada para crimes dolosos contra a vida.

Seja como for, a questão encontra-se afetada para ser decidida na sistemática da repercussão geral (Tema 1087), até então pendente de julgamento, ao menos até o fechamento do presente artigo. Incumbirá à Suprema Corte decidir qual o limite que a inovação aportada pela Lei 11.689/2008 deve obedecer, a partir da seguinte indagação: a realização de novo júri, determinada por Tribunal de 2º grau em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico (art. 483, III, c/c § 2º, CPP), ante suposta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP), viola a soberania dos veredictos?

CONCLUSÃO

A Constituição Federal afirma no art. 5º, XXXVIII, que é reconhecida a instituição do júri, “com a organização que lhe der a lei”. Ora, se o próprio texto possibilita que a legislação

infraconstitucional disponha sobre a estrutura organizacional e o rito do Tribunal do Júri, nada impede que o CPP preveja o cabimento de recurso contra suas decisões. Não há se falar, nessas situações, em violação ao núcleo essencial da soberania dos veredictos, cujo caráter não é absoluto e deve ser compatibilizado com o devido processo legal e com o duplo grau de jurisdição.

Com efeito, à luz do princípio hermenêutico da unidade da Constituição, não se deve considerar uma norma constitucional fora do sistema em que se integra, incumbindo ao intérprete pressupor a racionalidade do constituinte, ao menos como ponto de partida metodológico, para extrair a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais (Mendes, 2012, p.92). Nessa perspectiva, não se pode admitir que, em nome do princípio constitucional da soberania dos veredictos, sejam albergadas práticas ilícitas sob a perspectiva da linguagem jurídica, porém moralmente aceitas em determinadas relações de sociabilidade – ao menos por determinada parcela da população.

Desse modo, a soberana vontade popular exercida pelos jurados necessariamente deve observância ao postulado do devido processo legal, segundo o qual impõe ao operador do direito um *ethos* voltado para a descoberta da verdade enquanto valor axiológico do modelo processual vigente. Afinal de contas, por mais justas que, *prima facie*, as normas jurídicas pareçam ser, se sua aplicação não tiver como paradigma a ocorrência dos fatos que autorizam a sua incidência, abre-se espaço para o arbítrio e para a irracionalidade em detrimento de garantias fundamentais.

Essa possibilidade é mais latente no contexto do júri, não só por conta do papel desempenhado pelos juízes leigos, mas também em razão da própria configuração bifásica do procedimento, cuja prova é colhida majoritariamente na primeira fase diante de um juiz togado, inexistindo a participação dos jurados leigos. Com base nessa estrutura, somente em situações excepcionais novas provas serão produzidas na segunda fase, que funcionará, na prática, como verdadeiro ambiente persuasivo sobre a interpretação que melhor convier aos interesses das partes no processo.

É possível afirmar, a partir dessa perspectiva, que a valoração probatória realizada pelo júri representa, em grande medida, a eleição da melhor narrativa desenvolvida em plenário, conforme o desempenho de seus oradores, o que não necessariamente guardará um juízo de compatibilidade com as provas colhidas na instrução. Além disso, diante da falta de motivação, a decisão tomada – seja ela condenatória ou absolutória – pode servir de campo fértil para o predomínio do poder sobre a razão, abrindo-se espaço para julgamentos morais de indivíduos

com base em sua cor de pele, posição social, gênero, orientação sexual, religião, ou até mesmo na postura do réu e de seu patrono durante o julgamento.

Lado outro, o quesito genérico previsto no inciso III do art. 483 do CPP foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, não para conferir poderes irrestritos ao Conselho de Sentença, mas com a finalidade de simplificar a votação dos jurados. Reuniu-se em apenas um quesito as teses defensivas, buscando atender a um clamor de simplificação do procedimento, com vistas a evitar que os jurados fossem submetidos a complexas questões jurídicas relativas à imputação ou ao afastamento da responsabilidade criminal para, assim, envidarem esforços apenas nas questões fáticas do processo. Todavia, em que pese a obrigatoriedade de as teses defensivas estarem discriminadas na ata de julgamento, não se saberá, ao certo, qual delas foi acolhida pelo Conselho de Sentença quando houver multiplicidade de teses defensivas.

Há, ainda, um aspecto de ordem prática: isso poderia, inclusive, ser utilizado estrategicamente pela defesa perante os Tribunais Superiores, a partir da tese de que toda e qualquer situação de absolvição fundada no terceiro quesito seria por clemência. Bastaria que fosse consignada em ata a tese subsidiária da clemência, a qual se tornaria verdadeiro guarda-chuva absolutório a impossibilitar qualquer tipo de controle por parte do Poder Judiciário.

Cumprir consignar, por outro lado, que as instituições sociais, econômicas e culturais das sociedades ocidentais foram pensadas estruturalmente sob as balizas da racionalização do poder, de maneira que, sob a égide de um Estado racional pautado em uma burocratização profissional, é que irá se assentar o desenvolvimento do Estado contemporâneo (Weber, 199, p.139-188). Nessa ótica, incumbe ao Estado assinalar aos cidadãos, em uma perspectiva kantiana, a higidez de uma racionalidade dita universal, de forma a evitar o retorno do indivíduo ao estado de natureza e garantir a dignidade humana como valor axiológico do sistema.

Com base nessa premissa, embora se reconheça o júri como instituição garantidora da soberania popular e da liberdade individual em face do *ius puniendi* estatal, não é crível que, em nome de uma ideologia política de participação, sejam albergadas condutas despidas de qualquer tipo de controle, sob pena de arbitrária suplantação de valores constitucionais inegavelmente relevantes, entre os quais, o duplo grau de jurisdição, princípio implícito na Constituição Federal e expressamente previsto no art. 8.2, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, cabe consignar que o Direito Penal segue o princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima, tendo o garantismo como premissa fundamental para a contenção do poder punitivo do Estado. Vale dizer, a sua função primordial consiste na proteção de bens

jurídicos fundamentais – no caso do júri, o direito à vida. Não se trata, porém, de um garantismo monolítico que se presta apenas a tutelar o direito do réu. Pelo contrário, a norma estatal deve também levar em consideração o direito da vítima, perquirindo-se em que medida as expectativas normativas do sistema estão sendo mantidas pelas instituições estatais.

A cláusula constitucional da soberania dos veredictos restará amplamente respeitada, considerando que a nova decisão a ser proferida para o caso será feita por um novo corpo de jurados. Resta a indagação, porém, de como proceder nos casos em que o segundo julgamento for idêntico ao primeiro. Embora se trate de um novo corpo de jurados, o cenário probatório será o mesmo, o que importaria, ao menos em princípio, na chance real de repetição do julgamento anterior. Tal problemática, contudo, demanda reflexões mais profundas – que, por óbvio, ultrapassam os limites do presente trabalho – sobre o próprio papel do Tribunal do Júri na atual concepção de Estado, à luz das peculiaridades da sociedade contemporânea.

Seja como for, é imprescindível que a interpretação a ser dada para as hipóteses de cabimento de apelação quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, à luz da concepção racionalista da prova e da função epistêmica do processo, tome como premissa a ideia de que a aplicação da norma processual em questão deve espelhar a busca da verdade como critério de efetivação de justiça, o que, obviamente, não abre espaço para uma proteção deficiente (*üntermassverbot*) com relação à resposta penal do Estado nos casos de violação a bens jurídicos relevantes⁹.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Vital de. **O júri no Brasil**: aspectos constitucionais – soberania e democracia social. São Paulo: Editora Edijur, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁹“Estudos apontam a dimensão epidêmica da violência doméstica. Segundo pesquisa feita pela Human Rights Watch, de cada 100 mulheres assassinadas no Brasil, 70 o são no âmbito de suas relações domésticas. De acordo com pesquisa realizada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, 66,3% dos acusados em homicídios contra mulheres são seus parceiros. Ainda, no Brasil, a impunidade acompanha intimamente essa violência” (Piovesan; Pimentel, 2011, p. 109-110).

LIMA, Alcides de Mendonça. Júri: instituição nociva e arcaica. *In*: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Doutrinas essenciais: processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. vol. 4.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

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

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. **A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil**. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VARGAS, José Cirilo de. **O processo penal e garantias fundamentais**. Minas Gerais: Editora Del Rey, 1992.

WEBER, Max. Os tipos de dominação. *In*: WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: Editora UNB, 1999.

A JUSTIÇA 4.0 COMO FERRAMENTA DE EFICIÊNCIA: O CASO AMBIENTAL

Justice 4.0 as an efficiency tool: the environmental case

Admara Falante Schneider*

Andréa Cristiane Sales Moreira**

Resumo: O presente estudo pretende, a voos de pássaro, apreciar a importância da Justiça Digital, destacando a Justiça 4.0 para o atingimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O trabalho tem início numa breve revisão de literatura, considerando-se o uso de meios tecnológicos na prestação jurisdicional, derivado do isolamento social advindo da pandemia da Covid-19. Surge então a Justiça 4.0 com juízos 100% digitais e a percepção de a Justiça ser efetivamente um serviço, no lugar de um prédio físico, o Fórum. Apresentam-se os ODS por motivo de a Justiça 4.0 ter estabelecido ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) contribuir para a consecução de metas previstas na Agenda 2030. Finalmente, aborda-se a Justiça 4.0 no seu prevalente papel de ferramenta de eficiência funcional inspirado por sucessivas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça.

Palavras chave: Justiça 4.0; Objetivos de Desenvolvimento Sustentável; Direito ambiental; Agenda 2030 da ONU.

Abstract: The present study intends, in a bird's eye view, to appreciate the importance of Digital Justice, highlighting Justice 4.0 for achieving the Sustainable Development Goals (SDG). The work begins with a brief literature review, considering the use of technologies in the provision of jurisdiction, derived from the social isolation resulting from the pandemic of Covid-19. Then comes Justice 4.0 with 100% digital judgments and the perception that Justice is effectively a service, rather than a physical building, the Forum. The SDGs are presented by reason why Justice 4.0 has established to the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro (TJRJ) to contribute to the achievement of goals set out in the 2030 Agenda. if Justice 4.0 in its prevalent role as a functional efficiency tool inspired by successive Resolutions of the National Council of Justice.

Keywords: Justice 4.0; Sustainable Development Goals; Environmental law; UN Agenda 2030.

Submissão: 03/08/2023
Aprovação: 23/08/2023

* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) - Coordenadora do Justiça 4.0 Ambiental.

** Mestre em Sistemas de Gestão Ambiental pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

INTRODUÇÃO

Mais do que oportuna, a Justiça 4.0 representa iniciativa para aperfeiçoar a prestação de serviços jurisdicionais no território nacional, além de atender, por via de consequência, a consecução dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

Na década de 1960, quando o polímata canadense Marshall Mc Luhan cunhou o conceito da aldeia global e o de que o meio é a mensagem, antecipando a relevância imperativa dos meios de comunicação social associada ao progresso tecnológico planetário, longe se dimensionava a extensão daquelas formulações teóricas. Décadas depois, sejam moradores de comunidades subdesenvolvidas ou governantes poderosos e CEO de conglomerados transnacionais, ninguém abdica da realidade virtual, que hoje carece de ordenamento a conflitos éticos devido ao avanço da Inteligência Artificial sobre as atividades humanas.

Desse contexto evolutivo emerge a Justiça com juízos totalmente digitais, concebida sob o ponto de vista prático de facilitar o acesso às instâncias jurídicas por incalculável número de pessoas, que enfrentariam enorme dificuldade caso recorressem a procedimentos rotineiros.

A rigor, a inovação aludida acompanha crescentes demandas funcionais ao universo digital em busca de soluções, mormente após a pandemia Covid -19, verdadeiro marco gerador de novas relações trabalhistas e quebra de paradigmas consagrados, alguns, talvez, para sempre: *home office*, redução de gastos com pessoal, material e esvaziamento de antigos locais de trabalho passaram a delinear o molde genérico de providências para debelar a gigantesca crise sanitária, sendo ainda atual em parte das organizações.

Da racionalidade e abrangência implícitas nos seus pressupostos, a Justiça 100% digital se estende a incrementar a efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS) coligidos pela ONU em 2015 (Programa das Nações Unidas Para Desenvolvimento, [2023]).

Assim, é propósito determinante deste trabalho apresentar fundamentos teóricos e legais para melhor compreensão da Justiça 4.0 e sua contribuição para o atingimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

“Surpreender-se, estranhar-se é começar a entender. É o esporte e o luxo específico do intelectual. Daí a necessidade de vermos e de olhar o mundo com olhos dilatados pela surpresa.

Tudo no mundo é estranho e maravilhoso para umas pupilas bem abertas" (Ortega Y Gasset, 2006, p. 48).

Esperamos que a perplexidade diante da veloz inserção dos meios tecnológicos no Judiciário nos ajude a proporcionar a prestação continuada de um serviço visceral ao bem-estar social: a justiça, real e duradoura.

1 REVISÃO DE LITERATURA

Esta seção aborda conceitos relacionados ao tema de estudo; entre eles, Justiça 4.0 e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

1.1 Justiça 4.0

Enquanto este artigo é escrito, os meios midiáticos publicam de forma incessante reportagens acerca da elevação de temperatura na terra, mudanças climáticas e desajustes de condições naturais meteorológicas.

Por outro lado, avançam os meios tecnológicos de tal forma que, através da rede intencional de computadores, alugamos um carro, uma casa, chamamos um transporte em qualquer lugar do mundo.

Nos serviços públicos não haveria como afastarmos o uso dessas tecnologias priorizando formalismos desmedidos em detrimento da eficiência: mais serviços com menos desgastes de meios, sejam materiais ou pessoais.

Daí, e premido pela necessidade da apartação social decorrente da pandemia COVID-19, o Judiciário é lançado emergencialmente ao mundo digital.

Evoluímos, em termos tecnológicos, vinte anos em dois! E a descoberta inexorável é que a tecnologia também nos leva à economia de meios, rompendo o paradigma arcaico da necessidade de prédios gigantes, gastos expressivos, meios humanos infindáveis, para o alcance da realização da Justiça. Nesse meio de descobertas e revoluções que se implementa a Justiça 4.0 com juízos 100% digitais.

A paradigmática criação do “Juízo 100% Digital” consubstancia uma necessária alteração de referencial, concebendo a Justiça efetivamente como um serviço (“*justice as a service*”) e deixando de relacioná-la a um prédio físico. Assim, por meio da promoção à Justiça Digital, logra-se alcançar um sem-número de pessoas que

lamentavelmente não conseguiram fazer valer seus direitos por uma miríade de razões (Araujo; Gabriel, 2022, p. 23).

E, a par e passo, atendemos por via transversa os reclamos da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

1.2 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)

A evolução histórica dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) começou em 2000, quando a ONU e seus Estados-Membros estabeleceram um pacto global, denominado Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Voltado às nações em desenvolvimento, o pacto foi consolidado por meio da Declaração do Milênio, e propôs metas para serem atingidas até 2015. Os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) propostos foram: reduzir a pobreza; atingir o ensino básico universal; igualdade entre os sexos e autonomia das mulheres; reduzir a mortalidade na infância; melhorar a saúde materna; combater o HIV/Aids, a malária e outras doenças; garantir a sustentabilidade ambiental e estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, [2023]).

Os esforços conjuntos, até o fim de 2015, para o alcance dos ODM não se encerraram. Em setembro de 2015, reunião de chefes de Estado das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável aprovou a nova agenda de desenvolvimento sustentável, intitulada "Transformando o Nosso Mundo: Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", oficialmente em vigor a partir de 1º de Janeiro de 2016 e implementação até 2030, fixando, portanto, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que guiarão as ações globais por mais 15 anos. A nova agenda de desenvolvimento contempla compromissos que se aplicam tanto a países em desenvolvimento quanto aos desenvolvidos (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, [2023]).

O conjunto de 17 objetivos, com 169 metas associadas, demonstra a escala e a ambição deste novo compromisso internacional. Os ODS aprovados foram construídos sobre as bases estabelecidas pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), de maneira a responder a novos desafios. São integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) propostos são:

1 - Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; 2 - Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição e promover a

agricultura sustentável; 3 - Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; 4 - Garantir educação inclusiva e equitativa de qualidade e promover oportunidades de aprendizado ao longo da vida para todos; 5 - Alcançar igualdade de gênero empoderar todas as mulheres e meninas; 6 - Garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos; 7 - Garantir acesso à energia barata, confiável, sustentável e moderna para todos; 8 - Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos; 9 - Construir infraestrutura resiliente, promover a industrialização inclusiva e sustentável, e fomentar a inovação; 10 - Reduzir a desigualdade entre os países e dentro deles; 11 - Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; 12 - Assegurar padrões de consumo e produção sustentáveis; 13 - Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; 14 - Conservar e promover o uso sustentável dos oceanos, mares e recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; 15 - Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, bem como deter e reverter a degradação do solo e a perda de biodiversidade; 16 - Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; 17 - Fortalecer os mecanismos de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, [2023]).

A Justiça 4.0, implementada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi estabelecida visando contribuir para o atendimento de metas previstas na Agenda 2030.

2 MÉTODO DE PESQUISA

Neste estudo, adotou-se a pesquisa exploratória e documental como abordagem metodológica, buscando embasamentos teóricos e legais, para maior entendimento sobre a Justiça 4.0 e a sua contribuição para o atingimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

3 JUSTIÇA 4.0 COMO FERRAMENTA DE EFICIÊNCIA

Não se discute a progressão veloz do uso dos meios tecnológicos no Judiciário em razão do período de apartação social decorrente da epidemia COVID-19.

Passado o sufoco, deparamo-nos com a perplexidade entre o amplo retorno e a permanência de instrumentos de realização de atos judiciais pelo meio virtual.

A desterritorialização e a desmaterialização dos processos, a partir da implementação do PJe, ao permitirem a implementação de projetos de Tribunais multiportas virtuais, levaram a questionamentos acerca da desmaterialização da ideia de foro e de circunscrição judicial. (Silva; Moraes, 2022, p. 46).

Nesta esteira, o olhar arguto do Conselho Nacional de Justiça sob a batuta do Ministro Luiz Fux criou A Justiça 4.0, do novo milênio, a nos render frutos e obstáculos.

Num primeiro olhar, por meio da Resolução 385, a adoção do Juízo 100% digital atendia aos reclamos dos advogados que, mediante uso de ferramentas tecnológicas, puderam dinamizar sua rotina, reduzindo tempos de deslocamentos e viabilizando atos com participação pessoal Brasil afora.

Ocorre que, a princípio, os processos a serem remetidos a este juízo precisavam de “opção da parte” e a oposição era ponto-final na escolha do advogado que precisa lidar com o tempo do processo.

Posteriormente vislumbra-se que a criação de Núcleos Especializados utilizando ferramentas tecnológicas poderia representar um poderoso instrumento de política de Organização Judiciária.

A desmaterialização e a desterritorialização da justiça implicaram na utilização de recursos tecnológicos sequer imaginados antes de 1979, atualmente utilizados em larga escala. Inaugurou-se, assim, um novo cenário (Silva; Moraes, 2022, p. 46).

É editada então a Resolução 398 do CNJ e, com base nela, criam-se vários Núcleos Especializados no Tribunal de Justiça de Estado do Rio de Janeiro, dentre eles o Núcleo de Direito Ambiental.

Nesse contexto, a criação do 4º Núcleo de Justiça 4.0 – Direito Ambiental teve como objetivo a especialização, a celeridade no julgamento dessas ações, em cumprimento à Meta 12 de 2022 e à Meta 10 de 2023, ambas do CNJ.

Meta 12 (Impulsionar os processos de ações ambientais - STJ, Justiça Estadual e Justiça Federal - Justiça Estadual: Identificar e julgar 25% dos processos relacionados a ações ambientais distribuídos até 31/12/2021).

Meta 10 – Impulsionar os processos de ações ambientais (STJ, Justiça Estadual e Justiça Federal) • Superior Tribunal de Justiça: Identificar e julgar 70% dos processos relacionados às ações ambientais distribuídos até 31/12/2022. • Justiça Estadual: Identificar e julgar, até 31/12/2023, 30% dos processos relacionados às ações ambientais distribuídos até 31/12/2022. • Justiça Federal: Identificar e julgar, até 31/12/2023: FAIXA 1 (TRF1 e TRF6): 20% dos processos que tenham por objeto matéria ambiental distribuídos até 31/12/2022. FAIXA 2 (TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5): 30% dos processos que tenham por objeto matéria ambiental distribuídos até 31/12/2022 (Encontro Nacional do Poder Judiciário, 2021).

Dispõe a Resolução nº 398, de 9 de junho de 2021:

Art. 1º Os “Núcleos de Justiça 4.0”, disciplinados pela Resolução CNJ no 385/2021, também podem ser instituídos pelos tribunais para atuarem em apoio às unidades judiciais, em todos os segmentos do Poder Judiciário, em processos que:

I – abarquem questões especializadas em razão de sua complexidade (...) IV – estejam em situação de descumprimento de metas nacionais do Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça, 2021).

Como se percebe, no âmbito da matéria ambiental, o Núcleo 4.0 desborda o interesse privado em várias vertentes, pois além de a matéria conter interesse precipuamente público, enquadra-se na disciplina autorizativa aos Tribunais para criação do órgão como política de organização judiciária.

É de conhecimento notório que os feitos envolvendo essa matéria, complexos e, via de regra, volumosos, à similitude das demandas de improbidade administrativa, tiveram um olhar cuidadoso do CNJ. Nessa esteira, sai na frente o TJRJ, mediante uso de ferramentas eficientes, com a criação do Juízo Digital Ambiental.

E vejam que, havendo remessa pelo juízo competente, em prol do alcance dos objetivos estipulados pelo CNJ, ante a natureza da matéria, prevalece o sentido organizacional da especialidade deste em relação à vontade privada externada pela parte, o que encontra amparo permissivo na Resolução 398 do Conselho.

Merece atenção ainda o disposto na mesma resolução citada acima ao disciplinar que a oposição deve ser fundamentada e, ainda que acolhida, poderá haver nova remessa se caracterizada hipótese de inserção em meta, *in verbis*:

Art. 2º Admitir-se-á a oposição fundamentada das partes aos “Núcleos de Justiça 4.0” nos processos a eles encaminhados com base no inciso I do artigo anterior, hipótese em que deverá ser deduzida na primeira manifestação que vier a ser realizada após o envio dos autos ao “Núcleo de Justiça 4.0.

Parágrafo único. A oposição fundamentada ao encaminhamento dos autos a um “Núcleo de Justiça 4.0” manifestada por qualquer das partes, se acolhida, é irretratável e vinculativa, de forma a gerar o efeito obrigatório do retorno dos autos à vara de origem, ficando vedado novo encaminhamento ao núcleo para tramitação e/ou julgamento, salvo se caracterizada posteriormente alguma das hipóteses previstas nos incisos II a V do art. 1º (Conselho Nacional de Justiça, 2021).

Aqui é necessário trazer à baila o Ato Normativo nº 05/2022, que criou o Núcleo Ambiental junto ao TJRJ, estabelecendo permissão de remessa de feitos individuais ou coletivos em matéria de Fazenda Pública, e em seu bojo estabelece que, em matéria cível, somente devem ser enviados os processos de natureza coletiva e não aqueles que discutam interesses individuais.

Todavia, as varas cíveis pelo Estado vêm sendo infestadas de processos distribuídos de maneira individual, mas trazendo em seu bojo interesse homogêneo, logo tutela de natureza coletiva, envolvendo acidentes ambientais de vasta proporção. Também nesses feitos parece que o melhor seria classificá-los como tutela coletiva, embora distribuídos de forma individual.

Também nesse contexto, o Núcleo passou a representar importante ferramenta para evitar decisões conflitantes, pois através de um (às vezes alguns) processo paradigma, chegamos à realidade do assunto posto em pauta, alinhando-se, sob esse prisma, ao objetivo da gestão de inteligência dos Tribunais, por meio da detecção e tratamento de demandas predatórias.

Por todo o contexto, repita-se, no âmbito da matéria ambiental, o Núcleo 4.0 desborda dos limites iminentemente privados, revestindo-se de caráter de política de organização judiciária e, como tal, deve representar órgão de apoio para enfrentamento das demandas cujo objeto seja matéria ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça 100% Digital, criada por meio de Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incorpora importante paradigma para as partes, seus representantes, servidores da Justiça, magistrados e a sociedade em geral.

No bojo de transformações advindas do enfrentamento da recente pandemia, destacam-se a desterritorialização e a desmaterialização dos processos, corolários naturais da moderna prestação jurisdicional de serviço, em vez do Fórum petrificado como representação física e acabada do Judiciário.

A Resolução 398, do CNJ, permitiu a criação de Núcleos Especializados no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), incluindo o 4º Núcleo de Justiça 4.0 – Direito Ambiental, ativando o uso de ferramentas tecnológicas como poderoso instrumento de política de Organização Judiciária – particularmente no atingimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, propostos pela ONU.

Muito há a compreender e aprender no chamado Microsistema de Justiça Digital, um portal de múltiplas possibilidades nas integrações funcionais, desoneração de sistemas, unificação de trâmites processuais, celeridade e desobstrução da máquina administrativa.

Superado o impacto inicial de profundas mudanças suscitadas, a Justiça Digital caminha a passos largos e irreversíveis para melhor atender às demandas cidadãs, proporcionando aprimoramento histórico às relevantes atribuições sociais do Judiciário.

Novos desafios, novas soluções! Esse é o lema.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, A. V.; GABRIEL, A. P. Justiça 4.0: a transformação tecnológica do poder judiciário deflagrada pelo CNJ no biênio 2020-2022. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, Brasília, DF, p. 20-37, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 345, de 9 de outubro de 2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências, **Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça**: Brasília, DF, n. 331, p.2-3, out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 385, de 6 de abril de 2021. Dispõe sobre a criação dos “Núcleos de Justiça 4.0” e dá outras providências. **Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça**: Brasília, DF, n.86, p.6-8, 7 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 398, de 9 de junho de 2021. Dispõe sobre a atuação dos “Núcleos de Justiça 4.0”, disciplinados pela Resolução CNJ no 385/2021, em apoio às unidades jurisdicionais. **Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça**: Brasília, DF, n.150, p.3-5, 11 jun. 2021.

ENCONTRO NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, 15., 2021, Brasília, DF. **Metas nacionais 2022**: aprovadas no 15º Encontro Nacional do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/12/metas-nacionais-aprovadas-no-15o-enpj-2.pdf>. Acesso em: 15 ago.2023.

ORTEGA Y GASSET, J. **A rebelião das massas**. [Rio de Janeiro]: Biblioteca do Exército Editora, 2006, 266 p.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Os objetivos de desenvolvimento sustentável dos ODM aos ODS**. [2023]. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/ODS.aspx>. Acesso em: 24 jul. 2023.

SILVA, K. Y. C.; MORAES, C. M. A justiça 4.0 e o acesso sob a lente da agenda 2030 da ONU. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região**, Brasília, v. 26, n. 2, p. 42-52. 2022.

INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS SUCESSÕES NA ALEMANHA

Introduction to the German law of succession

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Resumo: O presente artigo objetiva apresentar um estudo panorâmico do direito das sucessões na Alemanha. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e legislativa. Para tanto, o texto estuda a fundamentação constitucional e as fontes legais da matéria. Em seguida, são examinadas as principais regras que tratam da sucessão legítima e da sucessão testamentária. Especial destaque é dado ao sistema sucessório da parentela, assunto que sempre chamou a atenção dos juristas brasileiros. Também são feitos apontamentos acerca do pagamento de dívidas e de impostos. Por fim, os resultados da pesquisa indicam que a legislação alemã foi construída levando em conta as tradições culturais germânicas e o sistema da parentela, apresentando, por isso, importantes pontos de divergência em relação à legislação brasileira.

Palavras-chave: direito das sucessões; direito civil alemão; sistema da parentela; sucessão legítima; sucessão testamentária.

Abstract: The present article aims to present a panoramic study of the law of succession in Germany. It is a study that uses a descriptive and deductive methodology, based fundamentally on bibliographic and legislative research. In order to do so, the text studies the constitutional foundation and the legal sources of the matter. Then, the main rules regarding intestate succession and testamentary succession are examined. Special importance is given to the parentelic system of succession, a subject that has always caught the attention of Brazilian jurists. Remarks are also made about the payment of debts and taxes. Finally, the results of the research indicate that the German legislation was built taking into account the Germanic cultural traditions and the parentelic system, presenting, therefore, important points of divergence in relation to the Brazilian legislation.

Keywords: succession law; German civil law; parentelic system; intestate succession, testamentary succession.

Submissão: 04/05/2023
Aprovação: 23/08/2023

* Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP; pós-doutor em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha); pós-doutor em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha); doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha); mestre em Direito Civil pela PUC-SP; bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva apresentar um estudo panorâmico do direito das sucessões na Alemanha, o qual apresenta particularidades bastante interessantes quando feita comparação com a legislação brasileira.

O direito das sucessões, previsto no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB), é resultado de um longo desenvolvimento histórico, que misturou o pensamento romano e o pensamento germânico (Lange, 2022, p.2). A codificação civil alemã foi responsável pela uniformização de leis sucessórias bastante diversas que existiam no século XIX em solo alemão (Ebenroth, 1996, p. 273).

Nesse contexto, o presente trabalho expõe os princípios fundamentais que regem a matéria, relacionando-os com a proteção constitucional dada ao direito à herança. Examinam-se as principais regras que tratam dos dois tipos de devolução da herança, ou seja, a sucessão legítima e a sucessão testamentária.

Especial destaque é dado ao sistema da parentela (*Parentelsystem*), assunto que sempre chamou a atenção dos juristas brasileiros. Também são feitos apontamentos acerca do pagamento de dívidas e impostos.

A metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação. Ao mesmo tempo em que informa, o estudo da matéria também busca instigar o leitor a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil.

Os resultados alcançados permitem não somente a compreensão da estrutura e da organização da matéria na Alemanha, mas também indicam que a legislação alemã foi construída levando em conta o espírito liberal do final do século XIX, bem como as tradições culturais germânicas e o sistema sucessório da parentela, que apresenta importantes pontos de divergência em relação à legislação brasileira.

1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À HERANÇA

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*) garante a proteção constitucional do direito à propriedade e do direito à herança em seu artigo 14, o qual contém, portanto, duas garantias diferentes, mas que estão relacionadas (Epping, 2017, p.211). Tal disposição constitucional assevera que o direito à propriedade privada e o direito à

herança são salvaguardados, bem como que o conteúdo e os limites desses direitos são determinados pela lei (Robbers, 2019, p.241).

A disposição constitucional prevê, por um lado, uma chamada garantia institucional, o que significa que a existência do direito das sucessões em sua substância essencial é garantida pela Lei Fundamental. Por outro lado, a Lei Fundamental protege tanto o direito do autor da herança de transmitir seu patrimônio *mortis causa* quanto o direito do herdeiro de receber a herança (Solomon, 2005, p. 272). Tais regras fornecem uma proteção sólida ao direito à herança na Alemanha, impedindo que ações governamentais possam interferir de forma injusta ou arbitrária na transferência de bens após a morte de uma pessoa.

Outrossim, a liberdade testamentária é reforçada pela liberdade geral de ação (*allgemeine Handlungsfreiheit*), protegida pelo art. 2, 1, da Lei Fundamental, bem como pela proibição de confisco sem uma base legal adequada (Röthel, 2020, p. 15).

Dessa forma, a Lei Fundamental garante os princípios da sucessão privada, da liberdade testamentária e da sucessão pelos parentes próximos. Em todo caso, as normas constitucionais permitem que a legislação ordinária regule a distribuição da herança, isto é, o legislador tem uma certa margem de manobra na formulação que lhe compete. Contudo, as normas criadas devem ser compatíveis com a proteção constitucional garantida ao direito à herança (Epping, 2017, p. 212).

2 FONTES LEGAIS

O direito das sucessões na Alemanha é baseado em uma combinação de fontes legais. As disposições legais mais importantes encontram-se no quinto livro do Código Civil alemão (§§ 1922 a 2385 do BGB), que, diferentemente do que ocorreu no âmbito do direito das obrigações e de família, desde a entrada em vigor do BGB, não sofreram profundas alterações, mas somente modificações pontuais (Leipold, 2022, p. 33).

O exame da estrutura do referido livro indica as instituições mais importantes do direito sucessório. Em primeiro lugar, é definida a hierarquia dos beneficiários na sucessão sem testamento (*Erbfolge*) e regulamentada a sua posição jurídica. Em seguida, vêm as disposições sobre testamentos (*Testamente*), o contrato de herança que nomeia herdeiros entre vivos (*Erbvertrag*) e a reivindicação de membros da família a uma parte obrigatória do patrimônio do falecido (*Pflichtteil*). A codificação ainda regula os motivos para a exclusão da herança (*Erbunwürdigkeit*), a renúncia da herança (*Erbverzicht*), o certificado de herança

(*Erbschein*) e, por último, a compra e venda de uma herança como um todo (*Erbschaftskauf*) (Gursky, 2018, p. 1).

Além disso, fora do livro quinto, em outras partes do BGB, particularmente nos livros que cuidam do direito de família e do direito das coisas¹, também podem ser encontradas disposições individuais que vão incidir na sucessão do autor da herança (Leipold, 2022, p. 2).

Ademais, existem muitas outras regras importantes que envolvem o direito das sucessões e estão espalhadas pela legislação alemã, valendo aqui citar: a) a regulamentação da herança de propriedades rurais, que encontra previsões diferentes nas leis de cada estado da federação alemã (*Länder*); b) as regras relativas ao imposto sobre a herança (*Erbschaftsteuer*), que estão contidas na Lei do Imposto sobre Heranças e Doações (*Erbschaft- und Schenkungssteuergesetz* ou ErbStG) (Robbers, 2019, p. 214); c) a lei da parceria de vida registrada (*Lebenspartnerschaftsgesetz* – LPartG), que trata dos direitos hereditários de membros de uma parceria de vida de pessoas do mesmo sexo; d) o Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung* - ZPO), que estabelece, por exemplo, qual o tribunal competente para o julgamento das ações envolvendo a herança (§§ 27 e 28 do ZPO) (Olzen, 2020, p. 20).

Assim sendo, tais fontes legais formam, de modo geral, o sistema concebido para a resolução de problemas relacionados ao direito das sucessões na Alemanha.

3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O direito das sucessões na Alemanha é guiado por quatro princípios fundamentais, que são em parte garantidos pela Lei Fundamental. São eles: a) o princípio da sucessão universal (*Universalsukzession* ou *Gesamtrechtsnachfolge*); b) o princípio da liberdade testamentária (*Testierfreiheit*); c) o princípio da herança pela família (*Familienerbfolge*); d) o princípio da sucessão privada (*Privaterbfolge*) (Solomon, 2005, p. 273).

a) O princípio da sucessão universal

O princípio da sucessão universal está previsto no § 1922, 1, do BGB e é imprescindível para a compreensão do direito das sucessões na Alemanha (Lange, 2022,

¹ Nas palavras de Otto von Gierke, segundo “a visão germânica, o direito das sucessões é baseado no direito de família, enquanto a visão romanista baseia todo o direito das sucessões na vontade declarada ou presumida do indivíduo, o que tem efeito após a morte” (Meyer-Pritzl, 2018, p. 1481).

p.26). Significa que a pessoa que herda toma o lugar do falecido, ou seja, o herdeiro, imediatamente após a morte do autor da herança², assume o seu patrimônio, que compreende todos os direitos e obrigações do falecido (*Aktivvermögen und Passivvermögen des Erblassers*) (Gursky, Lettmaier, 2018, p. 5-6). O herdeiro torna-se sucessor da totalidade da herança ou, no caso de haver vários herdeiros, de uma quota de toda a herança (*Anteil am Gesamtnachlass*). Isso ocorre automaticamente (*ipso iure*), por determinação legal, não havendo necessidade de nenhum ato formal de transferência (*ohne Übertragungsakt*). Os beneficiários de um legado, por outro lado, não são herdeiros e não se tornam automaticamente proprietários do objeto legado (Olzen, Looschelders, 2020, p. 27).

b) O princípio da liberdade testamentária

O princípio da liberdade testamentária ou liberdade de testamento refere-se ao poder do testador (*Erblasser*) de determinar livremente o destino de seu patrimônio após sua morte (§§ 1937 e seguintes do BGB). Em linhas gerais, observados os tipos previstos pela lei, o testador é livre para nomear herdeiros e atribuir partes de sua herança como bem entender (Löhnig; Fischinger, 2022, p. 1).

Entretanto, não se pode entender a liberdade testamentária como algo absoluto, pois existem certos limites que devem ser observados. O limite mais importante diz respeito à legítima (*Pflichtteilsrecht*) do cônjuge, dos descendentes e dos pais do falecido, que não podem ser completamente excluídos do recebimento de pelo menos uma parte do valor da herança, salvo se ocorrer uma das causas de privação da legítima, constantes dos §§ 2333 e seguintes do BGB (Leipold, 2022, p.345).

Ademais, como regra, o testador pode livremente modificar ou revogar a qualquer momento um testamento anteriormente feito. A liberdade testamentária não pode ser limitada por contrato (§ 2302 do BGB) (Solomon, 2005, p. 273).

c) O princípio da herança pela família

O princípio da herança pela família serve de fundamento para as disposições sobre a sucessão legítima, sobretudo no que toca à função da família de prover a manutenção de seus

² Conforme o posicionamento dominante, a sucessão ocorre no momento da morte cerebral total, não tendo relevância a cessação das atividades do coração ou da circulação (Ebenroth, 1996, p. 276).

integrantes, embora tal tarefa tenha sido em grande parte assumida pelo Estado social (Lange, 2022, p.162).

Tal princípio se manifesta em dois sentidos. O legislador supõe que o falecido era próximo de sua família e que, na maioria dos casos, a família também contribuiu de alguma forma para o seu acúmulo de riqueza. Nessa linha, se o falecido não tiver feito nenhuma disposição em contrário, os seus bens passam, por força da lei, para os seus parentes consanguíneos e para o seu cônjuge. Por outro lado, se o autor da herança deixou disposição testamentária, mesmo assim uma determinada porção mínima da herança é reservada ao cônjuge e aos parentes consanguíneos, mesmo que o testador tenha estabelecido em sentido contrário. Nesse caso, os membros da família excluídos têm uma pretensão contra os beneficiários nomeados pelo testador a fim de receberem uma determinada parte mínima da herança (*Pflichtteilsanspruch*, § 2303 do BGB). (Robbers, 2019, p.214).

d) O princípio da sucessão privada

Por fim, o princípio da sucessão privada determina que todo o patrimônio privado acumulado durante a vida pode ser transmitido por herança quando o seu titular falece. Isso significa que o patrimônio passa a outros particulares por disposição testamentária do autor da herança ou por disposição legal. Assim sendo, se o autor da herança escolheu um herdeiro ou se estes forem parentes elegíveis como herdeiros legítimos, então nessa situação não há que se falar no recebimento da herança pelo Estado (§ 1936 do BGB). (Löhnig, 2022, p.1-2).

4 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

O ordenamento jurídico alemão utiliza a expressão “direito das sucessões” (*Erbrecht*) tanto em sentido objetivo como em sentido subjetivo. Em sentido objetivo (*Erbrecht im objektiven Sinne*), o direito das sucessões inclui a totalidade das normas que regem a transferência do patrimônio do falecido para seus herdeiros. Já em sentido subjetivo (*Erbrecht im subjektiven Sinne*), significa o *status* legal que cabe aos herdeiros após a morte do autor da herança (Gursky, 2018, p.1).

Na mesma linha do Direito brasileiro, na Alemanha os herdeiros (*Erben*) são as pessoas naturais (*natürliche Person*) ou as pessoas jurídicas (*juristische Person*) a quem o patrimônio do autor da herança passa por sucessão universal após o seu falecimento (§ 1922

do BGB). Somente é considerado herdeiro o sucessor universal (Leipold, 2022, p.12). Não são considerados herdeiros aqueles que em função da morte do autor da herança adquirem somente pretensões contra o patrimônio do falecido, como é o caso dos legatários (§ 2174 do BGB).

A capacidade sucessória depende da capacidade de direito. Todas as entidades com capacidade de direito têm também a capacidade sucessória (*Erbfähigkeit*). Isso significa que tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas podem herdar, enquanto um animal não pode herdar (Solomon, 2005, p. 272).

Toda pessoa física viva no momento da morte do autor da herança (*zum Zeitpunkt des Erbfalls*) tem capacidade de direito para herdar (§ 1923, 1, do BGB). Ainda, tal capacidade é ampliada pelo § 1923, 2 do BGB para aqueles já concebidos (*nasciturus*), mas ainda não nascidos no momento da morte do autor da herança, desde que depois realmente nasça e viva por pelo menos um momento. As consequências jurídicas são então consideradas como se a criança já estivesse viva no momento do passamento (Röthel, 2020, p.24).

Da mesma forma que no Brasil, na Alemanha também se distingue a sucessão legítima da sucessão decorrente de disposição de última vontade. Nessa linha, a pessoa cujos bens estão em questão na sucessão (*Erblasser*) pode determinar quem se beneficiará com sua morte por meio de uma disposição de última vontade (*Verfügung von Todes wegen*), que geralmente tomará a forma de um testamento (§ 1937 e seguintes do BGB). Se o falecido não designou especificamente seus beneficiários, então as regras de sucessão sem disposição de última vontade serão aplicadas (Robbers, 2015, p.215).

5 A SUCESSÃO LEGÍTIMA

As regras alemãs sobre a sucessão legítima (*gesetzliche erbfolge*) são aplicáveis sempre que: a) o autor da herança falecer sem ter deixado disposição de última vontade; b) a disposição de última vontade for considerada inválida; c) o autor da herança não tratou de todos os seus bens na disposição de última vontade (Olzen, 2020, p.29-30). Tais disposições, que estão previstas nos §§ 1924 a 1936 do BGB e são subsidiárias em relação à vontade do autor da herança, encontram fundamento na mencionada sucessão familiar, que usualmente inclui os parentes do falecido e o cônjuge sobrevivente (Lange, 2022, p.162).

O sistema alemão, diferentemente do que ocorre no Brasil, divide os parentes do falecido de uma forma que não leva em conta, como critério decisivo, o seu grau de

parentesco. O fator decisivo é se a pessoa é descendente do falecido, de seus pais, de seus avós e assim por diante (Robbers, 2019, p.215). E como a legislação alemã procura antepassados em comum com o falecido para estabelecer a relação de parentesco, estão excluídos da sucessão os parentes por afinidade, como é o caso da sogra, do genro, do sogro e da nora.

A escolha dos herdeiros das três primeiras classes remete aos parentes consanguíneos que herdavam segundo a Novela 118 de Justiniano. Apesar de remeter à concepção de Justiniano, o legislador alemão optou por um sistema independente (*Parentelsystem*), no qual cada classe forma seu próprio grupo de potenciais herdeiros³. A sistemática de escolha do sucessor pelo grau mais próximo de parentesco com o falecido somente ocorre a partir da quarta classe de parentesco, aplicando-se então o *Gradualsystem* (Lange, 2022, p.169).

5.1 A primeira classe de herdeiros

Os herdeiros legítimos da primeira classe são os descendentes diretos do falecido (§ 1924 do BGB), ou seja, os seus filhos, netos e bisnetos. Na ausência de disposição de última vontade, somente os herdeiros da primeira classe poderão receber a herança. Os parentes mais distantes serão então excluídos da sucessão legítima (Löhnig; Fishinger, 2022, p.88).

Nessa senda, se o autor da herança, por exemplo, tem apenas um neto como herdeiro da primeira classe, estão excluídos da sucessão legítima como herdeiros da segunda e da terceira classe os pais, os avós, os irmãos, os tios e todos os seus descendentes (Löhnig; Fishinger, 2022, p.88).

Ademais, os filhos cujos pais não são casados, no que diz respeito ao direito das sucessões, são tratados essencialmente da mesma forma que os filhos cujos pais são casados (Solomon, 2005, p.275). A diferença de tratamento que existia entre os filhos de pais casados e de pais não casados foi abolida em 1998, quando entrou em vigor a legislação sobre igualdade da herança, que afastou o tratamento diferenciado que existia (*Erbrechtsgleichstellungsgesetz*)⁴.

Outrossim, dentro de uma mesma classe há uma ordem de prioridade, que depende do grau de parentesco, de maneira que a existência de um determinado herdeiro exclui todos

³ Existem, entretanto, outros ordenamentos jurídicos que também se baseiam no sistema da parentela, mas limitam a sua utilização às três ou quatro primeiras classes. Esse é o caso da Áustria, da Suíça e da Grécia (FRANK, 2018, p. 17).

⁴ A Lei sobre a igualdade de direitos sucessórios (*Gesetz zur Gleichstellung nichtehelicher Kinder – Erbrechtsgleichstellungsgesetz*) entrou em vigor em 1 de abril de 1998 (GURSKY ; LETTMAIER, 2018, p. 23).

os seus descendentes da sucessão. Assim, se o falecido tiver filho e netos, o filho herdará tudo com exclusão dos netos. No entanto, se o filho não herdar, por exemplo, porque ele faleceu antes do autor da herança ou se recusou a suceder, então os filhos do filho, isto é, os netos, herdarão sua parte dos bens hereditários. Nesse caso, eles herdarão aquela proporção da herança que seu genitor teria herdado do autor da herança se ele ainda estivesse vivo (*Repräsentation*) (Röthel, 2020, p.43-44).

Assim, por exemplo, se o autor da herança deixa um filho e três netos de um filho já falecido, a herança será dividida em duas partes. Metade da herança caberá ao filho, enquanto a outra metade será dividida entre os filhos do filho já falecido, ou seja, os netos do autor da herança, que recebem juntos a herança que deveria ter ido para seu pai. Isso é chamado de sucessão *per stirpes* (*Erbfolge nach Stämmen*) (Robbers, 2019, p.215-216).

5.2 A segunda classe de herdeiros

Os herdeiros legítimos da segunda classe são os genitores do falecido e seus descendentes (*die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge*). A segunda classe é então determinada pelos genitores do falecido, de maneira que a integram os pais, os irmãos e os sobrinhos do falecido (§ 1925 do BGB) (Frank; Helms, 2018, p.17).

Os parentes da segunda classe somente herdam quando não há mais parentes da primeira classe. Há também uma ordem de prioridade entre os herdeiros da segunda classe, que se baseia no princípio do grau de parentesco. Ademais, os filhos de um sucessor já falecido participam da herança de seu genitor (Leipold, 2022, p.51).

Nesse contexto, se o falecido não tiver deixado descendentes, a herança passa para o seu pai ou sua mãe, cada um com direito a metade da herança. Se algum deles tiver morrido antes do autor da herança, sua metade passa para seus descendentes, o que é chamado de passagem na linha (*Erbrecht nach Linien*). Caso não tenha deixado descendentes, a herança vai para o outro pai ou seus descendentes. Na hipótese de os genitores e de os irmãos do autor da herança já terem falecido, então os sobrinhos recebem a herança (Löhnig; Fischinger, 2022, p.89).

5.3 A terceira classe de herdeiros e as classes subsequentes

Os herdeiros legítimos da terceira classe são os avós do falecido e seus descendentes

(*die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge*). Integram o terceiro grau, por exemplo, os tios e os primos do falecido (§ 1926 do BGB) (Solomon, 2005, p.275).

Os parentes da quarta e da quinta classe são determinados de acordo com os §§ 1928 e 1929 do BGB. A quarta classe inclui os bisavós e seus descendentes, estando a sucessão organizada fundamentalmente em torno das mesmas regras que para as classes mencionadas anteriormente (Gursky; Lettmaier, 2018, p.19-20). A quinta classe, por sua vez, é composta pelos tataravós e seus descendentes (Leipold, 2022, p. 54).

Depois da quarta classe, os herdeiros de herdeiros já falecidos não são mais beneficiados, pelo que os parentes mais próximos que herdaram em seu lugar. Ainda, o número de classes não sofre limitação no Direito alemão⁵, aspecto que apresenta divergência em relação ao Direito brasileiro, uma vez que o Código Civil brasileiro determina que se não houver cônjuge sobrevivente nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau (art. 1.839).

Ademais, vale lembrar que a simples presença de um parente de uma classe anterior é sempre suficiente para excluir qualquer possível herdeiro das classes subsequentes (§ 1930 do BGB).

5.4 O caso do cônjuge sobrevivente

O cônjuge sobrevivente também tem direito à herança⁶, conforme estabelecem os §§ 1931 e seguintes do BGB. Contudo, tal direito depende da existência do casamento no momento da morte do autor da herança (*Ehe mit dem Erblasser im Zeitpunkt des Erbfalls*). Igualmente, fica afastado o direito à herança do cônjuge sobrevivente se as circunstâncias justificarem a concessão do divórcio e o autor da herança tiver iniciado o processo de divórcio ou se tiver consentido no processo de divórcio iniciado pelo cônjuge sobrevivente (Leipold, 2022, p.60-61).

A proporção exata a que tem direito o cônjuge sobrevivente depende do regime matrimonial aplicável e do grau de parentesco do falecido com os demais potenciais herdeiros (Robbers, 2019, p.216).

Na hipótese de casamento realizado pelo regime da comunhão de bens

⁵ Conforme observa Reinhard Zimmermann (2015), a ideia de sucessão familiar foi longe demais, uma vez que todos os parentes, por mais distantes que sejam, podem se tornar herdeiros legítimos, desde que possam ser encontrados.

⁶ Desde 2017 a legislação alemã prevê que o casamento pode ser celebrado por duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo (§ 1353, 1, 1 do BGB).

(*Gütergemeinschaft*) ou pelo regime da separação de bens (*Gütertrennung*), havendo concorrência com herdeiros da primeira classe, o cônjuge sobrevivente recebe um quarto da herança (§ 1924 do BGB), independentemente do número de herdeiros existentes da primeira classe (Frank; Helms, 2018, p. 26). Se estiver em concorrência com herdeiros da segunda classe ou com avós, o cônjuge sobrevivente tem direito a metade da herança. Com exceção dos avós, os demais herdeiros da terceira classe não herdam se o autor da herança houver deixado cônjuge (Gursky; Lettmaier, 2018, p.23).

Por outro lado, em se tratando de casamento realizado com o autor da herança pelo regime legal alemão, isto é, pelo regime da comunhão de aquestos (*Zugewinnngemeinschaft*), o cônjuge sobrevivente, como forma de equalização dos ganhos pelo encerramento do regime matrimonial, tem ainda direito, além da participação anteriormente mencionada, a mais um quarto da herança (§ 1371 do BGB)⁷. A título de exemplo, isso significa que se o autor da herança deixar seu cônjuge e filhos, o cônjuge sobrevivente, considerando que foram casados pelo regime da comunhão de aquestos, receberá metade da herança ($\frac{1}{4} + \frac{1}{4} = \frac{1}{2}$), enquanto os filhos receberão a outra metade e a partilharão entre si. Ademais, se o autor da herança deixar seu cônjuge, bem como seu pai e sua mãe, considerando que o cônjuge sobrevivente concorre com herdeiros da segunda classe, então receberá metade da herança e mais um quarto adicional, haja vista que o casamento se realizou pelo regime da participação nos aquestos. Assim sendo, o cônjuge sobrevivente recebe três quartos do total da herança ($\frac{1}{2} + \frac{1}{4} = \frac{3}{4}$), enquanto o pai e a mãe recebem juntos um quarto, ficando cada um com um oitavo da herança (Frank; Helms, 2018, p.29).

Outrossim, o cônjuge sobrevivente, em concorrência com herdeiros de segunda classe ou com avós, receberá o que se chama “*Recht auf den Voraus*” (§ 1932 do BGB), que compreende todos os itens domésticos (*Haushaltgegenstände*), bem como os presentes de casamento (*Hochzeitgeschenke*). Entretanto, se o cônjuge sobrevivente concorrer com herdeiros de primeira classe, herdará tais objetos apenas na medida em que eles sejam

⁷ Na Alemanha, existem três tipos de regime de casamento que podem ser escolhidos pelos casais: a) Regime da separação de bens (*Trennung der Vermögen*): nesse regime cada cônjuge mantém sua propriedade antes e durante o casamento, sem a necessidade de dividir ou compartilhar com o outro. Em caso de divórcio, não há partilha de bens, cada um fica com o que é seu; b) Regime da comunhão de aquestos (*Zugewinnngemeinschaft*): nesse regime cada cônjuge mantém sua propriedade antes do casamento, mas os ganhos adquiridos durante o casamento são divididos igualmente em caso de divórcio. Essa divisão ocorre apenas sobre os ganhos obtidos durante o casamento; c) Regime da comunhão de bens (*Gütergemeinschaft*): nesse regime todos os bens dos cônjuges se tornam propriedade comum do casal (*Gesamtgut*), incluindo aqueles adquiridos antes do casamento. Em caso de divórcio, os bens são divididos igualmente entre o casal. Ademais, vale ressaltar que o regime de bens na Alemanha é determinado automaticamente pela lei, caso o casal não escolha um regime específico. O regime padrão é o regime da comunhão de aquestos, mas é possível escolher outro regime por meio de um contrato de casamento (*Ehevertrag*) (Muscheler, 2022, p. 177).

necessários para a adequada manutenção de sua casa (Leipold, 2022, p.76-77). Existe ainda a chamada “trigésima” (*das Dreißigste*), que é um direito dos membros da família do falecido à manutenção durante os trinta dias imediatamente seguintes à sua morte (§ 1969 do BGB) (Robbers, 2019, p.218).

Ademais, o regime de separação de bens (§ 1414 do BGB) apresenta ainda uma particularidade quando o falecido deixa um cônjuge e um ou dois filhos. Nesse caso, o cônjuge e os filhos compartilham a herança em partes iguais (§ 1931, 4 do BGB) (Gursky; Lettmaier, 2018, p.25)

Em todos os outros casos, ou seja, na ausência de herdeiros da primeira classe, da segunda classe ou de avós, o cônjuge sobrevivente tem direito à totalidade da herança (§ 1931, 2 do BGB)⁸.

5.5 O direito sucessório para casais registrados do mesmo sexo

A partir da Lei de Parceria Civil (*Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG*), de 16 de fevereiro de 2001, com entrada em vigor a partir de 1º de agosto de 2001, o companheiro homoafetivo sobrevivente passou a ser considerado um dos herdeiros legítimos do autor da herança (§ 10 da LPartG) (Gursky; Lettmaier, 2018, p.27).

O direito sucessório do companheiro homoafetivo sobrevivente guarda correspondência com a posição do cônjuge sobrevivente. Assim, tem ele direito a um quarto da herança quando estiver concorrendo com herdeiros da primeira classe. Se estiver concorrendo com herdeiros da segunda classe ou com avós, tem direito a metade da herança (Brox; Walker, 2021, p.54).

Também existe o direito ao recebimento da chamada “*großer Voraus*”, que compreende todos os objetos domésticos, bem como os presentes recebidos no momento em que se estabeleceu o certificado de parceria (§ 1932 do BGB). Contudo, se concorrer com herdeiros de primeira classe, herdará tais objetos apenas se eles forem imprescindíveis para a adequada administração do lar (Frank; Helms, 2018, p.37).

Na ausência de herdeiros da primeira classe, da segunda classe ou de avós, o companheiro homoafetivo sobrevivente tem direito à totalidade da herança. E o § 1371 do BGB igualmente se aplica ao companheiro homoafetivo sobrevivente. Assim sendo, deve-se

⁸ A lei não prevê um direito de herança para os parceiros de uma união de fato. Não é permitida a aplicação analógica do § 1931 a tal situação, uma vez que ela difere do casamento. Assim, ao escolher esta forma de coabitação, os parceiros de uma união de fato mostram que não querem os efeitos legais do casamento (Olzen; Looschelders, 2020, p. 61).

acrescentar mais um quarto da herança quando o regime matrimonial equivale à comunhão de aquestos (*Ausgleichsgemeinschaft*).

Por fim, a partir de 2017 pode ser celebrado na Alemanha casamento não apenas entre um homem e uma mulher, mas também entre duas pessoas do mesmo sexo (§ 1353, 1, 1 do BGB). No que toca ao direito das sucessões, os casamentos entre pessoas do mesmo sexo estão sujeitos às mesmas regras que os casamentos tradicionais. E por isso, com a nova previsão, não mais se permite a conclusão de novas parcerias civis entre pessoas do mesmo sexo, prevendo ainda a legislação a possibilidade de transformação das existentes em casamento (Leipold, 2022, p. 60).

5.6 Direito sucessório do Estado

O Estado se torna herdeiro apenas como último recurso, o que ocorre para impedir que a herança fique sem titular. Somente quando não se encontra nenhum sucessor legítimo e também não houve uma disposição de última vontade é que a herança será transferida ao Estado (§ 1936 do BGB) (Gursky; Lettmaier, 2018, p.28).

Considera-se herdeiro legítimo o Fisco do Estado Federal no qual o falecido tinha seu domicílio (*Wohnsitz*) no momento de sua morte ou, na ausência de domicílio, o local onde o falecido usualmente residia. Ademais, é relevante notar que o Estado Federal é considerado herdeiro legítimo, não podendo renunciar à herança (§ 1942 do BGB), sendo, portanto, uma espécie de herdeiro forçado (Röthel, 2020, p.63). No Brasil, por outro lado, o Município, o Distrito Federal e a União também não podem renunciar à herança, mas não figuram no rol dos herdeiros legítimos (art. 1.844 do Código Civil de 2002) (Zanini, 2022, p.171).

6 A SUCESSÃO POR DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE

A legislação alemã admite duas formas de disposição de última vontade (*Verfügung von Todes wegen*): a) o testamento (*Testament* - § 1937 do BGB); b) o contrato de herança (*Erbvertrag* - § 1941 do BGB) (Olzen, Looschelders, 2020, p.71). Por meio desses instrumentos, a pessoa de cujo patrimônio a sucessão cuida pode fazer várias estipulações. Pode determinar, por exemplo, quem será o herdeiro (*Erbe*), bem como a forma como o patrimônio deve ser dividido e utilizado (Robbers, 2019, p.216).

6.1 Disposições gerais sobre o testamento

O testamento é considerado um negócio jurídico unilateral e não receptício, no qual constam disposições de última vontade que somente produzem efeitos quando seu autor falecer. Como se trata de um negócio jurídico, as disposições da Parte Geral e as regras gerais do Direito das Obrigações são aplicáveis, ressalvadas as normas especiais que estejam previstas no livro quinto do BGB (Löhnig; Fischinger, 2022, p.3).

O Código Civil alemão sujeita os testamentos ao preenchimento de uma ampla gama de requisitos formais (§§ 2064 e seguintes do BGB). Nisso a codificação civil reflete as sábias palavras de Rudolf von Jhering, o qual afirmava que a “forma é a irmã gêmea da liberdade” (“*Die Form ist die Zwillingschwester der Freiheit*”) (Schmoeckel, 2019, p.112).

A forma testamentária vai variar conforme se trate de um testamento ordinário ou extraordinário (Leipold, 2022, p.111). Há duas formas ordinárias de testamento (§§ 2231 e seguintes do BGB), que, em princípio, estão disponíveis para qualquer testador, e três formas extraordinárias (§§ 2249 e seguintes do BGB), que só estão disponíveis em situações especiais (Löhnig; Fischinger, 2022, p.6).

O testamento público (*öffentliches Testament* ou *Testament zur Niederschrift des Notars*) é uma das formas ordinárias de testamento. Para a sua elaboração, o testador pode declarar oralmente a sua vontade a um notário, que a reduzirá a escrito, ou o testador pode ainda entregar ao notário uma declaração escrita aberta ou selada (§ 2232 do BGB) (Robbers, 2019, p.217). Os menores e analfabetos apenas podem testar na forma pública (§ 2247, 4, do BGB).

O testamento privado ou hológrafo (*Eigenhändiges Testament*) também está entre as formas ordinárias de testamento. Tal modalidade testamentária deve ser inteiramente escrita à mão pelo próprio testador e por ele assinado (§ 2247, 1 do BGB). Se isso não for feito, o testamento é nulo (Leipold, 2022, p.116).

As formas extraordinárias de testamento, por outro lado, estão disponíveis quando determinadas circunstâncias impossibilitarem o cumprimento dos requisitos formais ordinários. Isso pode ocorrer, por exemplo, porque o testador se encontra prestes a falecer, caso em que se permite a elaboração de um testamento de emergência (*Nottestament*), que tem validade por tempo limitado (§ 2252 do BGB) (Schmoeckel, 2019, p.113).

O testamento de emergência pode ser elaborado na presença do prefeito (*Nottestament vor dem Bürgermeister*) e de duas testemunhas (§ 2249 do BGB), ou, se isso

também não for possível, o testador pode declarar sua vontade oralmente perante três testemunhas (*Nottestament vor drei Zeugen*) (§ 2250 do BGB) (Gursky, 2018, p.53). Ademais, a bordo de um navio alemão (*Seetestament*), fora de um porto doméstico, um testamento extraordinário pode ser feito oralmente perante três testemunhas (§ 2251 do BGB) (Röthel, 2020, p.94).

Para a elaboração de um testamento, é imprescindível a existência de capacidade testamentária (*Testierfähigkeit*), que constitui a capacidade de fazer, alterar ou revogar um testamento. Trata-se de um subtipo de capacidade de exercício, que é especificamente regulado no direito sucessório, não coincidindo totalmente com a regra geral (Lange, 2022, p. 51).

A capacidade testamentária surge quando a pessoa completa dezesseis anos de idade (§ 2229, 1 do BGB). Entretanto, se um menor deseja fazer um testamento, deve observar formalidades especiais, as quais objetivam garantir que ele será orientado por algum oficial público, como um notário (§ 2233 do BGB) (Olzen; Looschelders, 2020, p.81). Ademais, somente as pessoas naturais têm capacidade testamentária (Solomon, 2005, p.272).

O testamento pode ser, por outro lado, revogado a qualquer momento, não sendo necessária a apresentação de razões para a revogação. Nesse contexto, o testamento posterior tem precedência sobre o testamento anterior na medida em que o posterior é incompatível com a validade do anterior (Gursky; Lettmaier, 2018, p.55).

Outrossim, as disposições testamentárias podem ser contestadas por qualquer pessoa que se beneficie da sua invalidade. Erros de motivação são um fundamento válido para contestar as disposições do testador (§ 2078 e seguintes do BGB). Seja como for, é certo que ao contestar um testamento com base em erro de motivação, o contestante enfrentará consideráveis dificuldades de prova. Isso porque os tribunais, sempre que possível, interpretam o testamento de acordo com as intenções do testador, evitando-se interpretações que tornem necessário afastá-lo (§ 2084 do BGB) (Robbers, 2019, p.218).

Ademais, os beneficiários podem ser privados da herança, com efeitos retroativos, caso sejam apresentados fundamentos para a exclusão por indignidade (*Erbunwürdigkeit*) (§§ 2339 e seguintes do BGB). Isso somente é permitido quando estão presentes alguns defeitos graves (*schwere Verfehlungen*) na pretensão do beneficiário, que estão listados no § 2339 do BGB. A retirada do benefício ocorre por ordem judicial, quando uma pessoa com algum interesse na invalidade da disposição a impugna com êxito. E tal previsão constitui, sobretudo, um importante instrumento de proteção da liberdade testamentária (Schmoeckel,

2019, p.173).

Por fim, admite-se livremente a nomeação de testamenteiro (*Testamentvollstrecker*) pelo testador, o que normalmente ocorre quando o testador acredita que tal nomeação é necessária para proteger a herança ou para garantir que os desejos expressos em seu testamento sejam realizados (§§ 2197 e seguintes do BGB) (Frank; Helms, 2018, p.134). Se um testamenteiro for nomeado, geralmente ele terá poderes para administrar o patrimônio. Os beneficiários não podem, então, sem a permissão do testamenteiro, dispor dos bens da herança, uma vez que eles estão sujeitos à autoridade do testamenteiro. O testador é ainda livre para estipular a extensão e a duração da autoridade do testamenteiro (Robbers, 2019, p.218).

6.2 As particularidades do testamento conjuntivo

O Direito alemão permite que um casal faça conjuntamente um único testamento no qual os cônjuges decidem sobre a distribuição de seus bens após a morte de um deles (§§ 2265 e seguintes do BGB), o que é chamado de testamento conjuntivo (*gemeinschaftliches Testament*) (Gursky; Lettmaier, 2018, p.68).

No testamento conjuntivo a declaração de cada um dos testadores depende mutuamente da declaração do outro, mas tal figura não pode ser confundida com o contrato de herança, pois o testamento conjuntivo permanece em essência um testamento. Desse modo, salvo disposição em contrário, aplicam-se ao testamento conjuntivo as regras que regem as disposições testamentárias (Leipold, 2022, p.75).

O testamento conjuntivo somente pode ser elaborado por pessoas casadas, não se admitindo sua realização por noivos ou por parentes (§ 2265 do BGB). Considera-se nulo o testamento conjuntivo que não for feito na constância do matrimônio (*das Bestehen einer Ehe*), isto é, que foi feito entre pessoas que não estão casadas. Contudo, no período de 2001 a 2017, vale ressaltar, foi permitida a elaboração do testamento conjuntivo pelas pessoas do mesmo sexo que conviviam sob o regime estabelecido pela Lei de Parceria Civil (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) (Meyer-Pritzi, 2018, p.1499).

O chamado “testamento berlinense” (*Berliner Testament*) constitui um exemplo bastante conhecido na prática de testamento conjuntivo (§ 2267 do BGB). Nesse caso, cada cônjuge declara que o outro é o único beneficiário do primeiro que morrer, e um terceiro, geralmente o filho ou filhos do casal, é declarado herdeiro do cônjuge sobrevivente (Brox;

Walker, 2021, p.121).

6.3 O legado

O testador pode deixar em seu testamento um determinado objeto para uma pessoa em particular, mas isso não torna essa pessoa um herdeiro (§ 1939 do BGB). É que o herdeiro recebe, em virtude da sucessão universal, a herança como um todo ou uma cota da herança, não adquirindo um objeto individualizado. A disposição específica de um determinado objeto é chamada de legado (*Vermächtnis*, §§ 2147 e seguintes dos BGB) (Röthel, 2020, p. 417).

O legado onera o patrimônio do falecido, podendo operar contra toda a herança ou contra um beneficiário específico (*Vermächtnisnehmer*) (Robbers, 2019, p.218). Em princípio, o legado de um determinado objeto somente é válido se o objeto legado pertencia ao patrimônio do autor da herança no momento da abertura da sucessão (§ 2169 do BGB) (Gursky; Lettmaier, 2018, p. 188).

Diferentemente do que ocorre com o herdeiro, com a morte do autor da herança o legatário não se torna automaticamente proprietário do bem legado. O legatário terá, entretanto, uma pretensão pessoal, baseada no direito das obrigações, contra a pessoa que foi obrigada a transferir o objeto do legado (§ 2174 do BGB) (Solomon, 2005, p.272).

Ademais, vale lembrar que o *Recht auf den Voraus* é considerado uma espécie de legado concedido por força de lei, tanto que são aplicáveis a tal instituto as disposições do BGB sobre os legados (Gursky, 2018, p.28).

6.4 O fideicomisso

A codificação alemã amplia o poder de disposição do autor da herança, prevendo a possibilidade de se estabelecer que determinados herdeiros devem herdar sucessivamente (§ 2100 do BGB) (Frank; Helms, 2018, p.109).

Nesse contexto, o autor da herança pode determinar que a transferência de seus bens para várias pessoas ocorrerá em ordem cronológica escalonada. Assim, em um primeiro momento os bens são herdados por um herdeiro anterior (*Vorerbe*), o qual, posteriormente, deve repassá-los, conforme especificado pelo testador, para outra pessoa (*Nacherbe*). O herdeiro anterior e o herdeiro posterior são ambos sucessores do testador, mas eles não herdam ao mesmo tempo, havendo um intervalo de tempo (§ 2139 do BGB) (Leipold, 2022,

p.284).

A explicação para se estabelecer uma série de herdeiros (*Nacherbschaft*) é a intenção de manter os bens do testador no âmbito da família pelo maior tempo possível. Em todo caso, o *Vorerbe* estará sujeito a muitas restrições em suas negociações com os bens recebidos (§§ 2100 e seguintes do BGB) (Meyer-Pritzl, 2018, p.1503).

6.5 O contrato de herança

O autor da herança pode tomar providências no sentido de que sua herança seja transmitida não somente por testamento, mas também por meio de um contrato de herança (*Erbvertrag*)⁹, o qual é celebrado com outra pessoa (§ 2274 do BGB). O herdeiro pode ser a outra parte do contrato de herança ou uma terceira pessoa, e todos os ajustes que podem ser feitos em um testamento também podem ser feitos em um contrato de herança (Leipold, 2022, p.192).

O autor da herança está vinculado pelo contrato de herança. Isto significa que um testamento posterior que se afaste dos termos do contrato de herança, em detrimento do herdeiro nomeado no contrato, será inválido na medida em que for incompatível com o contrato. A única maneira de encerrar unilateralmente um contrato de herança é com base em certos motivos de rescisão ou anulação que são especialmente regulamentados no Código Civil alemão. Em todo caso, o contrato de herança pode ser encerrado por um novo acordo (*Aufhebungsvertrag*) (Gursky; Lettmaier, 2018, p.83).

Além disso, o autor da herança ainda pode dispor livremente de seu patrimônio durante sua vida, o que pode ser feito, por exemplo, vendendo ou doando parte de sua propriedade. No entanto, se o autor da herança fizer doações que prejudiquem a posição do herdeiro beneficiário do contrato de herança, o herdeiro terá uma ação de enriquecimento contra a pessoa que recebeu a doação (§ 2287, § 1 do BGB) (Robbers, 2019, p.217).

⁹ O art. 426 do Código Civil brasileiro traz restrição jurídica tradicional, que está conforme a maior parte das legislações e tem suas raízes no direito romano. Trata-se de norma que tem cunho eminentemente moral, visto que “estipular contratualmente sobre a herança de pessoa viva é estipular pretendendo que o mais cedo possível ocorra a morte do que deixará a herança” (Lotufo, 2016, v. 3, p. 43). E nesse ponto é interessante notar que os pactos sucessórios (*pacta successoria*), em princípio, são inválidos nos países que adotam o sistema da *civil law*, uma vez que são considerados contrários à ordem pública (*contra bonos mores*). Entretanto, nos países de língua alemã, esses contratos são, em princípio, válidos (Waal, 2006, p. 1087).

7 A LEGÍTIMA E A PRETENSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE E DOS PARENTES PRÓXIMOS

O princípio fundamental da liberdade testamentária permitiria a exclusão do cônjuge e dos parentes consanguíneos da sucessão testamentária. A legislação alemã considera, entretanto, que seria injusto não deixar nada para determinados parentes próximos (Löhnig; Fischinger, 2022, p.1).

Nessa linha, para proteger o princípio da herança familiar (*Familienerbfolge*), garantindo um mínimo de solidariedade familiar, o cônjuge sobrevivente, os descendentes e os pais têm direito, mesmo na presença de disposições testamentárias contrárias, a uma determinada parte obrigatória da herança do falecido (*Pflichtteilsrecht*, §§ 2303 e seguintes do BGB) (Leipold, 2022, p.345).

Assim sendo, a porção mínima (legítima) a que têm direito o cônjuge sobrevivente, os descendentes e os pais corresponde à metade do que teriam direito se o autor da herança tivesse falecido sem deixar testamento (§ 2303 do BGB), o que representa uma severa restrição legal à liberdade testamentária (Röthel, 2020, p.441).

Na hipótese de não observância da porção mínima, surge uma pretensão (*Pflichtteilsanspruch*) que tem natureza pessoal, nos termos do direito das obrigações, sendo oponível contra os herdeiros testamentários dentro do prazo de três anos após o conhecimento da abertura da sucessão e do testamento. No entanto, a pessoa que apresenta a pretensão não tem o *status* de herdeiro e também não tem direito a objetos específicos que fazem parte do patrimônio do autor da herança (Gursky; Lettmaier, 2018, p.12).

A porção mínima para familiares próximos só pode ser excluída (*Pflichtteilsentziehung*) se o potencial requerente tiver cometido determinadas ofensas consideradas graves contra o testador (§§ 2333 e seguintes do BGB). Existem ainda diversas medidas protetivas para fazer com que o testador respeite a porção mínima em outros casos, por exemplo, fazendo doações a terceiros durante sua vida (§§ 2305 e seguintes do BGB) (Robbers, 2019, p.219).

Ademais, vale notar que o direito à legítima não somente está em conformidade com a Lei Fundamental, mas também é constitucionalmente assegurado pela garantia do direito sucessório (artigo 14, 1, da GG) e pela proteção da família (art. 6, 1, da GG). Em todo caso, o legislador ordinário tem uma considerável margem de manobra no que se refere ao delineamento de tal direito (Leipold, 2022, p.345).

8 A RESPONSABILIDADE DO HERDEIRO

O herdeiro é responsável, com toda a extensão de seus próprios bens, de forma pessoal e ilimitada, pelas dívidas da herança (§ 1967 do BGB) (Gursky; Lettmaier, 2018, p.148).

Entretanto, a responsabilidade do herdeiro pelas dívidas da herança pode ser limitada às forças da herança. Para que isso ocorra é necessário que haja separação entre o patrimônio do herdeiro e o patrimônio deixado pelo falecido, o que pode ocorrer quando: a) for determinada a administração da herança com o objetivo de satisfazer os credores da herança; b) for declarada a insolvência da herança (§ 1975 do BGB)¹⁰.

Na primeira situação, a administração da herança fica a cargo, na maioria das vezes, de advogados ou notários independentes. Eles têm a importante tarefa de organizar e administrar de forma transparente o patrimônio deixado pelo autor da herança (*Nachlassverwaltung*).

Já na hipótese de superendividamento da herança, os bens privados dos herdeiros também podem ser afetados, pois eles são responsáveis pelas dívidas se aceitaram a herança. Contudo, por serem responsáveis pelas dívidas da herança, os herdeiros podem declarar a insolvência da herança (*Nachlassinsolvenzverfahren*). Nesse caso, a herança é mantida separada e a responsabilidade do herdeiro em relação aos credores do falecido é limitada à extensão dos bens herdados (Röthel, 2020, p.295).

Outrossim, existem alguns outros casos em que a responsabilidade é limitada. Uma situação assim se dá quando a herança residual é insuficiente para cobrir todos os legados (*Vermächtnisse*) e encargos (*Auflagen*) (§§ 1990 e 1992 do BGB) (Robbers, 2019, p.219).

Ademais, o herdeiro pode vender a herança como um todo (§§ 2371 e seguintes do BGB). Se o herdeiro vender a herança, não terá nenhuma responsabilidade se os bens apresentarem defeitos materiais (*Sachmängelhaftung*) (Robbers, 2019, p.219).

9 A COMUNIDADE DE COERDEIROS

A sucessão pode ser analisada sob a perspectiva de um único herdeiro (*Alleinerbe*), o

¹⁰ A sistemática alemã de responsabilização do herdeiro não se confunde com a francesa, que admite a aceitação da herança sob benefício de inventário (*acceptation sous bénéfice d'inventaire*) (Frank; Helms, 2018, p. 234). O modelo alemão também não se assemelha ao brasileiro, que determina no art. 1.792 do Código Civil que o “herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”.

que o BGB trata como se fosse a regra geral (§§ 1942 a 2031 do BGB). Na prática, entretanto, os casos envolvem frequentemente vários herdeiros e não somente um herdeiro único. Assim sendo, se existe uma pluralidade de herdeiros de uma mesma herança, eles são chamados de coerdeiros (*Miterben*), temática regulada como se fosse uma exceção pelos §§ 2032 a 2063 do BGB (Lange, 2022, p. 546).

Os coerdeiros formam uma comunidade (*Miterbengemeinschaft*) que não é dotada de capacidade jurídica (*Rechtsfähigkeit*), mas que se torna responsável por todos os direitos e deveres relativos à herança (Frank; Helms, 2018, p.245).

Conforme o § 2032 do BGB, a comunidade de coerdeiros constitui uma forma de propriedade em mão comum (*Gesamthandsgemeinschaft*). Cada coerdeiro tem então uma parte ideal da herança, a qual é separada do restante de seu patrimônio. Os coerdeiros não se tornam coproprietários de bens individuais, mas sim apenas titulares de sua parte ideal na herança (Solomon, 2005, p. 274). O coerdeiro pode negociar a sua parte ideal na herança. Contudo, apenas a comunidade de coerdeiros, como um todo, pode tomar decisões sobre o que pode ser feito com bens específicos da herança (Röthel, 2020, p. 305).

A comunidade de coerdeiros continua a existir até que o espólio do falecido seja dividido entre eles, o que significa que a sua finalidade não é a preservação do patrimônio indiviso nas mãos dos herdeiros, mas sim processar e liquidar as relações jurídicas herdadas (Lange, 2022, p. 546). Isso envolve pôr termo a todas as obrigações legais nas quais a herança do falecido esteja envolvida, particularmente suas dívidas. O restante da herança é então dividido entre os herdeiros de acordo com suas quotas, passando a fazer parte de suas próprias fortunas privadas. Nos casos de desacordo entre os herdeiros, a divisão da herança é resolvida por decisão judicial. Até que a herança tenha sido dividida dessa forma, cada um dos herdeiros tem o direito de se recusar a liquidar as obrigações da herança com seus próprios bens pessoais (Robbers, 2019, p. 219-220).

10 A RENÚNCIA À HERANÇA

Os herdeiros adquirem este *status* automaticamente com a morte da pessoa do autor da herança (§ 1942, 1 do BGB). Assim, é possível que alguém seja herdeiro sem ou mesmo contrariamente à sua vontade. Como os herdeiros também assumem a responsabilidade pelo passivo do patrimônio do falecido, podem renunciar à herança (*Ausschlagung*, §§ 1942 e seguintes do BGB), caso em que a passagem da herança para o herdeiro é anulada com efeito

retroativo (Grunewald, 2014, p.259).

No que toca à sua forma, a renúncia pode ser feita por meio de declaração perante o tribunal de sucessões ou por documento publicamente autenticado (§ 1945 do BGB). A pessoa que renuncia à herança é então tratada, para efeitos do direito sucessório, como se tivesse falecido antes do autor da herança (Gursky; LETTMAIER, 2018, p.98).

A renúncia deve ser realizada no prazo de seis semanas, que se inicia quando a pessoa toma conhecimento de que é herdeira e da razão pela qual foi chamada à sucessão (§ 1944 do BGB). Se o prazo para a renúncia tiver expirado, considera a lei que a herança foi aceita (§ 1943 do BGB) (Leipold, 2022, p.213).

Admite-se a renúncia à herança antes mesmo da abertura da sucessão (§ 2346 do BGB), o que pode ser realizado pela celebração de um contrato notarial entre o futuro herdeiro e o autor da herança (*Erbverzichtsvertrag*). Não se trata, entretanto, de uma disposição relacionada ao patrimônio existente no momento da celebração do contrato, mas sim de um negócio jurídico de disposição da herança que apenas impede futuramente a sua aquisição (Brox; Walker, 2021, p.186).

O contrato de renúncia à herança muitas vezes é celebrado no casamento, por exemplo, quando uma das partes já tem filhos de um casamento anterior. Ainda, o contrato de renúncia à herança é frequentemente combinado com um contrato de herança, de maneira que os direitos de herança são renunciados em troca da promessa de um legado (Robbers, 2019, p. 220).

Ademais, o herdeiro, em princípio, só pode rejeitar ou aceitar a herança em sua totalidade (§ 1950 do BGB). Se a aceitação ou renúncia for limitada a uma parte da herança, o ato como um todo é ineficaz. Contudo, em casos excepcionais, previstos pela legislação, é possível renunciar apenas a uma parte da herança, aceitando o restante (§§ 1948, 1949 e 1951 do BGB) (Gursky; Lettmaier, 2018, p. 98).

11 CERTIFICADO DE HERANÇA

A prova do direito de herdar é o certificado de herança (*Erbschein*). Tal certificado oficial é emitido, mediante requerimento, pelo tribunal de sucessões (*Nachlassgericht*), função que é realizada em primeira instância pelo *Amtsgericht* (§ 2353 do BGB). Os registros imobiliários, os bancos e as seguradoras, por exemplo, não vão atuar em nome de um herdeiro se não for apresentado um certificado de herança (Frank; Helms, 2018, p.214).

Assim sendo, o tribunal de sucessões tem o dever oficial de determinar quem são os herdeiros. Uma vez emitido o certificado sucessório, há uma presunção de que o titular tem o direito de herdar. A pessoa que, de boa-fé, cumprir suas obrigações para com o titular do certificado, estará exonerada de suas obrigações para com o espólio do falecido. Por exemplo, uma pessoa que tinha dívida com o testador será exonerada da dívida se a cumpriu com o titular do certificado, sendo certo que não poderá ser processada posteriormente pelos verdadeiros herdeiros se o certificado tiver sido emitido equivocadamente (Robbers, 2019, p. 220).

12 IMPOSTO SOBRE A HERANÇA

A legislação alemã determina que sobre qualquer herança incide o imposto sobre heranças (*Erbschaftsteuer*), o qual não pode ser afastado por um ato de direito privado pelo autor da herança ou pelos herdeiros (Dutta, 2014, p. 19).

O imposto sobre doações e o imposto sobre heranças são regulamentados pela mesma legislação e essencialmente da mesma forma (*Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz*), o que inclui as regras referentes ao pagamento de tais impostos, bem como isenções fiscais. Essa legislação foi significativamente alterada pela Lei de Reforma Tributária das Heranças (*Erbschaftsteuerreformgesetz*), de 24 de dezembro de 2008, bem como foi modificada por uma lei de 8 de julho de 2017 (Brox; Walker, 2021, p.498).

O montante do imposto sucessório a pagar depende do grau de parentesco entre o beneficiário e o autor da herança (*Verwandtschaftsgrad*), bem como do valor da herança (§ 15 da ErbStG) (Gursky; Lettmaier, 2018, p.2). Para tanto, a legislação cria três categorias tributárias (*Steuerklasse*), elencando quem são os integrantes de cada categoria e a alíquota do tributo. Para a categoria tributária I, por exemplo, a alíquota varia de 7% a 30%, enquanto para a categoria III varia de 30% até o máximo 50% (§ 19 da da ErbStG).

Ademais, vale notar que o imposto sobre heranças certamente representa uma importante fonte de financiamento estatal, mas ao mesmo tempo pode reduzir significativamente os valores recebidos pelos herdeiros, haja vista as alíquotas bastante elevadas. Por isso, a forma como se realiza a tributação na Alemanha tem levado a muitas controvérsias, particularmente quando se considera a existência de esquemas de evasão fiscal, que muitas vezes levam à fuga de capitais para países estrangeiros (Brox; Walker, 2021, p.497).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na Alemanha, o direito das sucessões apresenta características bastante peculiares, quando comparado com outros ordenamentos jurídicos de matriz continental.

O direito à herança é protegido pela Constituição Alemã como um direito fundamental, o que impede que a legislação infraconstitucional possa interferir de forma injusta ou arbitrária na transferência de bens após a morte de uma pessoa.

O Código Civil alemão leva em conta as tradições culturais e o sistema de parentela, que evidentemente privilegia os descendentes do falecido, que, como herdeiros da primeira classe, têm prioridade na sucessão. Há uma evidente preferência pela geração mais jovem, o que não é meramente uma consequência inconsciente do sistema, mas um objetivo legal, que procura conceder a herança aos mais jovens como uma espécie de apoio necessário para seu próprio futuro.

Esse sistema tradicional tem sido gradualmente modificado a partir de leis especiais e da interpretação de seus institutos em conformidade com a Lei Fundamental. Todavia, muito se discute na Alemanha acerca da necessidade de uma verdadeira reforma no direito das sucessões, para que a legislação possa melhor refletir as mudanças sociais e culturais ocorridas no país.

Por conseguinte, como resultado da pesquisa elaborada, pode-se afirmar que em muitos pontos o direito das sucessões alemão se aproxima bastante da legislação brasileira, afinal, ambos os sistemas são baseados no direito romano. Contudo, em alguns aspectos fundamentais, como é o caso da ordem de vocação hereditária, do certificado de herança, bem como da possibilidade de elaboração de testamento conjuntivo e de contrato de herança, o direito alemão e o direito brasileiro apresentam sensíveis diferenças. Ademais, pelo menos aos olhos de um brasileiro, o sistema da parentela alemão parece se mostrar mais complexo que o sistema brasileiro.

REFERÊNCIAS

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Erbrecht**. 29. ed. München: Franz Vahlen, 2021.

DUTTA, Anatol. **Warum Erbrecht?:** das vermögensrecht des generationenwechsels in funktionaler betrachtung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

EBENROTH, Carsten Thomas; AUER, Thomas. The Law of Succession. *In*: EBKE, Werner F.; FINKIN, Matthew W. (orgs.). **Introduction to German Law**. The Hague: Kluwer, 1996. p. 273-304.

EPPING, Volker. **Grundrechte**. 7. ed. Berlin: Springer, 2017.

FRANK, Rainer; HELMS, Tobias. **Erbrecht**. 7. ed. München: C.H. Beck, 2018.

GRUNEWALD, Barbara. **Bürgerliches Recht**. 9. ed. München: C.H. Beck, 2014.

GURSKY, Karl-Heinz; LETTMAIER, Saskia. **Erbrecht**. 7. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2018.

KIPP, Theodor; COING, Helmut. **Erbrecht**: ein Lehrbuch. Tübingen: Mohr, 1990.

LANGE, Knut Werner. **Erbrecht**. 3. ed. München: C.H. Beck, 2022.

LEIPOLD, Dieter. **Erbrecht**. 23. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.

LÖHNIG, Martin; FISCHINGER, Philipp S. **Erbrecht**. 4. ed. München: Franz Vahlen, 2022.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: contratos em geral até doação (arts. 421 a 564). São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3.

MEYER-PRITZL, Rudolf. **Erbrecht**. *In*: **Eckpfeiler des Zivilrechts**. 6. ed. Berlin: Sellier – de Gruyter, 2018. p. 1479-1527.

MUSCHELER, Karlheinz. **Familienrecht**. 5. ed. München: Franz Vahlen, 2022.

OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk. **Erbrecht**. 6. ed. Berlin: De Gruyter, 2020.

ROBBERS, Gerhard. **Einführung in das deutsche Recht**. 7. ed. Baden-Baden: Nomos, 2019.

RÖTHEL, Anne. **Erbrecht**. 18. ed. München: C.H. Beck, 2020.

SCHMOECKEL, Mathias. **Erbrecht**. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2019.

SOLOMON, Dennis. The Law of Succession. *In*: REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (orgs.). **Introduction to German Law**. München: C.H. Beck, 2005.

WAAL, Marius J. de. Comparative succession law. *In*: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford, 2006.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito civil**: sucessões. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

ZIMMERMANN, Reinhard. Intestate Succession in Germany. *In*: REID, Kenneth; WAAL, Marius J. de; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **Comparative Succession Law**. Oxford: Oxford, 2015. v. 2.

DIREITO REGULATÓRIO ECONÔMICO: QUAL O NOSSO PONTO DE PARTIDA?

Economic regulatory law: what is our starting point?

Humberto Eustáquio César Mota Filho*

Resumo: O presente artigo resgata alguns dos marcos teóricos mais relevantes para o desenvolvimento do Direito Regulatório Econômico, explicitando suas principais ambições analíticas e seus campos de aplicação. Após, busca-se identificar, a partir do ponto de partida de cada um de desses marcos teóricos, algumas possíveis contribuições de cada um deles para uma intervenção estatal mais adequada no âmbito do domínio econômico, dado o modelo do Estado regulador brasileiro.

Palavras-chave: direito regulatório econômico; análise econômica do direito; nova economia institucional; direito e desenvolvimento.

Abstract: This article rescues some of the most relevant theoretical frameworks for the development of economic regulatory law, briefly explaining its main analytical ambitions and its fields of application. Afterwards, we seek to identify, from the starting point of each of these theoretical frameworks, the possible contributions of each of them to a more adequate state intervention in the economic sphere, given the model of the Brazilian regulatory State.

Keywords: economic regulatory law; law and economics; new institutional economics; law and development.

Submissão: 23/05/2023

Aprovação: 22/06/2023

INTRODUÇÃO

A doutrina e a jurisprudência apoiam-se em modelos teóricos para validar ou não os objetivos da intervenção estatal ou privada nos mercados. Assim, é muito relevante compreender melhor alguns dos marcos teóricos mais significativos para o desenvolvimento do Direito Regulatório Econômico, quais são suas principais ambições analíticas e seus campos de aplicação. Em outras palavras, é preciso entender bem qual é o seu ponto de partida (marco teórico), para que alguém possa afirmar com mais segurança que o seu ponto de chegada é realmente possível ou factível.

* Doutor em Ciência Política (IUPERJ); mestre em Direito (UCAM); pós-graduado em Direito da Empresa e da Economia (FGV); pós-graduado em Projetos Financeiros (UERJ); bacharel em Direito (PUC/Rio).

Modelos teóricos são fundamentais para a tomada de decisões, sejam elas empresariais, administrativas ou judiciais. O Direito Regulatório também é influenciado por modelos teóricos, em especial aqueles derivados das teorias da Análise Econômica do Direito, da Nova Economia Institucional e do Direito e Desenvolvimento, por exemplo. Portanto, é essencial compreender melhor quais são as presunções, ambições analíticas e as questões às quais tais modelos se prestam a responder, para que as decisões tomadas sejam adequadamente fundamentadas.

Conhecendo mais profundamente as virtudes e as deficiências de cada modelo explicativo das questões tratadas pelo Direito Econômico, será possível ao Poder Executivo escolher melhor qual o modelo mais adequado para determinado ciclo de desenvolvimento econômico ou política pública de desenvolvimento, será mais provável que o Legislativo elabore leis melhores ao considerar as consequências econômicas estimadas dos projetos de leis em exame e, também, o Poder Judiciário terá mais fundamentos para avaliar se as ações dos governos prezam a eficiência e a economicidade pública e se os agentes econômicos abusam ou não de seu poder.

Sempre vale recordar que as potencialidades de quaisquer dos modelos utilizados, implícita ou explicitamente, pelo Direito Regulatório Econômico não significam garantia de êxito. Além de conhecer bem qual o seu ponto de partida, é preciso que os modelos sigam sendo aperfeiçoados, dada a própria dinâmica econômica e evolução institucional. Não por acaso, o estatístico britânico George Box, especialista em processos industriais, já afirmava espirituosamente que “todos os modelos são errados, mas alguns são úteis” (Spiegelhalter, 2022, p.123). A utilização de qualquer modelo deve ser feita com consciência de suas potencialidades e limitações e com o constante compromisso ético de seu aperfeiçoamento. A crítica aos modelos da Análise Econômica do Direito, da Nova Economia Institucional e do Direito e Desenvolvimento, feita neste artigo, pretende contribuir para robustecer a visão de suas respectivas potencialidades e limitações para a regulação econômica. Para se ter a correta consciência do nosso ponto de partida e se o compromisso ético com o aperfeiçoamento dos modelos está sendo respeitado, é essencial revisitar o Estado regulador brasileiro e sua Constituição Federal, bem como recordar como e por que tais modelos foram criados.

A partir do ponto de partida de cada um desses marcos teóricos, espera-se identificar as possíveis contribuições de cada um deles para uma intervenção estatal mais adequada no âmbito do domínio econômico, tendo em conta o modelo do Estado regulador brasileiro.

1 REGULAÇÃO

A regulação ou a intervenção estatal no domínio econômico tem se dado de diversas formas ao longo do tempo, na busca pela forma mais adequada de intervenção do Estado na economia. Para alguns existem modelos que são aplicáveis universalmente, independentemente da história e do estágio de desenvolvimento de um Estado, enquanto para outros seria necessário modelar os mercados, considerando-se especificamente as realidades sociais e institucionais de cada Estado (Goldin, 2016).

Os conhecimentos econômicos teóricos acumulados e os seus *insights* são valiosos para traçar modelos regulatórios e para a evolução dos próprios conceitos jurídicos e desenvolvimento do ramo do Direito Regulatório. Com efeito, além da contribuição específica da economia, o Direito também avançou em teorias e explicações sobre a regulação. De fato, estudiosos nos campos do Direito e da Economia têm se associado, de forma interdisciplinar, para compreender melhor o novo papel e os limites do Estado regulador e sobre como robustecer a qualidade regulatória brasileira.

Dependendo do grau de abrangência que se pretenda atribuir ao conceito, a regulação pode ser mais ou menos ampla (Jordana; Levi-Faur, 2012):

- a) Agências reguladoras - regulação como normatização - diz respeito ao regramento do exercício de atividades privadas por parte de organizações públicas (mais restritivo).
- b) Tributação, subsídios e propriedade estatal de estruturas produtivas - regulação como todas as formas de intervenção do Estado na economia e na vida privada (intermediário).
- c) Consultas e Audiências públicas - regulação como controle social de todos os tipos, inclusive informais e não-estatais (mais abrangente).

Para além da abrangência, diferentes espécies de atividades podem ser reguladas pelo Estado, variando, no entanto, o conteúdo da regulação. Fala-se muito na tripla regulação (Souto, 2000):

- a) a “regulação dos monopólios”, visando a atenuar o efeito das forças de mercado, por meio de controles de preços e da qualidade do serviço;

- b) a “regulação para a competição”, a fim de criar condições para a existência e manutenção da concorrência; e
- c) a regulação social, objetivando a universalização dos serviços.

A partir do âmbito de atuação do Estado, a proposta de reforma regulatória da OECD (1995) apresenta três categorias da atividade regulatória:

- a) Regulação Econômica – caracteriza-se pela intervenção direta nas decisões de mercado, tais como definição de preços, competição, entrada e saída de novos agentes nos mercados. Para a OECD, nessa categoria a reforma deve se propor a aumentar a eficiência econômica por meio da redução de barreiras à competição e à inovação, utilizando a desregulamentação, a privatização e fornecendo estrutura para o funcionamento e a supervisão das atividades do mercado.
- b) Regulação Social – destina-se a proteger o interesse público nas áreas de saúde, segurança, meio ambiente e em questões nacionais. Em muitos casos, a regulação deve atuar sobre recursos sociais que não estão sujeitos a transações de mercado, mas que, no entanto, são importantes ou mesmo imprescindíveis à produção de um bem ou serviço regulado. Segundo a OECD, cabe nesse plano da reforma aferir a necessidade de intervir em decisões relativas à provisão de bens públicos e à proteção social, reduzindo os efeitos das externalidades geradas por outros agentes sobre a sociedade.
- c) Regulação Administrativa – destina-se a estabelecer os procedimentos administrativos por meio dos quais o governo intervém nas decisões econômicas, os chamados *red-tapes*. Esses instrumentos burocráticos podem gerar impactos substanciais sobre o desempenho do setor privado. De acordo com a OECD, para evitar esse efeito, os governos devem buscar em suas reformas regulatórias eliminar as formalidades desnecessárias, simplificar aquelas que são necessárias e melhorar sua transparência e aplicação.

Mais especificamente no bojo da regulação econômica, em que pesem as suas diversas definições e seus objetivos (Di Pietro, 2009), indicativos da falta de um consenso, é possível extrair das suas variadas conceituações algumas ideias presentes na maioria delas, quais sejam: o estabelecimento de regras de conduta; controle da atividade privada pelo Estado, que equivale à ideia de polícia administrativa; finalidade pública, que seria a de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.

Com base nessas ideias e elementos, a regulação econômica (Aragão, 2012) pode ser sintetizada como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público, incluído aí o funcionamento equilibrado do mercado.

Tal síntese pode ser extraída do modelo regulatório constitucional brasileiro. Vale recordar, em linhas gerais, qual seria esse modelo e se ele já traria no seu bojo todos os elementos para uma intervenção estatal adequada no âmbito do domínio econômico, ou se estaríamos diante de um ponto de partida, a ser complementado por outros modelos.

2 REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL

A recente reforma do aparelho estatal brasileiro nas últimas décadas acolheu o modelo das agências regulatórias independentes para o monitoramento e disciplina de atividades econômicas setoriais como uma das modalidades dessa intervenção estatal.

A Constituição Federal de 1988 (CF) adota o modelo de organização econômica capitalista, sendo a livre iniciativa o princípio fundamental da República (art. 1º, IV) e da Ordem Econômica (art. 170, caput), garantindo-se o direito de propriedade, inclusive dos bens de produção (arts. 5º, XII e 170, II), e respeitando-se a liberdade de atividade econômica independentemente de prévia autorização, salvo nos casos previstos em lei (arts. 5º, XIII e 170, parágrafo único). O art. 173, caput, da Constituição consagra o princípio da subsidiariedade da participação do Estado na atividade econômica¹.

Portanto, a Constituição determina que, como regra geral, o Estado se abstenha de exercer diretamente atividade econômica. Para que possa desempenhá-la, faz-se necessário que exista previsão constitucional, ou lei que determine haver relevante interesse coletivo ou necessidade relacionada à segurança nacional. A participação direta do Estado na atividade

¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

econômica, quando admitida, concretiza-se geralmente pela constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, para as quais a Constituição previu um regime jurídico próprio e aproximado daquele aplicável aos agentes privados, cujos princípios encontram-se estatuídos no §1º do art. 173.

Para a compreensão do novo papel do Estado face à atividade econômica, é preciso considerar os objetivos da República (art. 3º da CF) e os artigos 5º, XXIII e 170, III, da CF, que determinam que a propriedade cumprirá função social. Esses objetivos demandam uma atuação positiva do Estado na seara econômica.

Por sua vez, a livre concorrência como princípio fundador da Ordem Econômica (art. 170, IV) exige uma intervenção do Estado na prevenção e repressão do abuso do poder econômico (art. 174, §3º, CF/88). Além disso, o art. 174 da CF consolida o novo papel estatal na economia:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A CF conferiu ao Estado brasileiro amplos instrumentos de intervenção indireta, como aqueles expressos nas funções de planejamento e regulação. Ao transferir algumas atividades de utilidade pública à execução privada, por meio do processo de desestatização, o Estado brasileiro não deixou de possuir profunda influência sobre a atividade econômica, mas sua tradicional participação direta, como Estado-empresário, foi substituída por uma intervenção focada na direção ou indução, agora como Estado-regulador.

Pelo art. 174 da CF, encontra-se uma previsão genérica de ordenação da economia pelo Estado, baseada no exercício do poder-dever fiscalizatório, normativo e sancionador, no qual pode ser identificado o embrião do futuro desmembramento dessas competências nos ordenamentos setoriais regulatórios, hoje personificados na figura das agências reguladoras. É preciso conhecer como desse embrião o direito regulatório econômico pode acolher os modelos econômicos mais adequados a intervenção estatal nos mercados.

Além das preocupações específicas com as falhas de mercados, entendidas como questões típicas da regulação, em geral, quando do surgimento da regulação no Brasil, o Estado sofria uma crise do financiamento das suas múltiplas funções. Diante dos objetivos e diretrizes constitucionais, foi preciso adotarem-se novas estratégias de atuação compatíveis com a escassez de recursos (Aragão, 2002).

Não obstante a lógica constitucional de atuação subsidiária do Estado, o principal objetivo técnico perseguido com a instituição de um modelo estatal regulatório foi a cessão de capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas e especializadas, as agências regulatórias. Esperava-se então que esse novo modelo regulatório fosse capaz de gerar mais credibilidade e estabilidade institucional ao Estado brasileiro na atração de investimentos privados, nacionais e estrangeiros, para financiar a infraestrutura e os serviços de utilidade pública.

Pelo exame da nossa Constituição, percebe-se que o modelo regulatório brasileiro da economia é ambicioso e aberto, ao pretender compatibilizar uma economia de mercado equilibrada com a função social da propriedade, sem, contudo, especificar qual o caminho a ser trilhado para tanto. Portanto, em síntese, elege-se como ponto de partida um sistema de mercado constitucionalmente qualificado, que comporta, por sua abertura normativa, mais de um caminho para se realizar uma intervenção estatal adequada no âmbito do domínio econômico. Essa base constitucional permite que as normas do sistema jurídico brasileiro sejam influenciadas e influenciem modelos econômicos distintos escolhidos para buscar o equilíbrio e a função social da propriedade.

Nesse ponto, é de se notar que a busca do equilíbrio de mercado pelo Estado-regulador brasileiro deve ser dar em integração com a regulação social e administrativa, pois todas essas categorias da atividade regulatória, já previstas na proposta de reforma regulatória da OECD (1995), complementam o sistema de mercado constitucionalmente qualificado, ambicioso e aberto desse Estado-regulador. Sem a integração das categorias regulatórias social, econômica e administrativa, não é dado conceber uma economia de mercado equilibrada com a função social da propriedade.

Em sendo assim, o Estado brasileiro deve buscar elaborar leis, promover políticas públicas e fundamentar suas decisões judiciais baseado em modelos econômicos úteis, ou seja, nosso Estado deve privilegiar modelos que se prestem à integração dessas categorias regulatórias e comportem a ambição do sistema de mercado constitucionalmente qualificado. Exemplificando, os fundamentos do Direito Econômico brasileiro que servem de base para as considerações sobre eficiência de mercado, concorrência desleal e abuso de poder econômico não podem se escorar em teorias universais, acriticamente, mas antes utilizar os modelos consagrados tendo conhecimento das suas potencialidades e limitações (consciência), aperfeiçoando suas principais ambições analíticas e ajustando seus campos de aplicação para

atender uma economia de mercado equilibrada com a função social da propriedade (compromisso ético).

Não por acaso, os modelos econômicos são baseados em teorias e servem para responderem, por exemplo, se determinado mercado está tendendo ao equilíbrio ou se determinada regulação favorece a função social da propriedade. Modelos teóricos também são úteis para esclarecerem outras questões relevantes no âmbito da regulação, em especial: por que regular? Para se responder a essa pergunta, foram criadas as chamadas teorias da regulação. Destacamos, a seguir, algumas dessas teorias, a fim de esclarecer como elas podem contribuir para uma intervenção estatal mais adequada na economia brasileira.

3 AS TEORIAS DA REGULAÇÃO

3.1 Teoria normativa da regulação

Inicialmente se compreendia que a regulação deveria ocorrer caso se constatasse haver falhas de mercado. Este entendimento foi originalmente denominado *public interest theory* e, posteriormente, *normative analysis as a positive theory* (Viscusi *et al*, 1995).

A literatura especializada (Miller) identifica falhas de mercado como próprias de uma economia aberta e capitalista, conforme nosso modelo constitucional, e seriam, por excelência, objeto da atividade regulatória, quais sejam:

- a) poder de mercado, que permite o estabelecimento de preços acima dos níveis de concorrência perfeita;
- b) externalidades, positivas ou negativas, que são situações em que o comportamento de um indivíduo afeta outros agentes sem que isto passe pelo sistema de preços;
- c) bens públicos, para os quais o consumo será não rival e não excludente, determinando um subinvestimento na provisão do bem ou serviço;
- d) assimetria de informação, situação na qual uma das partes da transação detém um conjunto mais completo de informações do que a outra, e com isto pode agir oportunisticamente para auferir lucros.

Nessa teoria, o funcionamento eficiente dos mercados pressupõe, entre outros elementos, a existência de informação completa e simétrica sobre as condições de oferta e

demanda para todos os agentes econômicos, para que os preços de mercado possam eficientemente coordenar e alocar recursos. Assim, busca-se analisar os mercados e explicar a natureza dos problemas derivados das suas, em termos de eficiência econômica. A partir daí, prescreve-se um marco explicativo com “receitas” regulatórias, com base em presunções do funcionamento do mercado, com o intuito de responder à demanda pela correção das falhas de mercado ou das práticas anticompetitivas. Nesse sentido fala-se que é uma teoria normativa da regulação (Fagundes, 2003), no sentido de um mercado ideal a ser buscado, dentro de um espectro de mais ou menos equilíbrio de mercado.

Entretanto, esse mercado ideal, com todas as suas presunções teóricas, nunca foi identificado na realidade econômica dos Estados. Ao fazer tantas presunções, a teoria normativa ganha um grande potencial analítico para conhecer se as tendências de determinado mercado, na prática, se aproximam ou se afastam do ideal de mercado. Nesse sentido, tal modelo é útil ao Estado-regulador brasileiro na sua busca por uma economia de mercado equilibrada. Contudo, tendo em vista o compromisso ético que deve pautar a utilização de qualquer modelo teórico, o Estado-regulador brasileiro deve seguir aperfeiçoando as presunções dessa teoria para avançar nas suas políticas de defesa da concorrência, de combate ao abuso do poder econômico, de defesa do consumidor, por exemplo, sem tomar essa teoria como uma verdade absoluta, mas antes corrigindo tais presunções com os dados obtidos a partir da sua expertise regulatória.

3.2 Teoria da captura

No movimento seguinte, a teoria normativa foi reformulada (Fagundes, 2003), pois argumenta-se que a regulação originalmente voltada para corrigir falhas de mercado resultou na captura da agência reguladora, com as próprias empresas interferindo no conteúdo da regulação, de forma a desequilibrar a relação entre elas e os consumidores. Ao longo do tempo, teria sido observado que a regulação produzida pelas agências se daria em resposta à demanda dos próprios entes privados, numa espécie de captura dos reguladores pelos regulados.

Nesse modelo teórico, essa captura ocorre quando os organismos regulatórios se encontram muito próximos dos regulados, favorecendo o aumento dos riscos de interferência de interesses particulares nas decisões públicas, conseqüentemente afetando a independência e a qualidade da regulação.

A captura também pode ocorrer quando o governo atua para que a agência assuma posições que reforcem sua política para determinado setor. Além disso, existe ainda a captura

burocrática, que ocorre quando os objetivos da agência passam a refletir os interesses de seu *staff* (Fagundes, 2002).

Com tudo isso, questionaram-se os limites da independência das agências e iniciou-se um movimento para a criação de mais controles sobre o funcionamento da atividade de regulação.

O Estado-regulador brasileiro, talvez influenciado pelos achados dessa teoria, conferiu autonomia financeira e administrativa para suas agências regulatórias, além das garantias de mandatos fixos para seus diretores. Mesmo assim, a independência das agências regulatórias brasileiras ainda parece ameaçada pelos casos noticiados de nomeações de dirigentes não técnicos para seu corpo diretor e pelo substancial contingenciamento de orçamento de algumas dessas agências.

Apesar dos seus questionamentos valiosos para o aperfeiçoamento do modelo regulatório, a teoria da captura não esclarece por que determinados grupos exercem mais influência do que outros, ou como o bem-estar de diferentes grupos de interesse é melhorado com a regulação e por que pode ocorrer a regulação e a desregulação de determinadas indústrias. Portanto, outras teorias procuraram avançar a fim de esclarecer melhor o funcionamento da regulação.

3.3 Teoria econômica da regulação

As premissas da teoria econômica da regulação elaborada por Stigler (1975) geraram prognósticos sobre quais indústrias seriam reguladas e como isto se daria. Essas premissas podem ser assim sintetizadas:

- a) O Estado é a fonte básica do poder de coerção;
- b) Qualquer grupo de interesse que tenha capacidade de convencer o Estado a usar seu poder de coerção em seu benefício irá melhorar seu bem-estar;
- c) Agentes econômicos são racionais no sentido de escolher ações que são maximizadoras de utilidade;
- d) A regulação vem em resposta às demandas de grupos de interesse que estão buscando maximizar seus benefícios.

Stigler (1975) esquematizou a regulação como um mercado em que políticos “ofertam”, e os interesses organizados “demandam” política regulatória, e elaborou mecanismos explicativos que revelam por que os interesses organizados das empresas tendem a prevalecer no processo político:

- a) os custos da organização, que incidem de forma difusa sobre os consumidores e seus benefícios, são alocados de forma concentrada, favorecendo as empresas; e
- b) os custos de informação são menores para as empresas e maiores para os consumidores.

Ao desenvolverem a perspectiva da teoria econômica da regulação, Stigler e Peltzman (Viscusi *et al*, 1995) formularam respostas para muitas das perguntas existentes sobre a regulação das atividades empresariais, ao afirmarem que:

- a) a regulação redistribui riqueza;
- b) a conduta dos políticos é guiada pelo desejo de permanecerem no poder, estando implícito que a regulação é criada para maximizar o suporte político;
- c) grupos de interesse competem oferecendo suporte político em troca de regulação favorável.

Tendo em conta os achados da teoria econômica da regulação, o Estado-regulador brasileiro deve se concentrar em diminuir os custos da organização de grupos políticos minoritários ou daqueles sem voz no debate regulatório e em reduzir os custos da informação utilizada para a elaboração das políticas regulatórias, a fim de contrabalançar a grande influência dos grupos empresariais sobre tais políticas e de democratizar mais o debate sobre quais são as melhores escolhas regulatórias para atender ao interesse público. De certa forma, o Estado brasileiro já está investindo nessa direção, ao dar publicidade a sua agenda regulatória, ao incentivar a realização de mais audiências e consultas públicas sobre a agenda e o estoque regulatório das agências e ao admitir que as contribuições advindas desse debate mais amplo sejam utilizadas para a melhoria da qualidade regulatória. Todavia, ainda é preciso avançar muito em direção a um debate regulatório mais transparente e democrático no Brasil.

Ao finalizar o resgate dessas teorias econômicas, resta claro como os conhecimentos econômicos teóricos acumulados e os seus *insights* são valiosos para traçar modelos regulatórios e para a evolução dos próprios conceitos jurídicos e desenvolvimento do ramo do

Direito Regulatório. Com efeito, além da contribuição específica da economia, o Direito também avançou em teorias e explicações sobre a regulação. De fato, estudiosos nos campos do Direito e da Economia têm se associado, de forma interdisciplinar, para compreender melhor o novo papel e os limites do Estado regulador e suas consequências no mundo empresarial e jurídico. Então, é válido revisar agora as principais teorias e conclusões conjuntas desses campos do conhecimento, a fim de robustecer nosso entendimento sobre como melhorar a qualidade regulatória brasileira.

4 DIREITO E ECONOMIA

Identificam-se outros modelos mais especificamente ligados aos campos do Direito e da Economia, especificamente voltados à regulação, numa perspectiva interdisciplinar levada a efeito seja pelo método da Análise Econômica do Direito, seja pela Nova Economia Institucional ou pela lente do Direito e Desenvolvimento (Cunha, 2018):

- a) Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*) – poder analítico focado no nível micro das relações econômicas, aplica o método econômico convencional para analisar normas e instituições jurídicas (Escola de Chicago);
- b) Nova Economia Institucional (Economia dos Custos de Transação) – poder analítico voltado para a esfera da governança, para problemas de estruturação de regimes e agências reguladoras e ponderações sobre custos de transação;
- c) Direito e Desenvolvimento – poder analítico focado no nível macro das relações econômicas, enfatiza a importância dos programas de desenvolvimento envolverem trocas e mútuo aprendizado.

4.1 Análise Econômica do Direito (Law & Economics)

O modelo de Análise Econômica do Direito se aproxima da Teoria Normativa da Regulação, em especial na sua preocupação em responder às falhas de mercado; desse modo, esse modelo também compartilha tanto as potencialidades quanto as deficiências apontadas para aquela Teoria.

A interpretação quanto aos efeitos das normas ganha papel de destaque na busca específica de eficiência econômica *stricto sensu*. Permite a generalização dos padrões de comportamentos dos indivíduos que responderiam ao comportamento dos preços no mercado e

ajustariam suas expectativas e alocações de recursos de maneira eficiente, por meio da interação entre compradores e vendedores, num tipo de modelo de equilíbrio geral, que assume as seguintes hipóteses:

- a) perfeita informação – agentes detêm todas as informações relevantes;
- b) número suficientemente grande de compradores e vendedores, de maneira que nenhum deles pode, individualmente, afetar o mercado (os preços são dados);
- c) os produtos são homogêneos;
- d) há livre mobilidade de recursos, sem impedimento à alocação de recursos onde for mais vantajoso;
- e) os mercados são completos, pois há mercado para qualquer produto ou serviço que se queira.

Tendo isso em mente, as agências reguladoras brasileiras podem se utilizar da Análise Econômica do Direito para estimar os prováveis comportamentos dos indivíduos de um determinado mercado a diferentes cenários de preços e ponderar qual é o cenário econômico mais eficiente para tal mercado, a partir de um modelo de equilíbrio geral de preços. Com isso, as agências brasileiras têm uma ferramenta para avaliar a adequação das tarifas cobradas pelos serviços regulados e a necessidade de ajustes em seus valores.

A Análise Econômica do Direito ainda pode servir para modelar quais incentivos ou penalidades seriam mais adequados para regular um determinado mercado, a partir do exame prévio dos prováveis comportamentos dos seus vendedores e compradores aos estímulos econômicos dados. Entretanto, como na prática as hipóteses desse modelo não se provam sempre verdadeiras, as conclusões advindas do seu uso devem ser avaliadas com cautela para uma regulação mais adequada dos mercados. Portanto, vale reformular algumas das hipóteses desse modelo, para sua melhor serventia aos propósitos dos reguladores brasileiros, em especial quando elas se revelarem muito distantes da nossa realidade.

4.2 Nova Economia Institucional (NEI)

A Nova Economia Institucional (NEI) avança a partir dos limites da visão econômica convencional, retira o foco da economia como ciência da escolha e passa a considerá-la uma ciência do contrato, ao reconhecer a importância das instituições formais e informais e incorporá-las em sua análise.

Instituições dizem respeito às regras legitimamente instituídas e socialmente enraizadas. Assim, existiriam diferentes arranjos ou matrizes institucionais que propiciariam resultados de coordenação e organização tão ou mais eficazes que o mercado. A combinação e a intensidade desses elementos determinam o volume dos custos de transação (Williamson, 2005).

Dado que todos os contratos são incompletos, em razão da racionalidade limitada, as transações apresentam custos. Surgem, então, duas perguntas fundamentais: que riscos devem ser aceitos? E como eles podem ser mitigados?

Os delimitadores dos custos de transação estão vinculados a elementos que estão fora da abordagem econômica convencional (Fiani, 2011):

- a) racionalidade limitada dos agentes;
- b) incerteza e complexidade dos cenários econômicos;
- c) possibilidades de comportamentos oportunistas individuais;
- d) especificidade dos ativos econômicos.

Diante disso, é preciso avaliar o tipo de estrutura de governança mais adequado para lidar com eles e propiciar a maior coordenação e o menor conflito entre os agentes envolvidos.

Valendo-se dos *insights* da Nova Economia Institucional, podemos nos questionar se os arranjos institucionais existentes no Estado brasileiro favorecem uma regulação de qualidade e como ela pode ser melhorada. Assim, como já abordado na Teoria econômica da regulação, a NEI pode ser uma ferramenta válida para reduzir custos de transação e custos de informação, seja pela edição de novas leis ou pela reforma das nossas agências regulatórias e seus procedimentos internos, em busca de menos burocracia e mais transparência. Nesse sentido, os instrumentos de Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) e Análise de Resultado Regulatório (“ARR”)², presentes no ordenamento jurídico regulatório brasileiro, parecem promissores.

² O lançamento pelo Governo Federal das “Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para Análise de Impacto Regulatório” e do “Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório” (2018) sugerem uma tendência estatal de buscar instrumentos técnicos para a melhoria das informações e da qualidade da atuação regulatória. Nesse ponto, vale destacar dois desses instrumentos: A Análise de Impacto Regulatório (AIR), instrumento de avaliação empírica e *ex ante* dos custos e benefícios de uma regulação, pode ser definida como um processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e; a Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) é um instrumento de avaliação do desempenho do ato normativo adotado ou alterado, considerando o atingimento dos objetivos e resultados originalmente pretendidos, bem como demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação.

A NEI permite uma nova compreensão dos papéis do Estado e do mercado na ordem econômica das sociedades democráticas: tanto reguladores quanto regulados não detêm todas as informações e, por mais bem elaborados que fossem os planejamentos estatais, a complexidade das variáveis sociais e econômicas dos mercados regulados exigia uma análise prévia dos possíveis impactos de novas regulações, com a melhor estimativa das variáveis disponíveis (Mota Filho, 2020). Equivale dizer, por melhor que seja o planejamento central ou descentralizado, numa perspectiva mais pragmática, nem o Estado nem o mercado são instituições oniscientes e infalíveis. Como os cenários econômicos apresentam um caráter mutável e dinâmico, a medição dos potenciais efeitos dos atos regulatórios tende a gerar mais segurança jurídica ao evitar os impactos ilegais e trazer mais esperanças de estabilidade institucional, favorecendo o conhecimento dos impactos esperados e tornando-os mais previsíveis.

4.3 Direito e Desenvolvimento

A vertente analítica do Direito e Desenvolvimento é mais recente e seus marcos são mais fluidos, graças ao caráter igualmente fluido do conceito de desenvolvimento e pode ser mais bem compreendido se nos concentrarmos na sua finalidade. Essa corrente busca explicar as práticas daqueles que procuram modificar sistemas legais em nome do desenvolvimento, para responder: como pode o Direito resolver ou atenuar o problema do desenvolvimento? (Prado, 2010).

- a) “Direito no/para o Desenvolvimento” - o Direito se insere de forma instrumental para o desenvolvimento, servindo para modelos de desenvolvimento diferentes e até rivais, como o neoliberal e o desenvolvimentista;
- b) “Direito como Desenvolvimento”. o desenvolvimento assume caráter próprio, sendo o Direito não somente instrumental. O desenvolvimento é visto como liberdade, isto é, como o processo de empoderamento dos indivíduos para que eles detenham meios suficientes para poderem, livremente, gerenciar suas próprias vidas e escolhas (Sen, 1999).

Se a análise do *Law & Economics* avalia as consequências dos incentivos para assegurar a eficiência econômica, a vertente do Direito e Desenvolvimento investiga como

alinhar estruturas jurídicas e normas quanto aos propósitos de desenvolvimento. Num processo de engenharia reversa, “se deve começar das políticas e programas, descrevendo as funções associadas a elas e, daí, analisando se o Direito contribuiu ou poderia vir a contribuir para essas funções. Nesse sentido, o Direito deve passar a assumir quatro novos papéis” (Trubek *et al.*, 2013), especialmente para contribuir para o alcance de metas de desenvolvimento:

- a) Assegurar flexibilidade – facilitar experimentação, feedback, inovação e novas formas de governança;
- b) Estimular atuação orquestrada entre Estado e sociedade – facilitar articulação horizontal e vertical e a compreensão mútua;
- c) Estruturar sinergias – impulsionar associações público-privadas;
- d) Garantir legitimidade e menos autoritarismo– assegurar transparência e participação.

4.4 Contribuições interdisciplinares

Seguindo-se o compromisso ético segundo o qual as abordagens teóricas devem sempre ser alimentadas pelos aperfeiçoamentos das análises empíricas (e vice-versa), é válido resgatar o debate entre a concepção positivista e a noção pragmática acerca da nossa capacidade de observar a realidade, para iluminar nosso entendimento sobre os problemas regulatórios.

Para os positivistas, a complexidade da regulação pode ser compreendida pela soma total das nossas observações, de forma completa e definitiva (Lejano, 2006). Assim, problemas regulatórios como a concentração de mercado terão sempre uma mesma solução certa e apropriada, desde que saibamos chegar a ela através da observação científica rigorosa dos dados, com o aparecimento da razão pública revelada. Significa dizer, precisamos encontrar as teorias, os métodos e os instrumentos corretos para descobrir qual a verdadeira solução para o problema do monopólio, melhorar a qualidade regulatória e, uma vez encontrada a receita, reproduzi-la em todos os ordenamentos jurídicos.

Já pela noção pragmática de Peirce (1905), só podemos entender questões complexas como os problemas regulatórios de forma parcial, sem aspirar a chegar a uma verdade definitiva sobre o tema. Portanto, pela perspectiva pragmática, estaremos sempre empenhados em buscar a melhor solução possível, dada a nossa compreensão sempre incompleta dos problemas regulatórios e, assim, enfrentar o problema do monopólio, por exemplo, com as experiências e as informações disponíveis ao nosso alcance, por meio de argumentações razoáveis sobre os

efeitos práticos da concentração de mercado. Nessa linha, o pragmatismo alcança a formação de uma razão pública provisória. Desse modo, em vez de buscar as teorias certas, o foco pragmático aponta para o uso das teorias que permitam aplicações mais efetivas e que incorporem o contexto, tomando o estado da arte do conhecimento (Dewey, 1925).

Pelo exame de alguns dos *insights* dos modelos teóricos que informam o Direito Regulatório Econômico, entende-se que não há como se falar, em termos absolutos, em modelo teórico mais apropriado *per se* para uma análise de impacto ou resultado regulatório ou para uma intervenção geral no domínio econômico brasileiro. Essa constatação se dá uma vez que somente a partir da definição de um problema regulatório será possível deduzir qual o foco analítico mais apropriado a ser adotado *in casu* (ambições analíticas) e então escolher conscientemente aquele modelo cujos campos de aplicação sejam adequados para se alcançar os objetivos constitucionalmente qualificados da ordem econômica brasileira (compromisso ético).

Tendo em conta as teorias e marcos analíticos interdisciplinares revisados e o foco pragmático, é possível avançar com melhores intervenções nos mercados ao escolher os modelos úteis para nossa ordem econômica constitucional (nosso ponto de partida) e ao prover, ao menos, a razão pública provisória, a qual irá indicar a qualidade regulatória das nossas decisões (nosso ponto de chegada) ao confirmar ou não as predições das teorias e dos modelos. Somente a partir daí terá sentido afirmar que uma determinada intervenção estatal nos mercados é mais adequada do que outra.

Pela compressão dos incentivos do agente racional, da Análise Econômica do Direito, as agências têm uma ferramenta específica para buscar eficiência econômica *stricto sensu*. Pela NEI, as agências reguladoras autônomas e arcabouços legais que prescrevem direitos e responsabilidades a agentes econômicos, podem reduzir custos de transação e de informação. Já a vertente do Direito e Desenvolvimento pode auxiliar na melhor adequação das normas regulatórias à agenda de desenvolvimento e agregar mais legitimidade na interação entre os agentes econômicos e atores sociais (Cunha, 2018).

Contudo, muitas escolhas e decisões têm um custo social. Exclusivamente dentro da lógica de equilíbrio de mercado não é possível absorver outras preocupações relativas à promoção da equidade, redistribuição de renda, ampliação da cidadania e à democratização das políticas nos mercados regulados. Os modelos econômicos e o Direito Regulatório devem valorizar não só o mercado, mas também o papel das instituições políticas e jurídicas, sem

condicionar a política e o direito à economia. É preciso vincular as instituições regulatórias com as instituições democráticas (Cruz, 2009).

Assim, é válido explorar uma moldura analítica que aporte à regulação tanto os objetivos de eficiência econômica e estabilidade institucional quanto a necessária flexibilidade que processos de desenvolvimento requerem, com base na interdisciplinaridade do Direito e da Economia. Esse caminho parece ser mais promissor para se atingir as diretrizes da Constituição brasileira de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do ponto de partida da ordem econômica constitucional brasileira e dos modelos teóricos mais significativos para o Direito Regulatório, este artigo aponta algumas possíveis contribuições para uma intervenção estatal mais adequada no âmbito do domínio econômico.

Dado o modelo constitucional econômico ambicioso e aberto, ao pretender compatibilizar uma economia de mercado equilibrada com a função social da propriedade, é possível ao Estado regulador brasileiro escolher diferentes teorias econômicas para fundamentar suas intervenções no âmbito do domínio econômico.

O Estado brasileiro deve buscar elaborar leis, promover políticas públicas e fundamentar suas decisões judiciais baseado em modelos econômicos úteis, sem se basear em teorias, acriticamente, mas antes servindo-se dos modelos consagrados, tendo *consciência* das suas potencialidades e limitações, aperfeiçoando suas principais ambições analíticas e ajustando seus campos de aplicação com as correções devidas.

Não há como se falar, em termos absolutos, em modelo teórico mais apropriado *per se* para uma intervenção mais apropriada no domínio econômico brasileiro. Somente a partir da definição de um problema regulatório será possível deduzir qual o foco analítico mais apropriado a ser adotado *in casu* e então escolher conscientemente aquele modelo cujos campos de aplicação sejam adequados para se alcançar os objetivos constitucionalmente qualificados da ordem econômica nacional.

Assim, pela Análise Econômica do Direito, as agências têm uma ferramenta específica para buscar eficiência econômica *stricto sensu*. Pela Nova Economia Institucional, as agências reguladoras podem reduzir custos de transação e de informação dos mercados. Já pela vertente

do Direito e Desenvolvimento, o Estado regulador pode elaborar políticas públicas mais consistentes e legítimas.

Os modelos econômicos e o Direito Regulatório devem valorizar não só o mercado, mas também o papel das instituições políticas e jurídicas, sem condicionar a política e o direito à economia. É preciso vincular as instituições regulatórias com as instituições democráticas. Esse caminho parece ser mais promissor para se atingir as diretrizes da Constituição brasileira de 1988.

Reformas e ajustes nos modelos teóricos já existentes e mesmo a criação de novas teorias, unindo Direito e Economia, poderão robustecer ainda mais nossa compreensão sobre quais são os melhores caminhos para regular economicamente nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2012.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. *In*: RAMALHO, Pedro Ivo (org.). **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília: Anvisa, 2009. pp. 53 a 86.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FAGUNDES, Jorge. Assimetria de informação, risco moral e reputação: o caso Copesul. *In*: MATTOS, César (org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2003, p. 223-240.

FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da captura do regulador de serviços públicos. *In*: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (coord.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2011.

GOLDIN, Ian. **The pursuit of development: economic growth, social change and ideas**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. **The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance**. [s.l.]:Edward Elgar Publishing, 2004.

MILLER, Gary J. **Managerial Dilemmas**: The political economy of hierarchy. [s.l.]: Cambridge University Press, [s.d.].

OECD. **Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation**. Paris, 1995.

PRADO, Mariana Mota. Qué es ‘Derecho y Desarrollo’? **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 11, n. 1, 2010.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, vol. 33, p.153, jul./2000.

SPIEGELHALTER, David. **A arte da estatística**: como aprender a partir dos dados. Tradução: George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022. p. 123.

STIGLER, George J. **The citizen and the state**: essays on regulation. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.

TRUBEK, David M. *et al.* (Ed.). **Law and the new developmental state**: the Brazilian experience in Latin American context. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; JT, Joseph E. Harrington. **Economics of regulation and antitrust**. London: The MIT Press, 1995.

WILLIAMSON, Óliver. (2005). The Economics of Governance. **American Economic Review**, v.95, n.2, p.1-18, maio 2005.

O PLÁGIO NOSSO DE CADA DIA

Our everyday plagiarism

Leonardo Arquimimo de Carvalho*

Resumo: Professores, frequentemente, alertam estudantes sobre a necessidade de escrever trabalhos acadêmicos honestos e em conformidade com a metodologia de produção do conhecimento. Logo, os discentes são incumbidos da correta produção de trabalhos acadêmicos evitando o plágio. O advento da internet facilitou demasiadamente a cópia sem o estabelecimento da devida referência. Porém, restam dúvidas sobre a forma correta de enfrentar o plágio, superando o punitivismo.

Palavras-chave: plágio; fraude acadêmica; trabalhos acadêmicos; internet e pesquisa; educação.

Abstract: Professors often warn students about the need to write honest academic papers in accordance with the methodology of knowledge. Therefore, students are responsible for the correct production of academic papers, avoiding plagiarism. The advent of the internet has made copying much easier without establishing the proper reference. However, there are doubts about the correct way to face plagiarism, overcoming punitivism.

Keywords: plagiarism; academic fraud; academic papers; internet and research; education.

Submissão: 02/12/2022
Aprovação: 23/08/2023

INTRODUÇÃO

Frequentemente, professores e outros profissionais da educação dedicam parte importante das suas recomendações em sala de aula para alertar estudantes sobre a necessidade de produzir trabalhos acadêmicos que estejam em conformidade com a metodologia de produção do conhecimento.

Assim, são instados a produzirem trabalhos, notadamente os escritos, com responsabilidade, com ética e usando normas adequadas para referenciar aquilo que será

* Mestre em Direito (UFSC); especialista em Ciências Policiais (ANP-PF); especialista em Sociologia Política (UFPR); especialista em *Defense Planning and Resource Management* (NDU - US); especialista em *Inter-Agency Coordination and Counter Terrorism* (NDU - US); graduado em Direito (UFPEL). Delegado de Polícia de São Paulo.

apresentado. A atribuição correta daquilo que é confeccionado corresponde então a uma tarefa inerente à produção de trabalhos acadêmicos.

O plágio, neste particular, apesar de ser um tema comum e com inúmeros casos paradigmáticos na literatura, na música e em outras artes, somente em um período mais recente, passou a ser uma pauta inescapável no ambiente acadêmico e jurídico.

Com o advento da internet, das redes sociais e de novas ferramentas para a divulgação de manifestações culturais, instrucionais, científicas e políticas e a possibilidade de pesquisar, editar e manipular texto, áudio e vídeo, o plágio sem o estabelecimento da devida referência se tornou um aspecto inerente ao dia a dia. Trechos de obras, pesquisas e trabalhos técnicos em materiais escritos, letras, melodias, *samples* e compassos de músicas, ideias, informações, teses e dados não referenciados em vídeos de influenciadores digitais, coreografias no *TikTok*, ideias e manifestações no *Twitter* e memes de todos os perfis, absolutamente tudo se tornou passível de cópia.

Assim, apesar do grande destaque dado ao tema, e das sempre salutares recomendações, advertências e ameaças punitivas, pouco, para além da ética e de um *fair use*, parece ter sido criado como instrumento de inovação que permitisse uma evolução na forma de como se pode evitar a produção, a pesquisa e o desenvolvimento de trabalhos sem subterfúgios aéticos.

1 LIMITES PARA CONTROLAR O PLÁGIO

Jones e Sheridan (2015, p. 712-713) lembram que o plágio corresponde a uma prática relativamente comum e que não é um fenômeno contemporâneo. Shakespeare, Newton, Leibniz, além de outros, são apontados como exemplos históricos da prática. Ocorre que a era digital trouxe uma abundância enorme de materiais para honestos e desonestos. A partir de outros autores e estudos, Jones e Sheridan apontam que para a “geração *Napster*”, que não tem constrangimentos em baixar e piratear, músicas e filmes, não haveria razões para não adotar postura assemelhada em relação aos materiais impressos e aos trabalhos acadêmicos. Curiosamente, pesquisas realizadas apontaram para ideia de que muitos consideravam que copiar da internet “seria menos desonesto do que copiar de um livro”.

Certamente que nesta discussão sobre o plágio contemporâneo há uma questão geracional presente. Demo (2011, p. 135-136) afirma que as novas gerações têm uma perícia maior para lidar com equipamentos eletrônicos. No texto do ano de 2011, Demo chamava atenção para a questão da abrangência do uso do telefone celular no Brasil, o que para ele

seria um demonstrativo do vínculo com as novas tecnologias, ainda que no texto o autor considerasse que a questão do plágio, naquele momento, não estaria no mesmo patamar de “praga universitária”, como referenciado pelos pesquisadores a partir da realidade nos EUA. Afirma também que entre as novas gerações as “produções de estilo coletivo e compartilhado” são preferidas e que “não deveria existir propriedade de ideias”.

Demo reafirma que o plágio é uma “fraude de todos os modos”, porém, “validades e verdades” têm outro peso para as novas gerações que sabem apreciar a “face disruptiva, dinâmica, aberta, desafiadora” do conhecimento. Acrescenta ele que as novas gerações detestam “o argumento de autoridade”, repudiando a atitude professoral de muitos “docentes prepotentes” que “dão aula” sem, por exemplo, estabelecer a devida atribuição. Refere Demo que no “mundo virtual textos e ideias se derretem” e, assim, no trabalho coletivo, “ideias não são propriedade de ninguém” e o texto é passível de mudanças. Isso tudo “é blasfêmia para o professor instrucionista” que se entende como a “autoridade primeira e última na sala de aula” e que afirma que “o currículo é para ser repassado, não reconstruído.” (2011, p. 136-138).

Também Jones e Sheridan (2015, p. 714-716) afirmam que o “método usualmente utilizado” pelos discentes é a simples cópia de uma parte de um texto com o acrescer de sua própria criação. Afirmam também que o “grau de plágio” difere de acordo com a proporção do texto que é usada, da quantidade de paráfrases e da quantidade de palavras e referências incluídas. Nestes casos, identificar o plágio não seria uma tarefa difícil, ainda que ela possa falhar. Outra particularidade referida pelos autores, e que é justamente o objeto central do ensaio deles, está associada ao uso de tradutores on-line que convertem o texto para outra língua e depois novamente são traduzidos para a língua original. A prática observada pelos autores aponta para uso cada vez mais criativo de ferramentas com o objetivo de burlar os controles existentes.

Ou seja, a estratégia narrada para ocultar o plágio e tantas outras formas de burlar o controle dos docentes e até dos tribunais, torna cada vez mais o combate à prática ilegal uma tarefa complexa. A própria tecnologia que detecta o plágio pode ser usada de forma antecipada para corrigir eventuais problemas e adequar o texto para que eventual plágio não seja identificado.

Logo, é possível imaginar que, seguindo um viés de controle e punição, novas ferramentas e instrumentos surjam com frequência diuturna para aumentar o arsenal de apoio

jurídico e acadêmico na identificação de trabalhos fraudulentos¹. Aparentemente, parece que o objetivo então é seguir ampliando as formas de controle, combate e punição ao plágio. Mas, o ideal seria, ao menos no ambiente universitário, construir abordagens que tornassem o plágio algo a ser vencido por intermédio de instrumentos não punitivos, evitando eventual judicialização. De todo modo, parece desestimulante para um docente imaginar que o processo de ensino-aprendizagem se resumiria a “caçar infratores” ou periciar matérias para auxiliar tribunais na checagem de possíveis fraudes.

Ou seja, há um exagero na construção de um ideal inquisitivo sobre o plágio, quando seria mais próprio ao processo pedagógico a administração do problema no curso de ensino-aprendizagem de modo a buscar evitá-lo. Mais justo, portanto, seria o estabelecimento de um ambiente que estimule os discentes a pensar sobre o tema antes que ele ocorra ou mesmo corrigir o erro quando ele começa a se materializar.

Ao abordar o tema, Frye (2006, p. 135-138) lembra que a ideia do que é um desviante representa somente um conceito relacional que é criado por um determinado grupo social. Ou seja, determinado grupo acaba definindo o que é errado e nem sempre isso se constitui e é inibido por normas formais. Nestes casos, deliberam o que seria o plágio ou um comportamento errado, ao proibir a cópia de certas expressões, imagens e ideias sem a correta atribuição da autoria. Cita como exemplo o caso dos “ladrões de piada” dos *stand-ups* ou dos “ladrões de tatuagens” no caso dos tatuadores.

Porém, afirma Frye, é no ambiente acadêmico que o plágio e o reconhecimento da propriedade do produzido é mais amplo. Frye não observa vantagens, a partir de uma visão da teoria econômica e dos direitos de propriedade, em punir o plágio que pode ser considerado, inclusive, uma forma de melhorar as habilidades de escrita dos alunos. Isso não significa que o autor considera o plágio algo correto, que deva ser incentivado. Na verdade, corresponde para ele a algo errado, contudo, não deveria ser punido como uma violação de direitos autorais ou como um “crime intelectual capital.” (2006, p. 141).

¹ Somente para ilustrar são listadas algumas das ferramentas usadas para auxiliar na detecção do plágio: *Unplag*, *Writecheck*, *Copyscape*, *DupliChecker*, *PlagScan*, *Viper Anti-plagiarism scanner*, *PlagTracker*, *Grammarly*, *ProWritingAid*, *Whitesmoke*, *Duplichecker*, *PlagiarismCheck.org*, *Quetext*, *Small SEO Tools Plagiarism Checker*, *Copyleaks*, *Viper*, *CheckForPlagiarism.net*, *WordPress Plugin*, *Plagium*, *Plagiarism Checker*, *Copyscape*, *DMCA Scan*, *Dustball*, *Webconf Tool*, *Plagtracker*, *Plagiarisma*, *Unicheck*, *PaperRater*, *Checker*, *Plagiarismhunt*. Ver: 7 Best Online Tools to Detect Plagiarism & Prevent Takedown Notices. Disponível em: <https://www.lifehack.org/articles/technology/7-best-online-tools-detect-plagiarism-prevent-takedown-notices.html>. Top 20 Best Free Plagiarism Checker Tools Compared (2020). Disponível em: <https://www.digitalgyd.com/top-20-best-online-plagiarism-checker-tools-free/>. Top 10 Free Plagiarism Detection Tools For eLearning Professionals (2020 Update). Disponível em: <https://elearningindustry.com/top-10-free-plagiarism-detection-tools-for-teachers>.

2 ESTRATÉGIAS PARA MINORAR O PROBLEMA DO PLÁGIO

Para tentar minorar o problema do plágio, parece correto adotar medidas que estimulem os discentes, e pessoas de modo geral, a pensarem de forma ética em relação ao conteúdo intelectual que é produzido e desenvolvido. Além disso, corresponde a uma tarefa relevantíssima treinar pessoas para corretamente desenvolverem trabalhos escritos ou outras formas de expressão do conhecimento com corretas atribuições de autoria.

Wilhoit (1994, p. 161) afirma que o problema do plágio poderia ser combatido com mais sucesso se houvesse um tempo maior dedicado a ajudar os discentes a aprender como evitá-lo. Assim, sugere o autor que algumas medidas seriam importantes para que o plágio fosse evitado, tais como: i) definir o que é plágio; ii) discutir casos hipotéticos; iii) revisar trechos com plágio e sugerir formas de resolver o problema; iv) revisar recomendações sobre citação; v) exigir múltiplos rascunhos de um ensaio; vi) apresentar cópias do material que foi usado na pesquisa; vii) fazer revisões do material; viii) oferecer diretrizes de colaboração adequadas; ix) oferecer respostas adequadas aos erros; x) ser paciente. (1994, p. 161-164).

Igualmente, Born (2003, p. 223-224) lista um conjunto de medidas que podem servir como parâmetro para reduzir os problemas do plágio. Assim, lista: i) considerar o trabalho a ser produzido como um processo e não como um produto final; ii) estimular um comportamento ético com atividades em grupo; iii) estabelecer o trabalho como algo que precisa ser discutido e não simplesmente memorizado; iv) criar perguntas diferentes para cada um dos alunos, no caso de trabalhos com esse perfil; v) estabelecer tarefas com mais frequência; vi) exigir a realização de tarefas no ambiente escolar; vii) evitar a repetição de avaliações; viii) atualizar os conteúdos que são ensinados; ix) estabelecer uma relação de confiança; x) educar alunos sobre o plágio.

O plágio corresponde a um problema importante para a avaliação do desempenho discente. Ocorre que se constitui num sintoma de que o modelo de educação tradicional não se encaixa nas atuais formas de apreender e no eventual *fare use* que as pessoas fazem das ideias alheias. Corresponde a uma atribuição docente compreender que os métodos tradicionais de ensino e avaliação devem receber uma adequação às formas contemporâneas de expressar o conhecimento. Educar pessoas para compreender, respeitar e referenciar o resultado do trabalho intelectual ou espontâneo alheio parece importante para minorar a judicialização dos casos que venham a surgir.

O docente não pode simplesmente ignorar que para existir uma correta atribuição nos trabalhos escolares precisa, também, haver uma adequada forma de ensinar a referenciar, além

de reconhecer novas formas de ensinar e apreender. As novas gerações, impactadas pelo “marketing de influência”, estão sendo “formadas e instruídas” em sentimentos, estilo, saúde, finanças, política, cultura e educação com base em tutoriais no *YouTube*.

Hoje é possível apreender qualquer coisa fora do ambiente escolar, e *influencers*, *youtubers* e outros oráculos das novas gerações transformaram o processo de acúmulo de informação. A inexistência de “barreiras de entrada” ao negócio lucrativo das redes sociais, com alguma frequência, não está pautada por cuidados éticos e, somente em alguns casos, parece haver preocupação com *disclaimers*, ressalvas, avisos legais, termos de responsabilidade ou mesmo a correta atribuição da origem daquilo que é reproduzido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do discutido, importante seria listar estratégias que serviriam para uma melhor adequação do enfrentamento do tema do plágio. O texto escrito, tema de interesse central para este breve ensaio, na forma de um *paper* ou de uma monografia, tem uma pequena capacidade de servir como instrumento de aprendizagem. Pesquisar um tema, agrupar ideias e depois disso referenciar parece ser uma forma vetusta e exageradamente solitária de avaliar o conhecimento, notadamente para estudantes em formação.

Mesmo se pensados sob a perspectiva de autonomização, instrumentos mais simples podem ter uma capacidade mais alongada de ensinar e produzir uma reflexão crítica sobre qualquer assunto. Neste particular, o texto escrito deveria ser usado para determinados perfis de alunos, notadamente para o ensino superior de pós-graduação, e as metodologias participativas de ensino deveriam ser exploradas com maior intensidade.

A quantidade de ferramentas existentes aponta para a ideia de que cada vez mais há um reforço nos instrumentos de punição e menos uma construção de ideias que objetiva efetivamente ensinar a produzir o conhecimento. Superar essa dificuldade parece um avanço importante para melhor adequar o processo de ensino-aprendizagem a uma realidade que se apresenta.

Em síntese, percebe-se que o plágio é efetivamente um problema a ser enfrentado no ambiente educacional e jurídico. Ocorre que a simples transferência de responsabilidades para os discentes parece mais um sintoma que demonstra a falência no sistema educacional tradicional, que segue privilegiando a punição e não a efetiva formação a partir da realidade que impacta nas formas de aprender, de ensinar e de produzir informação.

REFERÊNCIAS

BORN, Apiwan D. How to reduce plagiarism. **Journal of Information Systems Education**, vol. 14, n. 3, p. 223-224, 2003.

DEMO, Pedro. Remix, pastiche, plágio: autorias da nova geração. **Meta: Avaliação**. Rio de Janeiro, vol. 3, n. 8, p. 125-144, 2011.

FRYE, Brian L. Plagiarism is not a crime. **Duquesne Law Review**. Pittsburgh, vol. 54, p. 133–172, 2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2752139>. Acesso em: 19 set.2021.

JONES, Michael; SHERIDAN, Lynnaire. Back translation: an emerging sophisticated cyber strategy to subvert advances in ‘digital age’ plagiarism detection and prevention. **Assessment & Evaluation in Higher Education**. Londres, vol. 40, n. 5, p. 712–724, 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. Comissão de Avaliação de Casos de Autoria. **Nem tudo que parece é: entenda o que é plágio**. Niterói: UFF, 2010. Disponível em: <http://www.noticias.uff.br/arquivos/cartilha-sobre-plagio-academico.pdf>. Acesso em: 19 set.2021.

KROKOSZ, Marcelo. Abordagem do plágio nas três melhores universidades de cada um dos cinco continentes e do Brasil. **Revista Brasileira de Educação**. Rio de Janeiro, vol. 16, n. 48, p. 745-817, 2011.

WILHOIT, Stephen. Helping students avoid plagiarism. **College Teaching**. Londres, vol. 42, n. 4, p. 161-164, 1994.

MIGRAÇÃO SUL-SUL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO SOBRE A CONSTRUÇÃO MIDIÁTICA DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL*

*South-South migration: a critical discourse analysis of media's construction of
venezuelan refugees in Brazil*

Bruna Carvalho Badaró de Melo**

Resumo: Este artigo explora como os refugiados venezuelanos foram construídos pela mídia brasileira durante a atual crise de refugiados na América do Sul. O fato de a migração Sul-Sul ter sido relativamente pouco estudada e o deslocamento relevante e crescente de pessoas da Venezuela foram as motivações para este estudo. Vinte e um artigos sobre refugiados venezuelanos, publicados entre 2016 e 2021 por três jornais tradicionais e conservadores foram analisados. O referencial teórico baseou-se no modelo tridimensional de Análise Crítica do Discurso de Fairclough e nos conceitos de estereótipos e o “outro”, de Stuart Hall. Os achados revelaram que os venezuelanos foram associados principalmente a aspectos negativos, compreendendo dois subdiscursos: no primeiro, foram construídos como origem de doenças nas fronteiras e associados à violência e tensão social, e no segundo foram construídos como explorados, subempregados e mal-integrados no mercado de trabalho formal. Os resultados contribuem para ampliar a compreensão do fenômeno migratório Sul-Sul ao detalhar a representação dos refugiados venezuelanos na mídia brasileira e os principais discursos a eles relacionados.

Palavras-chave: refugiados venezuelanos; migração sul-sul; análise crítica do discurso; estereótipos; Fairclough.

Abstract: This article explores how Venezuelan refugees have been constructed by the Brazilian media during the ongoing refugee crisis in South America. The fact that South-South migration has so far been understudied and the relevant and fast-escalating displacement of people from Venezuela were the motivations for this study. Twenty-one articles about Venezuelan refugees published between 2016 and 2021 by three mainstream, conservative newspapers were analyzed. The theoretical framework consisted of Fairclough's three-dimensional model of Critical Discourse Analysis and the theoretical concepts of stereotypes and otherness. The findings revealed that Venezuelans were mainly associated with negative aspects, comprehending two sub-discourses: in the first one, they were constructed as the origin of diseases at the borders and associated with violence and societal tension, and in the second one they were constructed as exploited, underemployed and poorly integrated into the formal

* Este artigo é uma versão reduzida e traduzida da dissertação de mestrado em *International Migration and Ethnic Relations* na Universidade de Malmö, na Suécia, defendida em 2022. A dissertação recebeu o *MIM Master Essay Award 2022* e foi publicada em forma de artigo na *MIM Working Paper Series*, pertencente ao *Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM)* em 2023.

** Mestre em Migração Internacional e Relações Étnicas pela Universidade de Malmö, Suécia. Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional da UERJ (NEPEDI/UERJ), no Eixo Direito Internacional e Política (NEPEDIPOL).

labor market. The findings contribute to increasing the understanding of the South-South migration phenomena by detailing the representation of Venezuelan refugees in the Brazilian media and the main discourses related to them.

Keywords: venezuelan refugees; south-south migration; critical discourse analysis; stereotypes; Fairclough

Submissão: 19/05/2023
Aprovação: 23/08/2023

INTRODUÇÃO

Conforme mencionado por FitzGerald (2015, p.117), as migrações entre países localizados no Sul Global¹ são tão grandes quanto as migrações do Sul Global em direção ao Norte Global, mas permanecem em sua maior parte pouco estudadas. Essas migrações não são apenas econômicas, mas também compreendem o deslocamento de indivíduos desencadeado por violações de direitos humanos, assim como conflitos políticos e sociais (Lima *et al*, 2017, p.22). No caso da América do Sul, há uma crise em curso ocorrendo na Venezuela, causando deslocamento maciço de refugiados para outros países latino-americanos. Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM, 2022), mais de 6 milhões de pessoas escaparam da Venezuela desde 2015 devido à crise em curso naquele país, intensificada a partir de 2016, envolvendo turbulência socioeconômica e perturbação política. Cerca de oitenta por cento dos migrantes venezuelanos são acolhidos por países vizinhos da América do Sul e do Caribe, na maior migração forçada da história contemporânea da região (OIM, 2022).

Devido à deterioração das condições humanitárias e de segurança na Venezuela, o ACNUR recomendou, por meio de sua Nota de Orientação de 2019, que os Estados anfitriões reconheçam a maioria dos venezuelanos como refugiados, adotando um procedimento *prima facie*² (Ochoa, 2020, p. 473). Seguindo a recomendação do ACNUR, o Brasil implementou o procedimento *prima facie* no mesmo ano (Ochoa, 2020, p. 489), tornando-se, conseqüentemente, o país com o maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos na

¹ O Sul Global se refere a regiões fora da Europa e da América do Norte, como países da América Latina, África, Ásia e Oceania, que são geralmente países economicamente em desenvolvimento e politicamente ou culturalmente marginalizados (Dados e Connell 2012, p.12).

² Enquanto que o status de refugiado normalmente deve ser concedido com base em uma avaliação individual, em algumas situações indivíduos de grupos inteiros que estão fugindo de situações conhecidas e extremamente urgentes se qualificam como refugiados à primeira vista, reduzindo assim o padrão de prova necessário para se qualificar como refugiado e acelerando o processo (Manual do ACNUR sobre Procedimentos e Critérios para Determinar o Estatuto de Refugiado sob a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados, Seção B, 44).

América Latina³ (ACNUR, 2020). Em 2020, cerca de 60% dos pedidos de refúgio no Brasil foram de venezuelanos (Silva *et al*, 2020, p. 20).

O crescente ingresso de refugiados da Venezuela atraiu visivelmente a atenção da mídia brasileira. Conforme argumentado por Smets *et al* (2020, p.5), a mídia tem um papel importante nos fenômenos migratórios. Ao produzir imagens da realidade, a mídia pode conectar e unir, mas também desempenhar um papel no crescimento do ressentimento e da discriminação, influenciando as opiniões dos indivíduos e sua compreensão dos migrantes (Smets *et al*, 2020, p. 7). Nesse contexto, a cobertura da mídia não apenas fornece informações sobre grupos e questões relacionadas à migração, mas também constrói representações e discursos sobre migrantes e minorias, incluindo representações positivas ou negativas acerca deles (Bleich *et al*, 2015, p.859). A conexão central entre meios de comunicação de massa e migração, o fato de que os movimentos Sul-Sul não são tão estudados quanto o Sul-Norte e o deslocamento relevante de pessoas da Venezuela inspiraram o tema deste artigo.

1 OBJETIVO

O artigo busca contribuir para uma compreensão crescente sobre como os venezuelanos foram construídos pela mídia brasileira durante a situação dos refugiados na América do Sul e os principais discursos relacionados a eles. A pesquisa é norteada pelas seguintes questões: “De que forma os refugiados da Venezuela estão sendo construídos pela mídia brasileira na atual situação de refugiados?” e “Quais são os principais discursos relacionados aos refugiados venezuelanos no contexto da atual crise de refugiados?”. Conforme mencionado por Boréus e Bergström (2017, p.196), o termo “discurso” pode ter significados diversos e até divergentes. Neste artigo, o termo discurso refere-se a uma construção social da realidade (Fairclough, 1995, p.18) e “uma maneira particular de falar e entender o mundo (ou um aspecto do mundo)” (Jorgensen; Phillips, 2002, p.1). A fim de responder às questões de pesquisa, serão analisados 21 artigos jornalísticos sobre o tema, selecionados entre três dos principais jornais brasileiros e publicados entre 2016-2021, utilizando a teoria da análise crítica do discurso (CDA) de Fairclough e os conceitos de estereótipos e o “outro”, conforme definidos por Stuart Hall.

³ O principal país receptor é a Colômbia, seguida por outros países da América do Sul, como Peru, Chile e Brasil (Ochoa 2020, 480). No entanto, o Brasil tem o maior número de refugiados reconhecidos na região (ACNUR 2020).

2 A CRISE VENEZUELANA

A economia venezuelana baseia-se fortemente na produção de petróleo desde 1920, sendo tão essencial que em 2014 correspondia a 95% de suas exportações (Silva; Franco; Sampaio, 2021, p. 350). A economia da Venezuela teve períodos de pujança quando o preço do petróleo atingiu altos níveis, o que transformou o país em destino de imigração na região até 2013, atraindo especialmente colombianos, equatorianos e peruanos (Silva; Franco; Sampaio, 2021, p. 349). Devido à alta dependência da produção de petróleo, a economia sofreu grandemente com a queda significativa do preço do petróleo em 2014, com o PIB caindo de 10 a 15 por cento naquele ano (Silva; Franco; Sampaio, 2021, p. 350; Ochoa, 2020, p. 481). Independentemente das condições de mercado desfavoráveis, Ochoa (2020, p. 481) observou que a crise econômica também surgiu devido à má gestão da companhia estatal Petróleos de Venezuela, que controlava toda a exploração, produção, refino e exportação de petróleo do país. Além disso, as sanções econômicas dos Estados Unidos contribuíram para intensificar a crise econômica, restringindo a possibilidade de acesso a investidores estrangeiros e ao mercado financeiro dos Estados Unidos (Ochoa, 2020, p. 481). Ao mesmo tempo, as políticas de bem-estar social anteriores entraram em colapso e a inflação aumentou descontroladamente, atingindo 800% em 2014 (Silva; Franco; Sampaio, 2021, p. 350) e 10 milhões por cento em abril de 2019, conforme informado por Ochoa, com base em dados do Fundo Monetário Internacional (2020, p. 481). Além disso, a transição de poder causada pela morte de Hugo Chávez em 2013 e as dificuldades de Nicolás Maduro para manter o estado de bem-estar social desencadearam fortes protestos da oposição política a partir de 2014 (Ochoa, 2020, p. 481).

Como consequência do colapso econômico, a Venezuela estaria sofrendo com escassez de alimentos, medicamentos, vacinas e suprimentos médicos (Ochoa, 2020, p. 482). Além dos reportados problemas de pobreza, saúde e nutrição, os venezuelanos também enfrentariam violência generalizada, perseguição política e violações sistemáticas dos direitos humanos, de acordo com o informado pelo HRW (2020). Segundo o Observatório da Violência Venezuelana (2019), a taxa de homicídios na Venezuela é de 60,3 por 100.000 habitantes, superior ao demais países da região (Ochoa, 2020, p. 483). O Conselho de Direitos Humanos da ONU estabeleceu uma Missão Internacional Independente de Apuração de Fatos para verificar a veracidade dessas alegações em 2019, concluindo em seu relatório de 2020 que:

[...] há motivos razoáveis para acreditar que as autoridades venezuelanas e as forças de segurança planejaram e executaram, desde 2014, graves violações dos direitos humanos, algumas das quais – incluindo assassinatos arbitrários e o uso sistemático

de tortura – equivalem a crimes contra a humanidade (...) longe de serem atos isolados, esses crimes foram coordenados e cometidos de acordo com as políticas do Estado, com o conhecimento ou apoio direto de comandantes e altos funcionários do governo”. (ONU, 2020).

O governo venezuelano negou ajuda internacional, alegando que não há crise alguma no país e que a situação está sendo manipulada para justificar a intervenção internacional (Ochoa, 2020, p. 484). A principal porta de entrada de migrantes venezuelanos no Brasil é a cidade de Pacaraima, no norte do estado de Roraima. O número de venezuelanos deslocados é atualmente estimado em mais de 6 milhões de pessoas, muitas delas em condições extremamente vulneráveis (IOM, 2022).

3 MIGRAÇÃO NO BRASIL

Embora atualmente a América Latina seja frequentemente retratada como uma região de emigração, historicamente a região foi uma região de imigração em massa (Goebel, 2014, p.1; Lesser, 2012, p.4). Cerca de três milhões de imigrantes da Europa e de outras regiões estabeleceram-se definitivamente no Brasil entre 1870 e 1930 (Goebel, 2014, p.1; Lesser, 2012, p.4). Nesse contexto, o estereótipo do imigrante ideal foi construído como “europeu” e “branco”, seguindo o pensamento racial “científico” e os pressupostos eugênicos da época (Bletz, 2010, p. 22). Em contraste com a imigração em massa para o Brasil durante o século XIX e início do século XX, fluxos relevantes e consistentes de refugiados para o país só surgiram muito recentemente, mais especificamente a partir de 2010 com o fluxo vindo do Haiti e, a partir de 2015, da Venezuela (Cavalcanti *et al*, 2021a, p. 6). Até 2010, cerca de 592.000 migrantes residiam no Brasil, sendo as principais nacionalidades do Norte Global (Cavalcanti *et al*, 2021b, p.12). Durante a década de 2010, ocorreu uma mudança significativa no número e no perfil dos imigrantes: de acordo com os registros administrativos do Governo Federal brasileiro, estima-se que 1,3 milhão de migrantes residiam no Brasil em 2020, principalmente da Venezuela e do Haiti (Cavalcanti *et al*, 2021b, p.12). Entre os solicitantes de refúgio, os principais países de origem são todos do Sul Global (Cavalcanti *et al*, 2021b, p. 13). Além disso, se antes de 2010 havia maior participação de migrantes com nível superior no mercado de trabalho, ao longo da década o nível de escolaridade dos migrantes diminuiu e se consolidou como nível de ensino médio (Cavalcanti *et al*, 2021b, p. 13).

4 A MÍDIA

Conforme apontado por Bleich *et al* (2015, p. 858), “a mídia” não é uma entidade singular, mas um complexo grupo de instituições com enormes distinções internas. Além disso, o alcance da mídia pode variar, sendo bastante limitado (por exemplo, um jornal local ou estação de televisão comunitária) ou extremamente amplo. Portanto, é relevante esclarecer o que se entende por “mídia” no contexto deste artigo, e discutir brevemente as características da mídia brasileira. Para fins deste artigo, o termo “mídia” refere-se aos jornais impressos, mais especificamente a três jornais diários brasileiros de distribuição nacional: “O Globo”, “O Estado de São Paulo” (“Estadão”) e “Folha de São Paulo”.

No artigo “Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político” (2006), Azevedo analisa a mídia brasileira e aponta suas principais características, como viés conservador, monopólio familiar, baixo número de leitores em relação ao tamanho da população, leitores principalmente das classes média e alta e, conseqüentemente, uma abordagem voltada para a elite (2006, p. 89). Valendo-se dos modelos propostos por Hallin e Mancini (2004) para análise, Azevedo classifica a mídia no Brasil como um “modelo mediterrâneo”, que apresenta como elementos-chave jornais voltados predominantemente para a elite política, liberdade de imprensa e desenvolvimento de mídia comercial relativamente tarde, e jornais economicamente frágeis, muitas vezes dependentes de subsídios e ajuda do governo (por meio de publicidade oficial) para sobreviver. Azevedo (2006) destaca que os maiores jornais de distribuição nacional da atualidade, como o “O Estado de São Paulo”, “O Globo” e “Folha de São Paulo”, foram fundados nessa época. Historicamente, os jornais selecionados se posicionaram como conservadores e penderam para o centro e a direita.

5 DELIMITAÇÕES

O artigo se concentra nos venezuelanos, e não em outros grupos de refugiados ou imigrantes. Isso ocorre porque, conforme descrito na parte introdutória, o deslocamento de pessoas mais relevante e de crescimento mais rápido na América do Sul atualmente é o da Venezuela.

Não foram comparadas as diferentes abordagens entre os jornais escolhidos, pois o foco deste artigo estava nas semelhanças e não nas diferenças quanto à representação dos refugiados venezuelanos e aos discursos a eles relacionados. Além disso, é importante ressaltar

que o foco está em como os refugiados venezuelanos foram construídos pela mídia, e não se essas representações são verdadeiras ou falsas.

Foram selecionados apenas artigos não editoriais, uma vez que observou-se que o foco dos editoriais não estava nos refugiados venezuelanos, mas sim explicar a crise política na Venezuela e compará-la com o cenário político do Brasil, o que fugia do foco e escopo da análise deste artigo.

6 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

6.1 Análise Crítica do Discurso e o modelo teórico tridimensional de Fairclough

Neste artigo, foi utilizado o modelo de análise crítica do discurso de Norman Fairclough, tendo como base seu arcabouço teórico para a análise do discurso da mídia apresentado em “Media Discourse” (1995). Conforme observado por Jorgensen e Phillips (2012, p.4), na análise crítica do discurso, as abordagens teórica, filosófica e metodológica estão entrelaçadas e devem ser tratadas como um todo. A análise crítica do discurso está principalmente enraizada em premissas socioconstrucionistas, colocando assim importância no papel ativo do discurso na construção do mundo social (Jorgensen; Phillips, 2012, p.7). Para as abordagens da CDA, as representações da realidade são criadas por meio da linguagem, e a maneira como algo é enquadrado afeta a maneira como agimos sobre ele (Jorgensen; Phillips, 2012, p.8). A linguagem não é, portanto, apenas um portador de informação, mas uma ferramenta que constitui o mundo social e potencialmente incita à ação (Jorgensen; Phillips, 2012, p.8). Em outras palavras, a linguagem não é percebida como um instrumento neutro; a forma como algo é representado molda ou incorpora a ação política (Boréus; Bergström, 2017, p.196). Outro aspecto relevante das abordagens de análise do discurso é a investigação de estruturas de poder ocultas e mudanças (Jorgensen; Phillips, 2012, p.7). Nesse contexto, em relação à mídia, Fairclough argumenta que os textos contribuem para produzir ou reproduzir relações desiguais de poder e dominação, ao representar seletivamente algum aspecto do mundo (Fairclough, 1995, p.17).

O arcabouço teórico tridimensional da análise crítica do discurso de Fairclough envolve a análise de texto para entender como as práticas discursivas funcionam linguisticamente nos textos, mas o autor critica as abordagens que focam apenas nos aspectos linguísticos por trabalharem com uma compreensão simplista e sem profundidade entre texto e sociedade (Jorgensen; Phillips 2002, p.66). O objetivo geral do modelo tridimensional é

fornecer uma estrutura analítica para a análise do discurso, considerando o princípio de que os textos não devem ser compreendidos ou analisados isoladamente, mas em relação a outros textos e ao contexto social mais amplo (Jorgensen; Phillips, 2002, p.70). O modelo de Fairclough para Análise Crítica do Discurso consiste em três processos interconectados de análise que estão ligados a três dimensões do discurso (Janks, 2006, p.329). Essas três dimensões são: o objeto de análise; o processo pelo qual o objeto de análise é produzido, reproduzido e como o texto se vale de elementos de outros textos; e as condições sócio-históricas que conduzem esses processos (Janks, 2006, p. 329). Cada uma dessas dimensões requer um tipo diferente de análise, que são análise de texto (descrição), prática discursiva (interpretação) e análise social (explicação). Considerando que o modelo Fairclough de CDA é tanto uma estrutura teórica quanto metodológica, a forma como a análise será operacionalizada será elaborada na seção de estrutura metodológica.

6.2 Estereótipos e o “outro”

Conforme brevemente definido por Stuart Hall, a representação é a construção do significado por meio da linguagem (1997, p.16). Em outras palavras, representar algo é descrever, simbolizar ou conceituar por meio da linguagem, de forma que outras pessoas sejam capazes de compreender. Nesse contexto, Hall observa que a estereotipagem como uma prática significativa é central para a representação de pessoas que são consideradas diferentes da maioria (Hall, 1997, p. 225). Os estereótipos se apoderam de algumas características de uma pessoa e as exageram, simplificam e fixam, reduzindo a pessoa a esses atributos (Hall, 1997, p. 258). Assim, a estereotipagem “reduz, essencializa, naturaliza e fixa as diferenças” (Hall, 1997, p. 258). Como consequência, a estereotipagem estabelece limites e exclui tudo o que não “pertence”, estabelecendo as fronteiras entre os “insiders” e os “outsiders” ou os “outros” (Hall, 1997, p. 258). Conforme argumentado por Hall, a estereotipagem faz parte da manutenção da ordem social e ocorre principalmente onde há flagrantes desigualdades de poder. A mídia tende a estereotipar migrantes e outras minorias, conforme observado por Smets *et al* (2020, p.20). Neste artigo, foram utilizados os conceitos teóricos explorados por Hall para identificar os principais discursos relacionados aos refugiados venezuelanos e investigar de que maneira a mídia constrói e reproduz estereótipos relacionados a eles.

7 ESTRUTURA METODOLÓGICA

O ponto de partida para este estudo foram questões abertas, e a análise foi guiada pelos temas que surgiram durante a investigação. O método utilizado foi a estrutura tridimensional de Fairclough. O número restrito de artigos pode ser motivado pelo fato de que a CDA é uma análise do discurso baseada no micro nível, e os padrões identificados neste nível micro formam mensagens de nível macro de hegemonia, discriminação e poder (Strauss; Feiz, 2013, p.315-316). Assim, os discursos de nível macro podem ser investigados na forma de microdiscursos (Strauss; Feiz, 2013, p.315-316).

7.1 Método de estrutura tridimensional de Fairclough

Conforme delineado anteriormente, a estrutura tridimensional de Fairclough compreende a análise entre as três dimensões de um evento comunicativo, denominado texto, prática discursiva e prática sociocultural (Fairclough, 1995, p.57). Todas as três dimensões devem ser usadas para analisar um evento comunicativo, e a análise se concentra nas características linguísticas do evento (texto), nos processos relacionados à produção e consumo do texto (prática discursiva) e na prática social mais ampla a que o evento pertence (prática social). (Jorgensen; Phillips, 2002, p.68). Assim, no modelo de Fairclough, os pesquisadores devem seguir os seguintes passos: descrição, interpretação e explicação (Lê; Short, 2009, p.8). A estrutura tridimensional fornece uma ferramenta analítica na qual os textos não são entendidos isoladamente, mas em relação a outros textos e ao contexto social mais amplo.

7.2 Discurso como texto

Fairclough sugere várias ferramentas para prosseguir com a análise de texto, como metáforas, estereótipos, e análise gramatical (Jorgensen; Phillips, 2002, p.83). Nesta primeira dimensão, concentrei-me nos padrões linguísticos, bem como nos estereótipos (como imagens generalizadas do outro) e em dois aspectos gramaticais centrais, especificamente a modalidade e a transitividade. Em relação à transitividade, o foco está em como os eventos e processos estão conectados (ou não) a objetos e sujeitos (Jorgensen; Phillips, 2002, p.83). A razão é investigar as consequências ideológicas que formas distintas podem ter, e isso pode ser feito examinando como o texto foi construído de diferentes maneiras, por exemplo, usando voz passiva ou ativa (Jorgensen; Phillips, 2002, p.83). A modalidade, por sua vez, tem a ver com a certeza da

comunicação. Por exemplo, “isso está errado” e “isso pode estar errado” são maneiras diferentes de abordar um assunto, nas quais o emissor se compromete com a afirmação em diferentes graus.

7.3 Discurso como prática discursiva

Jorgensen e Phillips, valendo-se de Fairclough (2002, p.69), argumentam que a relação entre texto e prática social é conciliada por meio da prática discursiva, uma vez que os indivíduos usam a linguagem para criar e consumir textos, e os textos moldam e são moldados pela prática social. A segunda dimensão de análise (prática discursiva) envolve vários aspectos relativos à produção e consumo de texto (Fairclough, 1995, p.58). No entanto, conforme apontado por Jorgensen e Phillips (2002, p.82), a análise da prática discursiva é geralmente feita de um ponto de vista linguístico, enfatizando em quais discursos o texto se baseia (intertextualidade). Portanto, um texto pode ser percebido como um elo em uma cadeia intertextual, na qual cada texto incorpora elementos de outros textos (Bryman, 2008, p.540). Na segunda dimensão, concentrei-me em investigar a intertextualidade no material e a análise também se apoiou na parte anterior da descrição.

7.4 Discurso como prática social

A terceira dimensão envolve a análise da prática social mais ampla à qual pertence o evento comunicativo. O objetivo é identificar as relações culturais e sociais parcialmente não discursivas que fazem parte do contexto mais amplo da prática discursiva, por exemplo, em que tipos de condições econômicas e institucionais o discurso está imerso (Jorgensen; Phillips 2002, p.86). Conforme explicado por Fairclough, a análise do discurso como prática social envolve diferentes níveis de abstração de um evento particular, como um contexto situacional mais imediato e o quadro mais amplo da cultura e da sociedade (1995, p.62).

Nessa linha de pensamento, Bryman, valendo-se de Phillips e Hardy (2008, p.541), observa que, a fim de poder entender os discursos e seus efeitos, é necessário também entender os contextos em que os discursos emergem. Portanto, é útil, como observado por Janks, fazer perguntas sobre tempo e lugar para investigar o contexto situacional (1997, p.338). É na terceira dimensão que o estudo entre prática discursiva e prática social alcança suas conclusões finais (Jorgensen; Phillips, 2002, p.87). Nesta dimensão, foi investigado o contexto da cultura e da sociedade em que os eventos comunicativos estão inseridos, guiado também pela investigação

anterior nas duas primeiras dimensões do modelo de Fairclough. Os conceitos de estereótipos (como imagens generalizadas do outro) também foram usados para fornecer insights sobre o contexto em torno da construção de refugiados venezuelanos pela mídia brasileira.

8. ANÁLISE

A análise foi dividida em três partes: descrição (texto), interpretação (prática discursiva) e explicação (prática social). A investigação foi apoiada pelo referencial teórico e fontes secundárias na forma de literatura. Além disso, as inferências durante a análise também foram apoiadas por citações extraídas do material selecionado.

Durante a leitura dos artigos selecionados, emergiu como dominante um discurso abrangente associando refugiados venezuelanos a aspectos negativos. Conectado a esse discurso, foi possível identificar dois subdiscursos: venezuelanos associados à tensão social, violência e doenças nas fronteiras; e venezuelanos como explorados e mal-integrados ao mercado formal de trabalho. Ambos os subdiscursos foram analisados juntos em cada dimensão para permitir um melhor fluxo e legibilidade.

8.1 Descrição (texto)

Primeiro subdiscurso

No primeiro subdiscurso (venezuelanos associados à tensão social, violência e doenças nas fronteiras), o foco foi a situação nas fronteiras, principalmente nos municípios de Pacaraima e Boa Vista, localizados no norte do estado de Roraima. As palavras “tensão”, “violência”, “surto de doenças”, “caos”, “tragédia” e “dificuldades” apareceram com frequência no material empírico. A situação na cidade de Pacaraima é descrita como caótica, violenta e fora de controle. A descrição é reforçada pelo padrão de palavras usadas para apresentar a situação nos artigos selecionados (FAIRCLOUGH, 1995, p.56). Alguns exemplos são “Crise *eleva tensão* em áreas de fronteira da Venezuela” (Estadão, 2016, grifo nosso), “**Venezuelanos e brasileiros se enfrentam** nas ruas de Roraima – Pacaraima virou **zona de conflito** entre brasileiros e venezuelanos no último sábado” (Folha de São Paulo, 2018, grifo nosso).

Em matéria com a manchete “Após **ataque de brasileiros**, 1.200 venezuelanos deixam Roraima” (O Globo, 2018, grifo nosso), a presença do “outro” é dominante, contrastando e contrapondo cidadãos brasileiros e refugiados venezuelanos e estabelecendo os limites entre os

“insiders” e os “outsiders”, ou os “outros” (HALL, 1997, p. 258). O leitor é informado de que 700 refugiados venezuelanos foram atacados por quase 2.000 brasileiros na cidade de Pacaraima, no norte do estado de Roraima, depois que um brasileiro foi supostamente roubado e quase espancado até a morte por venezuelanos (O Globo, 2018). No primeiro subdiscurso, a mídia usou padrões de palavras para enfatizar a tensão social e reforçar a oposição entre brasileiros e refugiados venezuelanos, estabelecendo as distinções entre os “insiders” e os “outsiders”.

Nesse contexto, a imagem dos refugiados venezuelanos foi frequentemente construída como associada aos conflitos e à violência nas fronteiras: “Imigrantes voltam para Venezuela após violência em Roraima: cerca de cem venezuelanos que viviam na rua em Boa Vista regressaram após mortes na quinta” (Folha de São Paulo, 2018). Nesse caso, a transitividade consiste em construir a manchete como se não houvesse um agente responsável pela violência, quase como se fosse um fenômeno natural (Jorgensen; Phillips, 2002, p.83). Ressalta-se que o episódio reacendeu as tensões na fronteira (Jorgensen; Phillips, 2002, p.83), que os serviços públicos da Boa Vista estão sobrecarregados com o fluxo de refugiados, bem como que os refugiados vivem agora em constante medo de sofrer novos ataques (Jorgensen; Phillips, 2002, p.83). Em consonância com o artigo anterior, a redação aqui também é utilizada para enfatizar aspectos negativos, relacionando-os ao fluxo migratório.

A tensão em relação ao fluxo de refugiados venezuelanos é ainda mais enfatizada pelo uso de palavras como “tragédia”, “desafios” e “dificuldades”. Como exemplo: “Situação de indígenas venezuelanos no Brasil é **trágica**, diz ONU” (O Globo, 2019, grifo nosso). No artigo, argumenta-se que os indígenas venezuelanos estão em abrigos de refugiados em Roraima, Brasil, com poucas perspectivas de integração social e econômica na sociedade brasileira. Afirma-se que os indígenas já estavam em situação de vulnerabilidade na Venezuela, e que essa vulnerabilidade é agora ainda mais acentuada pela necessidade de buscar refúgio em outro país. O artigo também faz conexões entre o grupo de refugiados e as doenças: “Os Warao (etnia indígena) precisam percorrer mais de 800 km de suas comunidades até a fronteira. **Desnutrição e um elevado índice de HIV complicam a situação.**” (O Globo, 2019, grifo nosso). A alegada falta de qualificação para ingressar no mercado de trabalho formal e a associação dos refugiados com doenças são descritos como fatos pela mídia, não deixando muito espaço para diferentes interpretações.

A conexão entre o fluxo de refugiados e os surtos de doenças nas fronteiras emergiu como destaque no primeiro subdiscurso. Outro exemplo está na manchete “Com *invasão venezuelana*, Roraima teme o **retorno de doenças** erradicadas” (Folha de São Paulo, 2016,

grifos meus). Nesse caso, a mídia apresentou interpretações da realidade como se fossem verdadeiras, usando a modalidade objetiva (Jorgensen; Phillips, 2002, p. 84). Além disso, os venezuelanos foram estereotipados como “invasores”. Ao ler o artigo na íntegra, afirma-se que “a cada ano cresce o total de venezuelanos que pedem refúgio ao Brasil [...] neste ano, já são 1.805 pedidos, segundo o Ministério da Justiça”. O modesto número de pedidos de refugiados foi descrito como uma “invasão”, sem que se explicitasse que se tratava de uma opinião ou versão entre outras versões dos fatos.

A transitividade no primeiro subdiscurso consiste em estabelecer os refugiados venezuelanos como origem de doenças já erradicadas no Brasil. Afirmar que com a “invasão” venezuelana há temor de que doenças erradicadas voltem implicitamente conecta os venezuelanos a surtos de doenças. Nessa mesma linha, outro artigo aponta que as autoridades de Roraima iniciaram uma campanha de vacinação contra o sarampo depois que uma criança venezuelana, que havia se mudado para aquele estado, foi diagnosticada com a doença (Folha de São Paulo, 2018). O artigo do jornal enfatiza ainda que os casos de sarampo foram registrados pela última vez no Brasil em julho de 2015 e afirma mais diretamente que as autoridades locais estão preocupadas com um surto devido ao fluxo migratório. Essa repetição na mídia pode afetar a opinião pública e possivelmente resultar no aumento da imagem estereotipada de “invasores” e “portadores de doenças” em relação aos refugiados venezuelanos. Isso pode levar ao preconceito em relação aos venezuelanos e à manutenção das relações de poder e divisão entre os dois grupos por meio de estereótipos.

Segundo subdiscurso

No segundo subdiscurso (venezuelanos como explorados e mal-integrados ao mercado formal de trabalho), o foco está na integração social e econômica dos venezuelanos no Brasil. As palavras “exploração”, “dificuldades” e “sobrevivência” apareceram no material empírico. A transitividade consiste em construir os refugiados como um grupo homogêneo: vulneráveis, explorados e subempregados. Como exemplo, “venezuelanos **sofrem abusos em empregos** ofertados por programa de interiorização” (Folha de São Paulo, 2021, grifo nosso). Os refugiados venezuelanos são estereotipados como tendo baixos níveis de escolaridade e mais propensos a aceitar empregos fora do mercado formal, caracterizados por baixos salários, insegurança e jornada de trabalho mais elevada (Shamsuddin *et al*, 2020, p. 2). Isso pode reforçar a construção dos refugiados venezuelanos como desqualificados ou incapazes de trabalhar em postos de trabalho que exigem maior qualificação. Conforme observado por Hall

(1997, p. 258), os estereótipos podem realçar as relações de poder entre diferentes grupos. Diante disso, a contratação de refugiados venezuelanos para empregos pouco qualificados e mal pagos poderia ser normalizada e reforçar as fronteiras entre nacionais e refugiados.

Ademais, os refugiados venezuelanos são construídos como geralmente incapazes, pelo menos em um primeiro momento, de transferir seu capital humano para o Brasil e de encontrar empregos que correspondam às suas competências e habilidades, mesmo aqueles que pertencem à classe média ou têm diploma universitário: “Classe média venezuelana engrossa fluxo crescente de refugiados no Brasil: profissionais graduados em universidades na Venezuela, militares e até funcionários públicos servem mesas, atendem em caixas de supermercado e fazem unhas para sobreviver em Boa Vista após fugir da crise econômica em seu país” (Estadão, 2017). Neste artigo, a mídia apresentou interpretações como se fossem fatos, usando a modalidade categórica e objetiva para reforçar suas declarações (Jorgensen; Phillips, 2002, p.83).

Em alguns artigos, o empreendedorismo étnico é apresentado como uma opção para os venezuelanos que não conseguiram transferir suas habilidades para o Brasil e, conseqüentemente, ingressar no mercado de trabalho formal. Como um exemplo: “Empreendedorismo é base para refugiados venezuelanos no Brasil, inclusive durante a pandemia” (O Globo, 2020). Isso vai ao encontro da transitividade anteriormente delineada, que se constitui na construção dos refugiados como muitas vezes enfrentando dificuldades de inserção no mercado formal de trabalho.

Ao mesmo tempo, são destacadas as condições abusivas enfrentadas pelos venezuelanos nos empregos oferecidos pelo programa de interiorização “Operação Acolhida”, bem como as dificuldades enfrentadas pelos refugiados deslocados de Roraima para estados do sul do Brasil para “sobreviver sozinhos” (O Globo, 2019, “Imigrantes Venezuelanos trazidos ao Rio enfrentam **dificuldades para sobreviver sozinhos**”, grifo nosso). Isso está de acordo com a construção dos refugiados venezuelanos como vulneráveis, com baixa escolaridade, desempregados ou subempregados.

Além disso, aponta-se que o perfil dos imigrantes no Brasil mudou “radicalmente” na última década, “do europeu para o sul-americano” (“O número de imigrantes no Brasil dobra em 1 década, com menos brancos e mais mulheres”, Folha de São Paulo 2021). Nesse contexto, observou-se que o perfil racial dos imigrantes mudou de “branco” para “preto” ou “pardo”, informando que os brancos receberam salários mais elevados em comparação aos demais migrantes na última década. Além disso, afirmou-se que o nível educacional dos migrantes no Brasil diminuiu e que “essa composição reflete a entrada de novos imigrantes vindos de países

pobres ou em desenvolvimento, ao contrário dos fluxos anteriores, nos quais predominavam os trabalhadores europeus mais escolarizados”. Nesse contexto, a transitividade consiste em construir e estereotipar os refugiados venezuelanos como parte dessa mudança “radical” do perfil dos migrantes, como menos educados, pobres e mais propensos a aceitar empregos mal remunerados.

Em apenas um artigo é mencionado que a primeira leva de imigrantes vindos da Venezuela foi composta por profissionais altamente qualificados, que vieram para o Brasil de avião entre 2012 e 2014 e se instalaram na região sudeste do país, seguida de uma segunda onda de profissionais de classe média que entraram no país por via terrestre entre 2015 e 2017, e uma terceira onda de 2018, composta por venezuelanos empobrecidos que se instalaram em Roraima e posteriormente foram realocados para outras regiões pela Operação Acolhida (Folha de São Paulo, 2020, “Imigrantes venezuelanos estão em 23% dos municípios brasileiros”). No entanto, mesmo no referido artigo, a ênfase é colocada nos venezuelanos que não conseguiram se inserir no mercado de trabalho, reforçando os estereótipos de subeducados e vulneráveis a eles relacionados.

8.2 Interpretação (prática discursiva)

Primeiro subdiscurso

No primeiro subdiscurso (venezuelanos associados à tensão social, violência e doenças nas fronteiras), é perceptível que os artigos selecionados constroem e reforçam seus argumentos a partir de dados oficiais, citações diretas ou indiretas de organizações e declarações de políticos (Fairclough, 1995, p.76). Como exemplo: “*Diretor da OMS alerta que **crise na Venezuela pode causar surtos no Brasil**: De acordo com a entidade, **a importação de doenças** como sarampo, malária e difteria **já é uma realidade na fronteira**” (Estadão, 2018, ênfase adicionada). Nesse exemplo, a mídia vale-se da intertextualidade para validar suas afirmações, referindo-se a organizações conhecidas, como a Organização Mundial da Saúde (OMS), a fim de convencer os leitores de que suas falas retratam os fatos reais.*

Em outro exemplo, é afirmado em um artigo que, segundo as autoridades de Roraima, trezentos refugiados venezuelanos receberam vacinas contra o sarampo após a identificação de casos de sarampo ligados a refugiados venezuelanos naquele estado (Folha de São Paulo, 2018). Afirma-se também que o governo local “**teme um surto de sarampo**” (Folha de São Paulo, 2018) e requisitou vinte mil doses adicionais de vacina ao Governo Federal Brasileiro (Folha de São

Paulo, 2018). Na mesma linha, a mídia lança mão da intertextualidade para associar refugiados venezuelanos a doenças erradicadas, ao usar citações do governador de Roraima afirmando que “além das questões econômicas”, o Estado se preocupa com doenças “importadas” do país vizinho: “Nós estamos recebendo também **alguns venezuelanos com algumas doenças que nós já praticamente erradicamos** em nosso estado [...]” (Folha de São Paulo, 2016, grifo nosso).

Ademais, depoimentos de políticos e autoridades locais são utilizados no material empírico para reforçar o argumento de que a situação nas fronteiras está no limite. Por exemplo, em um artigo (Folha de São Paulo, 2018) há citações de um padre local, afirmando que “a cidade (Pacaraima) está um caos” (Folha de São Paulo, 2018, grifo nosso). Os leitores são informados de que após confrontos entre refugiados venezuelanos e brasileiros nas ruas de Roraima, a polícia e o hospital receberam reforços do governo local (Folha de São Paulo, 2018). A governadora de Roraima, Suely Campos, pede ao Governo Federal ajuda financeira de R\$ 180 milhões e o fechamento da fronteira com a Venezuela (Folha de São Paulo, 2018). A intertextualidade é utilizada aqui para reforçar o argumento de que a situação está fora de controle, bem como a percepção de que o governo local de Roraima está sobrecarregado e o Governo Federal brasileiro deve tomar medidas para enfrentar a situação do fluxo de refugiados.

Além disso, a intertextualidade é utilizada para reforçar a associação dos refugiados venezuelanos à criminalidade nas fronteiras em um dos artigos. Afirma-se que, segundo o prefeito de Pacaraima, estiveram na cidade brasileira venezuelanos que atualmente têm ou tiveram problemas com a Justiça do país vizinho. Citações do prefeito são usadas para enfatizar essa percepção: “A Guarda Nacional venezuelana prendeu **mais de 30 venezuelanos que estavam com problemas na justiça naquele país. Aí você imagina o que eles poderiam trazer para Paracaraima** [...]” (O Globo, 2018, “Imigrantes voltam para Venezuela após violência em Roraima”, grifo nosso). Os refugiados venezuelanos são estereotipados como tendo problemas com a Justiça na Venezuela e implicitamente construídos como um perigo potencial para brasileiros em Pacaraima. Nesse contexto, citações de autoridades e políticos são utilizadas para convencer os leitores de que a visão apresentada pela mídia está atrelada aos fatos reais.

Segundo subdiscurso

No segundo subdiscurso (venezuelanos como explorados e pouco integrados no mercado formal de trabalho), a intertextualidade também é utilizada no material empírico. A mídia se baseia em citações de autoridades, estatísticas do governo, declarações de políticos e entrevistas com os próprios refugiados para reforçar os argumentos exibidos nos artigos (Fairclough, 1995, p.76). Como exemplo, estatísticas do Governo são utilizadas na reportagem “Venezuelanos sofrem abusos em empregos ofertados por programa de interiorização” (Folha de São Paulo, 2021) para demonstrar quantos venezuelanos receberam apoio do Governo Federal para se mudar para os demais estados do Brasil e conseguir empregos por meio do programa “Operação Acolhida” (Folha de São Paulo, 2021). Informa-se que 19.390 venezuelanos foram realocados de Roraima para outros estados brasileiros por meio do programa e destaca-se a falta de fiscalização das empresas que oferecem empregos aos refugiados e o descumprimento da legislação trabalhista brasileira.

A mídia se baseia em entrevistas com refugiados venezuelanos compartilhando histórias de condições precárias que enfrentaram nos empregos que conseguiram encontrar. Como exemplo, em um artigo, uma família venezuelana narra que estava desesperada por oportunidades de trabalho e aceitou condições de trabalho extremamente abusivas de um empregador boliviano em São Paulo, Brasil: “Ele (o empregador) nos fazia trabalhar das 6h até as 22, 23 horas. Diziam que até as 19 horas a gente trabalhava pelo salário. Depois daquilo, era hora extra para compensar a comida e a moradia que nos dava.” (Estadão, 2018). Nesse contexto, as entrevistas são utilizadas para construir e reforçar a construção dos refugiados venezuelanos como explorados e mal pagos e para tornar o texto mais memorável para o leitor.

Conforme observado na primeira dimensão da análise, é mencionado em um artigo (Folha de São Paulo, 2020, “Imigrantes venezuelanos estão em 23% dos municípios brasileiros”) que a primeira onda de refugiados da Venezuela foi composta por pessoas altamente qualificadas e profissionais, que vieram para o Brasil de avião entre 2012 e 2014 e se estabeleceram na região Sudeste do país, seguida por uma segunda onda de profissionais de classe média que entraram pela fronteira terrestre entre 2015 e 2017, e uma terceira onda a partir de 2018, composta por venezuelanos vulneráveis e empobrecidos que vieram pela fronteira terrestre e se estabeleceram em Roraima, sendo posteriormente realocados para outras regiões pela Operação Acolhida (Folha de São Paulo, 2020). No entanto, não há entrevistas com venezuelanos das duas primeiras ondas ou com aqueles que conseguiram transferir seu capital humano para o Brasil e se enquadrar no mercado de trabalho formal, apenas uma entrevista com

um venezuelano da terceira onda que veio para o Brasil e encontrou uma posição pouco qualificada para trabalhar (Folha de São Paulo, 2020). A ênfase recai sobre aqueles que não conseguiram transferir suas habilidades ou têm baixa escolaridade, reforçando a construção estereotipada dos refugiados venezuelanos como pouco escolarizados e incapazes de se enquadrar em ocupações altamente qualificadas no Brasil.

Semelhante à subseção anterior, a mídia refere-se a organizações conhecidas para aumentar a credibilidade de suas declarações (Fairclough, 1995, p. 76). Em um artigo sobre indígenas venezuelanos da etnia Warao, argumenta-se que eles estão enfrentando uma situação “trágica”, com pouca ou nenhuma perspectiva de integração social e econômica na sociedade brasileira (O Globo, 2019). A mídia se vale de declarações do Alto Comissariado da ONU para Refugiados, Filippo Grandi, que visitou a região e afirmou que “Eles (os Warao) têm menos oportunidades de inclusão econômica, ou social, do que os outros (refugiados). É bastante trágico” (O Globo, 2019). A citação do Alto Comissariado da ONU para Refugiados reforça as afirmações da mídia sobre a construção dos refugiados como tendo grandes dificuldades para se integrar no Brasil.

Em alguns artigos, os refugiados são apresentados de forma ligeiramente positiva. A título de exemplo, em matéria com a manchete “Venezuelanos que fugiram da crise refazem a vida na capital: vizinhos de brasileiros, imigrantes deixaram o país após sofrerem perseguições políticas e fome” (Folha de São Paulo, 2019), há citações de um padre local argumentando que os refugiados venezuelanos têm documentação adequada para trabalhar no Brasil e conseguem encontrar empregos em várias áreas em pouco tempo em São Paulo (Folha de São Paulo, 2019). No entanto, a ênfase do artigo recai sobre aqueles que “não conseguem emprego no mercado formal” (Folha de São Paulo, 2019) e, conseqüentemente, devem encontrar “alternativas para se manter” (Folha de São Paulo, 2019), como vender comida venezuelana nas ruas. Nesse caso, a intertextualidade, na forma de entrevistas com refugiados venezuelanos, é usada para construir e reforçar a imagem estereotipada dos refugiados venezuelanos como subempregados e mal-integrados ao setor de trabalho formal.

8.3 Explicação (prática social)

Primeiro subdiscurso

No primeiro subdiscurso, como já observado nas seções anteriores, os refugiados venezuelanos são associados à tensão social, à violência e às doenças na fronteira. A situação é

apresentada de forma negativa e reforçada pelos padrões de palavras usadas nos artigos, como “caos”, “surto de doenças” e “tragédia”. O contexto social mais amplo envolve o deslocamento de mais de 6 milhões de pessoas da Venezuela devido à turbulência política e socioeconômica que ocorre naquele país (OIM, 2022). Cerca de oitenta por cento dos venezuelanos são acolhidos por países vizinhos da América do Sul e do Caribe, na maior migração forçada da história contemporânea da região (OIM, 2022). A principal porta de entrada no Brasil é a cidade de Pacaraima, localizada no norte do estado de Roraima, e muitos refugiados se estabeleceram em Pacaraima ou Boa Vista (Cavalcanti; Oliveira; Silva, 2021, p.12). Conforme delineado anteriormente, em um dos artigos foi relatado que o fluxo de refugiados da Venezuela para o Brasil foi caracterizado por diferentes ondas, bem como foi observado que os refugiados, principalmente das ondas recentes, estão sendo realocados por meio da “Operação Acolhida” (Folha de São Paulo, 2020, “Imigrantes venezuelanos estão em 23% dos municípios brasileiros”). A partir de 2018, parte dos venezuelanos foi realocada voluntariamente para as regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste (Folha de São Paulo, 2020). A região Norte do Brasil é tradicionalmente a mais pobre, contribuindo com apenas 0,2% do PIB brasileiro, e pouco povoada: em 2016 a população de Roraima era de cerca de 0,5 milhão, uma das menores entre os estados brasileiros, e após o fluxo de refugiados os venezuelanos rapidamente se tornaram cerca de 30% da população (Shamsuddin, 2021, p.6).

O fluxo massivo e crescente de refugiados venezuelanos para a região mais pobre do Brasil acentuou os problemas socioeconômicos já existentes e isso se reflete no material empírico, especialmente no primeiro subdiscurso. Embora a América Latina seja considerada um exemplo de cooperação Sul-Sul e generosidade em relação às políticas de asilo, tendo a solidariedade como princípio norteador para a proteção de refugiados (Jubilut *et al*, 2021, p.7), a infraestrutura social de muitos países não é suficiente para absorver a grande escala de deslocamentos recentes, o que pode contribuir para o aumento da discriminação e hostilidade em relação aos recém-chegados (Chami; Brown; Roy, 2020, p.12). Além disso, conforme observado por Chami, Brown e Roy (2020, p.5), refugiados sem meios de subsistência podem se tornar suscetíveis a criminosos e ser aliciados para atividades criminosas. Conforme delineado anteriormente, em um artigo os refugiados venezuelanos foram ligados à criminalidade e construídos como um perigo potencial para os habitantes de Roraima, mas mais frequentemente eles foram ligados ao aumento da tensão social, violência e doenças nas fronteiras. A escolha de focar nesses aspectos reforça os estereótipos negativos relacionados aos refugiados venezuelanos, potencializando a discriminação e a divisão hierárquica entre “insiders” e “outsiders”. Isso poderia levar a uma maior discriminação contra eles, que

poderiam ser vistos como responsáveis pelo aumento da violência e tensão social na região, além de portadores de doenças.

Segundo subdiscurso

No segundo subdiscurso (os venezuelanos como explorados e mal-integrados ao mercado de trabalho), os refugiados são retratados como um grupo homogêneo que enfrenta exploração e privação, mesmo após o estabelecimento da Operação Acolhida. A seguinte manchete é um exemplo: “Venezuelanos sofrem abusos em empregos ofertados por programa de interiorização” (Folha de São Paulo 2021, grifo nosso). As palavras “exploração”, “dificuldades” e “sobrevivência” apareceram no material empírico. O contexto social mais amplo envolve a integração socioeconômica dos recém-chegados no novo país. Embora o Brasil tenha livre acesso à saúde, educação e proteção social independentemente da situação da documentação dos imigrantes e proíba qualquer tipo de discriminação no trabalho, a integração socioeconômica dos refugiados pode apresentar desafios (Shamsuddin, 2021, p.3). Como a maioria dos países latino-americanos, o mercado de trabalho no Brasil é segmentado em setores formais e informais (Shamsuddin, 2021, p.13). O setor informal não é regulamentado pelo governo e os empregos são caracterizados pela precariedade, longas jornadas de trabalho e salários mais baixos (Shamsuddin, 2021, p.13). Conforme explicado por Alba e Foner (2015, p.53), o capital humano do imigrante tende a não receber pleno reconhecimento no mercado de trabalho de um novo país, o que pode representar uma dificuldade adicional de acesso ao setor formal. Nessa linha, é recorrente no material empírico a ênfase nas dificuldades enfrentadas pelos refugiados venezuelanos para transferir seu capital humano para o Brasil e ingressar no setor formal em cargos condizentes com sua formação anterior, conforme delineado nas seções anteriores.

Nessa linha está a reportagem “Boné, máquina de costura ou apenas a roupa do corpo: venezuelanos contam o que trouxeram antes de migrar para o Brasil” (O Globo, 2021). O artigo se vale de várias entrevistas com refugiados venezuelanos e, embora sejam retratados de forma um pouco mais positiva do que no primeiro subdiscurso, ainda são estereotipados como subempregados e com dificuldades para se integrar ao setor de trabalho formal: “Trouxe minha máquina de costura comigo para trabalhar no Brasil. Estudei educação, sou professora, mas costuro para ganhar dinheiro aqui” (O Globo, 2021). A estereotipagem ocorreu ao se referir aos refugiados venezuelanos, produzindo uma fronteira implícita entre os “insiders” e os “outros” e anexando o rótulo de subempregados e vulneráveis a todos os refugiados venezuelanos. O

impacto social da mídia tem a ver com a forma como ela representa seletivamente o mundo, e discursos como esses reforçam as relações de poder e mantêm a hegemonia (Fairclough, 1995, p.17). Além disso, aponta-se que o perfil dos migrantes para o Brasil mudou “radicalmente” na última década, passando dos europeus para os provenientes de países pobres ou em desenvolvimento (“Número de imigrantes dobra no Brasil dobra em 1 década, com menos brancos e mais mulheres”, Folha de São Paulo, 2021). Informa-se que os migrantes brancos receberam salários mais elevados em comparação aos demais migrantes na última década e destacou que o nível educacional dos migrantes no Brasil diminuiu, associando os europeus a trabalhadores mais instruídos (Folha de São Paulo, 2021).

Como delineado anteriormente, historicamente no Brasil o migrante “ideal” foi construído dentro de um quadro estereotipado e retratado como branco, europeu e “trabalhador” (Bletz, 2010, p.22). Nesse contexto, os venezuelanos foram construídos pela mídia como não fazendo parte desse quadro estereotipado “ideal”, mas rotulados como o “outro” generalizado, que não se encaixa imediatamente nessa categoria. Em outras palavras, eles foram retratados como parte da mudança “radical” do perfil dos migrantes: não europeus, menos escolarizados, pobres e com dificuldades de inserção no mercado de trabalho. O contraste entre a construção estereotipada dos refugiados venezuelanos e do imigrante “ideal” estereotipado pode reforçar as relações de poder e resultar em discriminação, potencialmente dificultando a possibilidade de integração socioeconômica.

RESUMO DA ANÁLISE E CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo contribuir para uma compreensão crescente da migração Sul-Sul, estudando como os refugiados venezuelanos são representados pela mídia brasileira durante a atual crise de refugiados na América do Sul. A conexão entre os meios de comunicação de massa e a migração, a lacuna de conhecimento sobre a migração Sul-Sul e o relevante e crescente deslocamento de pessoas da Venezuela, bem como o fato de o Brasil ter se tornado o país com o maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos na América Latina, inspiraram o tema deste artigo. O modelo tridimensional de análise crítica do discurso de Fairclough e os conceitos teóricos de estereótipos e do “outro”, foram usados para abordar as questões de pesquisa. Foram analisadas 21 matérias sobre refugiados venezuelanos, publicadas entre 2016 e 2021 por três dos maiores e mais vendidos jornais impressos brasileiros. Ao longo das leituras, emergiu do material um discurso geral, associando refugiados venezuelanos a aspectos negativos. Conectados a esse discurso geral, dois subdiscursos foram

identificados: os venezuelanos associados à tensão social, violência e doenças nas fronteiras e os venezuelanos como explorados e mal-integrados ao mercado de trabalho.

No primeiro subdiscurso, os refugiados venezuelanos foram construídos como origem de surtos de doenças e vinculados à violência e à tensão social, especialmente no estado de Roraima. A mídia usou padrões de palavras nos artigos para enfatizar essa construção, bem como a transitividade, a modalidade objetiva e a intertextualidade. A tensão nas fronteiras foi conectada ao fluxo de refugiados venezuelanos e potencializada pelo uso de palavras como “tragédia” e “caos”. A modalidade objetiva foi utilizada para apresentar interpretações da realidade como se fossem verdadeiras, e os venezuelanos foram estereotipados como “invasores” em alguns dos artigos. A transitividade no primeiro subdiscurso consistiu em estabelecer os refugiados venezuelanos como origem de doenças já erradicadas no Brasil. Em um dos artigos, os refugiados venezuelanos foram ligados à criminalidade e construídos como um perigo potencial para os habitantes de Roraima, mas na maioria das vezes eles foram ligados ao aumento da tensão social, violência e surtos de doenças nas fronteiras. Nesse contexto, os artigos se valem de depoimentos de autoridades, políticos e organizações de renome, como a Organização Mundial da Saúde, para aumentar a confiabilidade de seus argumentos para os leitores. O discurso repetitivo da mídia sobre os refugiados venezuelanos, enfatizado intertextualmente, poderia aumentar a discriminação contra eles e possivelmente reforçar a divisão hierárquica entre “insiders” e “outsiders”.

No segundo subdiscurso, os refugiados venezuelanos foram construídos como explorados e mal-integrados ao mercado formal de trabalho. O foco foi a integração social e econômica dos venezuelanos no Brasil, especialmente no mercado de trabalho formal. A mídia usou padrões de palavras para potencializar essa construção, bem como a transitividade, a modalidade objetiva e a intertextualidade. A transitividade consistiu em construir os refugiados venezuelanos como um grupo homogêneo: vulneráveis, mal pagos, explorados e subempregados. As palavras “exploração”, “dificuldades” e “sobrevivência” apareceram no material empírico, reforçando essa percepção aos leitores. Estatísticas governamentais, depoimentos de políticos e entrevistas, principalmente com refugiados, foram amplamente utilizados nas reportagens para reforçar a construção dos refugiados como um grupo homogêneo, geralmente mal pago e subempregado, lutando para transferir seu capital humano para o Brasil e disposto a aceitar qualquer posição de trabalho para ser capaz de sobreviver. Nesse contexto, os refugiados venezuelanos foram estereotipados como tendo baixo nível de escolaridade e mais propensos a aceitar empregos fora do mercado de trabalho formal, caracterizado por baixos salários e maior jornada de trabalho. Mesmo aqueles que pertencem à

classe média ou têm diploma universitário foram construídos como geralmente incapazes, pelo menos em um primeiro momento, de transferir seu capital humano para o Brasil e de encontrar empregos que correspondam às suas competências e habilidades. Observou-se que os estereótipos poderiam realçar as relações de poder entre nacionais e refugiados e possivelmente ter consequências, como a normalização da contratação de refugiados venezuelanos para empregos exploradores, pouco qualificados e mal pagos. Além disso, os refugiados venezuelanos foram construídos não como parte do imigrante estereotipado “ideal”, mas como o “outro” generalizado, que não se enquadra imediatamente nessa categoria. O contraste entre a construção estereotipada dos refugiados venezuelanos e o estereótipo do imigrante “ideal” poderia reforçar as relações de poder e potencialmente resultar em mais discriminação e dificuldades na integração socioeconômica dos refugiados venezuelanos.

REFERÊNCIAS

6, Perri; BELLAMY, Christine. **Principles of Methodology: Research Design in Social Science**. London: Sage, 2012.

ALBA, Richard; FONER, Nancy. **Strangers no more: immigration and the challenges of integration in North America and Western Europe**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

ANDRADE, José H. Fischel. The 1984 Cartagena Declaration. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; ESPINOZA, Marcia Vera; MEZZANOTTI, Gabriela. **Latin america and refugee protection: logics, regimes, and challenges**. New York: Berghahn Books, 2021.

AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político. **Opinião Pública**, Campinas, v. 12, n. 1, p. 88-113, abril/maio, 2006. DOI: 10.1590/S0104-62762006000100004.

BLEICH, Erik; BLOEMRAAD, Irene; GRAAUW, Els. Migrants, minorities and the media: information, representations and participation in the public sphere. **Journal of Ethnic and Migration Studies**, London, v. 41, n.6, p. 857-873, 2015. DOI10.1080/1369183X.2014.1002197.

BLETZ, May E. **Immigration and acculturation in Brazil and Argentina**. New York: Palgrave MacMillan, 2010.

BORÉUS, Kristina; BERGSTRÖM, Göran. **Analysing text and discourse: eight approaches for the social science**. London: Sage, 2017.

BRYMAN, Alan. **Social Research Methods**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu; SILVA, Bianca G. **2011-2020: uma década de desafios para a imigração e refúgio no Brasil**. Brasília: Observatório das migrações internacionais, 2021a.

CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu; SILVA, Bianca G. **Imigração e refúgio no Brasil: retratos da década de 2010**. Brasília: Observatório das migrações internacionais, 2021b.

CHAMI, Georgina; BROWN, Christopher; ROY, Nalanda. The securitization of Post-9/11 reception patterns of refugees, asylum seekers, and migrants: deconstructing the Venezuelan Exodus (A case study). **Migration and Development**, London, v.10, n.2, p. 238-259, ago.2020. DOI 10.1080/21632324.2020.1809280.

DADOS, Nour; CONNELL, Raewyn. The Global South. **Contexts**, v.11, n.1, fev.2012. DOI:10.1177/1536504212436479.

FAIRCLOUGH, Norman. **Media Discourse**. London: Redwood books, 1995.

FITZGERALD, David Scott. The sociology of international migration. *In*: BRETTELL, Caroline B.; HOLLIFIELD, James F. (ed.). **Migration theory: talking across disciplines**. 3.ed. New York: Routledge, 2015.

GOEBEL, Michael. Reconceptualizing diasporas and national identities in Latin America and the Caribbean, 1850–1950. *In*: FOOTE, Nicola; GOEBEL, Michael. **Immigration and national identities in Latin America**. Florida: University Press of Florida, 2014.

HALL, Stuart. **Representation**. London: Sage Publications, 1997.

HALLIN, Daniel C.; MANCINI, Paolo. **Comparing media systems: three models of media and politics**. New York: Cambridge University Press, 2004.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). **Venezuela's Humanitarian Emergency: Large-Scale UN Response Needed to Address Health and Food Crises**. New York: Human Rights Watch, 2019. Disponível em: <https://www.hrw.org/americas/venezuela>. Acesso em: 20 mar.2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). **Venezuelan refugee and migrant crisis**. Geneva: International Organization for Migration, 2022. Disponível em: <https://www.iom.int/venezuelan-refugee-and-migrant-crisis>. Acesso em 03 mar.2022.

JANKS, Hilary. Critical Discourse Analysis as a research tool. **Discourse: Studies in the Cultural Politics of Education**, London, v.18, n.3, p.329-342, jul.2006. DOI 10.1080/0159630970180302.

JORGENSEN, Marianne; Phillips, Louise. **Discourse Analysis as Theory and Method**. London: Sage Publications, 2002.

JUBILUT, Liliana Lyra; ESPINOZA, Marcia Vera; MEZZANOTTI, Gabriela. **Latin America and Refugee Protection: logics, regimes, and challenges**. New York: Berghahn Books, 2021.

LESSER, Jeffrey. **Immigration, ethnicity, and national identity in Brazil: 1808 to the present**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

LIMA, João Brígido Bezerra; MUÑOZ, Fernanda Patrícia Fuentes; NAZARENO, Luísa de Azevedo; AMARAL, Nemo. **Refúgio no Brasil**: caracterização dos perfis sociodemográficos dos refugiados. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017.

LIMA, João Brígido Bezerra; GARCIA, Ana Luiza Jardim de Carvalho Rochael; FECHINE, Valéria Maria Rodrigues. Fluxos migratórios no Brasil: haitianos, sírios e venezuelanos. *In*: VIANA, André Rego. **A mediação do refúgio no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020.

MALDONADO-TORRES, Nelson. On the coloniality of being. **Cultural Studies**, London, v.2, n.2-3, p.240-270, 2007. DOI 10.1080/09502380601162548.

MARGALEF, Delia Maria Dutra da Silveira. Retratos Midiáticos sobre o refúgio no Brasil. *In*: VIANA, André Rego. **A mediação do refúgio no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020.

OCHOA, Javier. South America's response to the Venezuelan exodus: a spirit of regional cooperation?. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, vol. 32, n. 3, p. 472–497, 2020. DOI 10.1093/ijrl/eeaa033.

ROSENBERG, Alexander. **Philosophy of Social Science**. 5. ed. Boulder, Colorado: Westview Press, 2016.

SHAMSUDDIN, Mrittika; ACOSTA, Pablo Ariel; SCHWENGBER, Rovane Battaglin; FIX, Jedediah; PIRANI, Nikolas. **Integration of Venezuelan refugees and migrants in Brazil**. World Bank Group: Social Protection and Jobs Global Practice, 2021.

SILVA, Graziella Moraes; PAIXÃO, Marcelo. Mixed and Unequal: New Perspectives on Brazilian Ethnoracial Relations. *In*: TELLES, Edward E. **Pigmentocracies**: ethnicity, race and color in Latin America. Chapter Hill: University of North Carolina Press, 2014.

SILVA, G. J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; COSTA, L. F. L; MACEDO, M. 2020. Refúgio em Números. 6. ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília: OBMigra, 2020.

SILVA, João Carlos Jarochinski; FRANCO, Alexandra Castro; SAMPAIO, Cyntia. How the venezuelan exodus challenges a regional protection response: “creative” solutions to an unprecedented phenomenon in Colombia and Brazil. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; ESPINOZA, Marcia Vera; MEZZANOTTI, Gabriela. **Latin America and refugee protection**: logics, regimes, and challenges. New York: Berghahn Books, 2021.

SMETS, Kevin; LEURS, Koen; GEORGIU, Myria; SASKIA, Witteborn; GAJJALA, Radhika. **The sage handbook of media and migration**. London: Sage Publications, 2020.

STRAUSS, Susan; FEIZ, Parastou. **Discourse analysis**: a multi-perspective and multi-lingual approach. New York and London: Routledge, 2013.

THAO; Lê; QUYNH, Lê; SHORT, Megan. **Critical discourse analysis**: an interdisciplinary perspective. New York: Nova Science Publishers, 2009.

Artigos jornalísticos

APÓS caso de sarampo, Roraima vacina Venezuelanos em Boa Vista. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 fev. 2018. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/02/apos-caso-de-sarampo-roraima-vacina-venezuelanos-em-boa-vista.shtml>. Acesso em: 05 mar.2022.

BONÉ, máquina de costura ou apenas a roupa do corpo: venezuelanos contam o que trouxeram antes de migrar para o Brasil. **O Globo**, Rio de Janeiro, 17 dez. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/bone-maquina-de-costura-ou-apenas-roupa-do-corpo-venezuelanos-contam-que-trouxeram-antes-de-migrar-para-brasil-25321824>. Acesso em: 10 maio 2022.

CAMBRICOLI, Fabiana. Família venezuelana é explorada no Brasil. **Estadão**, São Paulo, 7 abr.2018. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,familia-venezuelana-e-explorada-no-brasil,70002258113>. Acesso em: 08 mar.2022.

CAMBRICOLI, Fabiana. Com imigração venezuelana, Boa Vista vive problemas de metrópole. **Estadão**, São Paulo, 22 abr.2018. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,com-imigracao-venezuelana-boa-vista-vive-problemas-de-metropole,70002278524>. Acesso em: 11 mai. 2022.

CORAZZA, Felipe. Crise eleva tensão em áreas de fronteira da Venezuela. **Estadão**, São Paulo, 16 out.2016. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,crise-eleva-tensao-em-areas-de-fronteira-da-venezuela,10000082418>. Acesso em: 08 mar.2022.

CORREIA, Sineida. Dois mil venezuelanos pediram asilo ao Brasil em 2016. **Estadão**, São Paulo, 17 mar. 2017. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,dois-mil-venezuelanos-pediram-asilo-ao-brasil-em-2016,70001689440>. Acesso em: 08 mar.2022.

FIGUEIREDO, Janaína. Imigrantes venezuelanos trazidos ao Rio enfrentam dificuldades para sobreviver sozinhos. **O Globo**, Rio de Janeiro, 21 fev. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/imigrantes-venezuelanos-trazidos-ao-rio-enfrentam-dificuldades-para-sobreviver-sozinhos-23468989>. Acesso em: 21 fev. 2022.

IMIGRANTES voltam para Venezuela após violência em Roraima: cerca de 100 venezuelanos que viviam na rua em Boa Vista regressaram após mortes na quinta. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 9 set. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/09/imigrantes-voltam-para-a-venezuela-apos-violencia-em-roraima.shtml>. Acesso em: 10 maio 2022.

JAMIL, Chade. Diretor da OMS alerta que crise na Venezuela pode causar surtos no Brasil. **Estadão**, São Paulo, 18 set. 2018. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,diretor-da-oms-alerta-que-crise-na-venezuela-pode-causar-surtos-no-brasil,70002314320>. Acesso em: 05 mar.2022.

MANTOVANI, Flávia. Diário de uma refugiada: venezuelana relata experiência de migrar ao Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 dez. 2020. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/12/diario-de-uma-refugiada-venezuelana-relata-experiencia-de-migrar-ao-brasil.shtml>. Acesso em: 08 mar.2022.

MANTOVANI, Flávia. Número de imigrantes no Brasil dobra em uma década, com menos brancos e mais mulheres. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 dez. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/12/numero-de-imigrantes-dobra-em-1-decada-com-menos-brancos-e-mais-mulheres.shtml#:~:text=N%C3%BAmero%20de%20imigrantes%20no%20Brasil,12%2F2021%20%2D%20Mundo%20%2D%20Folha>. Acesso em: 02 mar.2022.

MANTOVANI, Flávia. 2020. Imigrantes venezuelanos estão em 23% dos municípios brasileiros. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 set. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/09/imigrantes-venezuelanos-estao-em-23-dos-municipios-brasileiros.shtml>. Acesso em: 10 maio 2022.

MARTINS, Elisa. Empreendedorismo é a base para refugiados venezuelanos no Brasil, inclusive durante a pandemia. **O Globo**, Rio de Janeiro, 23 set. 2020 Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/empreendedorismo-base-para-refugiados-venezuelanos-no-brasil-inclusive-durante-pandemia-24655307>. Acesso em: 21 fev. 2022.

MARQUES, Marcelo. Após ataque de brasileiros, 1,2 mil Venezuelanos deixaram o país, diz Exército. **O Globo**, Rio de Janeiro, 19 ago. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/apos-ataque-de-brasileiros-12-mil-venezuelanos-deixam-roraima-22992701>. Acesso em: 10 maio 2022.

MELLO, Patricia Campos; PRADO, Avenir. Venezuelanos e brasileiros se confrontam nas ruas de cidade de Roraima. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 ago. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/08/refugiados-venezuelanos-sao-agredidos-e-expulsos-de-tendas-em-roraima.shtml>. Acesso em: 06 mar.2022.

PEREIRA, Pablo. Classe média venezuelana engrossa fluxo crescente de refugiados para o Brasil. **Estadão**, São Paulo, 12 jun. 2017. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,classe-media-venezuelana-engrossa-fluxo-crescente-de-refugiados-no-brasil,70001835992>. Acesso em 06 mar. 2022.

SITUAÇÃO de indígenas venezuelanos no Brasil é trágica, diz ONU. **O Globo**, Rio de Janeiro, 4 set.2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/situacao-de-indigenas-venezuelanos-no-brasil-tragica-diz-onu-23926710>. Acesso em: 08 mar. 2022.

SOARES, Regiane. 2019. Venezuelanos que fugiram da crise refazem a vida na capital. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 dez. 2019. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2019/12/venezuelanos-que-fugiram-da-crise-refazem-a-vida-na-capital.shtml>. Acesso em: 08 mar. 2022.

TEIXEIRA, Fábio; COSTA, Emily. Venezuelanos sofrem abuso em emprego ofertado por programa de interiorização. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 ago. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/08/venezuelanos-sofrem-abusos-em-empregos-ofertados-por-programa-de-interiorizacao.shtml>. Acesso em: 08 mar. 2022.

TOLEDO, Marcelo; KNAPP, Eduardo. Com invasão venezuelana, Roraima teme o retorno de doenças erradicadas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 nov. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/11/1833819-com-invasao-venezuelana-roraima-teme-retorno-de-doencas-erradicadas.shtml>. Acesso em: 08 mar. 2022.

TOLEDO, Marcelo. Acnur e Forças Armadas abrem maior abrigo para venezuelanos em Roraima. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 out. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/10/acnur-e-forcas-armadas-abrem-maior-abrigo-para-venezuelanos-em-roraima.shtml>. Acesso em: 08 mar. 2022.

AS ESTRATÉGIAS DE CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM OLHAR ATRAVÉS DA TEORIA DOS JOGOS

Conciliation strategies in the New Procedure Code: a look through game theory

Thiago Ferreira Cordeiro*

Resumo: O Novo Código de Processo Civil positivou o princípio de cooperação em diversos dispositivos, especialmente em seu art. 6º. Uma das expressões mais notórias do referido princípio é a designação obrigatória de audiência de conciliação para autocomposição das partes, consoante art. 334 da codificação. A preocupação da nova lei em flexibilizar normas processuais, enxugar procedimentos e resolver processos por meio de conciliação encontra fundamento na necessidade de modernizar o exercício da jurisdição frente às atuais demandas da sociedade. Dessa forma, diversos institutos foram criados pelo legislador, enquanto outros são sugeridos pela doutrina, com o intuito de fomentar o interesse conciliatório das partes. No entanto, o êxito das medidas, em alguns contextos, tem sido ainda insatisfatório. A partir da teoria dos jogos é possível equacionar as variáveis envolvidas no processo de tomada de escolha dos jurisdicionados quanto à conciliação, permitindo assim uma análise crítica dos institutos utilizados e a sugestão do que poderia ser mudado para otimizar a concretização da escolha política do legislador.

Palavras-chave: conciliação; autocomposição; teoria dos jogos; processo civil.

Abstract: The New Code of Civil Procedure affirmed the principle of cooperation in several devices, especially in its art. 6th. One of the most notorious expressions of that principle is the mandatory designation of a conciliation hearing for the self-composition of the parties, pursuant to art. 334 of encoding. The concern of the new law to make procedural rules more flexible, streamline procedures and resolve cases through conciliation is based on the need to modernize the exercise of jurisdiction in the face of the current demands of society. In this way, several institutes were created by the legislator, while others are suggested by the doctrine, with the aim of fostering the conciliatory interest of the parties. However, the success of the measures, in some contexts, has still been unsatisfactory. Based on game theory, it is possible to equate the variables involved in the decision-making process of those under jurisdiction regarding conciliation, thus allowing a critical analysis of the institutes used and the suggestion of what could be changed to optimize the implementation of the legislator's political choice.

Keywords: conciliation; self-composition; game theory; civil procedure.

Submissão: 12/02/2023

Aprovação: 23/08/2023

* Pós-graduado em Direito pela UNIFFA, graduado em Ciências Sociais pela UERJ, graduado em Direito pela UNIRIO. Técnico de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Secretário de Juiz.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil positivou o princípio de cooperação em diversos dispositivos, especialmente em seu art. 6º, o qual enuncia que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (Brasil, 2015a). Na mesma esteira, destacam-se diferentes regras de colaboração entre os sujeitos processuais, como o art. 373, que dispõe a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova, podendo a mesma ser objeto de convenção (**dever de auxílio**), tal qual o art. 10, que consagrou o princípio da vedação à prolação de decisão surpresa (**dever de consulta** aos interessados). Tem-se também, por exemplo, o art. 321, que impõe ao magistrado o ônus de indicar especificamente o que precisa ser emendado na petição inicial (**dever de prevenção**) e o art. 357, §3º, que determina a designação de audiência para o saneamento cooperativo do processo, oportunizando que as partes esclareçam suas alegações (**dever de esclarecimento**).

Sabemos que a preocupação da nova lei em flexibilizar normas processuais, enxugar procedimentos e resolver processos por meio de conciliação encontra fundamento na necessidade de modernizar o exercício da jurisdição frente às atuais demandas da sociedade. A mais evidente dessas demandas para o judiciário é de ordem prática: diz respeito ao gigantesco volume de ações que são ajuizadas anualmente em todo o país¹.

Mas para além da necessidade de baixar o acervo judiciário e reduzir o tempo de tramitação das causas, sustenta-se a existência de um valor intrínseco nas técnicas de autocomposição, capaz de melhorar a qualidade dos provimentos judiciais. Tal arguição se funda na compreensão de que, apesar de a nomenclatura mais comum referir-se à conciliação e à mediação como **métodos alternativos à solução de conflitos**, em verdade o que temos é o caráter subsidiário e secundário da própria jurisdição estatal, enquanto a composição consensual nada mais é do que a forma natural por meio da qual as pessoas sejam capazes de resolver seus conflitos em uma sociedade funcional. Em consonância, destaca Pinho:

É bem verdade que hoje em dia o termo “alternativos” vem sendo substituído por “apropriados, adequados, ou mesmo amigáveis”, na medida em que, numa sociedade desejavelmente evoluída, a jurisdição deveria ser o último degrau a ser galgado, bem depois das soluções consensuais, e apenas em caso de insucesso dessas (2015, p. 2).

É colocada em xeque, então, a percepção de que a jurisdição é o primeiro caminho

¹ O relatório “Justiça em números” de 2020, publicado pelo CNJ, demonstra que, em média, a cada 100.000 habitantes, 12.211 ingressaram com uma ação em 2019, isto é, mais de 12% da população brasileira. Concomitantemente, cada processo demora, segundo dados do mesmo período, cerca de 5 anos e 4 meses para ser concluído. O resultado é uma tendência progressiva de acúmulo de causas litigiosas sem solução.

lógico para a solução de uma crise jurídica. Se for buscado fundamento na filosofia, constataremos que o contratualista britânico John Locke já enunciava a anterioridade do direito em relação ao Estado. Em seu hipotético estado de natureza, que precederia a autoridade estatal, os indivíduos seriam capazes de celebrar seus contratos livremente em situação de igualdade, usando de seus próprios recursos limitados para assegurar o respeito aos seus direitos. Nesse sentido, afirmou o filósofo:

O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; [...] não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros [...] (Locke, 1994, p.84).

E também historicamente não se observa realidade distinta. A conciliação já existia na China feudal, cerca de 3.000 anos atrás. Por influência do confucionismo, havia a tradição de se buscar resolver conflitos consensualmente antes de buscar o auxílio dos tribunais (Dan, 2015). Posteriormente, a partir de 221 a.C. as práticas foram tornando-se mais institucionalizadas até serem convertidas em etapa pré-processual obrigatória durante a dinastia Tang entre 618-907 d.C. Durante todo este tempo, a mediação complementava o sistema judiciário e contribuía para a continuidade dos clãs, tribos e aldeias (Dan, 2015).

Se assim é verdade, podemos falar na existência de uma expectativa ética natural de que as pessoas busquem respeitar a esfera jurídica umas das outras e se proponham a reparar eventuais danos de sua responsabilidade, sem que tenham de ser forçadas a tanto pelo Estado. Emanando da natureza das próprias relações civis, tal dever jurídico, para além da fonte processual do princípio da cooperação, parece encontrar guarida no próprio direito material. A eticidade, consubstanciada na ética e na boa-fé, foi consagrada como um dos princípios fundamentais do atual Código Civil. Através dela, tem-se o dever anexo de renegociar a relação contratual, seja com fundamento na teoria da imprevisão ou na quebra da base objetiva do contrato, não podendo o contratante se omitir, sob pena de responder civilmente pelos prejuízos decorrentes da ruptura contratual. Ora, este é um claro dever de cooperar e negociar para a manutenção do equilíbrio da relação jurídica.

Seja como for, o princípio da cooperação pode ser deduzido também das próprias regras de direito processual. Para Fredie Didier Jr, este deriva de um redimensionamento do contraditório, alterando essencialmente a postura dos sujeitos diante do processo. Um bom exemplo de aplicação deste valor é a regra contida no art. 774, V, do CPC, que impõe ao devedor o ônus de indicar seus próprios bens à penhora, sob pena de multa por ato atentatório à dignidade

da justiça. O dispositivo assinala a impossibilidade de o executado impor resistência injustificada à satisfação do direito da parte adversa, tendo que cooperar com a execução, mesmo contra o seu interesse. Em sentido semelhante, ainda na fase de conhecimento, tem-se a previsão de multa do art. 334, §8º, para quem não comparece à sessão de mediação. Esta norma consagra uma obrigação de comparecer à audiência para escutar a proposta do outro litigante, se esta não for dispensada.

Pode-se sustentar que o dever de cooperar se desdobra em um dever ético-jurídico de se predispor à conciliação. Não é concebível, na atual sistemática, a existência de um direito a litigância por esporte, ou fundada no mero interesse patrimonial de resistir. Sem dúvida as partes não são obrigadas a aceitar uma solução consensual quando esta se revela impossível, nem mesmo são obrigadas a permanecer em procedimento de mediação (consoante art. 2º, §2º da lei 13.140/15). Mas não parece haver alguma violação do contraditório a exigência de que os jurisdicionados, tal qual no direito material, tenham a obrigação de buscar, quando possível, a pacificação social do conflito.

Contudo, considerando que os envolvidos em um litígio frequentemente possuem interesses antagônicos, é compreensível o fato de muitas vezes não se chegar a uma solução interessante para ambos os lados. Dessa forma, buscou o código processual fomentar o ânimo das partes para preferir a autocomposição, resolvendo seus litígios de forma, a princípio, mais célere, democrática e socialmente eficaz. Para tanto, foram adotados diversos institutos estratégicos no sentido de impelir os jurisdicionados na direção almejada pelo legislador. Outras tantas sugestões são dadas pelos estudiosos do assunto, com o intuito de aumentar a efetividade da celebração de acordos. É necessário analisar criticamente o tratamento dado pela lei processual à conciliação para que se possa amadurecer os procedimentos e contribuir para uma maior satisfação deste propósito legal.

1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE FOMENTO

1.1 A obrigatoriedade de designação de audiência

Um dos pontos mais polêmicos relativos ao estabelecimento da política de conciliação encontra-se na obrigatoriedade de designação de audiência. A interpretação conservadora, pautada na literalidade do art. 334, §4º, do CPC, leva a entender pela necessidade de o magistrado marcar a sessão de conciliação/mediação, ainda que o autor manifeste expressamente seu desejo em sentido contrário. A mesma só não será realizada “se **ambas as**

partes [grifo nosso] manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” ou “quando não se admitir a autocomposição” (Brasil, 2015a).

A esse respeito, Alexandre Câmara (2015) defende a interpretação da regra à luz de outras normas, permitindo que o desinteresse de qualquer das partes afaste a audiência de conciliação. O argumento se embasa na Lei de Mediação (13.140/15), editada no mesmo ano, porém posteriormente ao CPC, e dotada de maior especificidade sobre a matéria. O art. 2º enuncia que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”(Brasil, 2015b). Trata-se da voluntariedade, um princípio caro ao instituto. Assim, entende o professor que a melhor leitura do Código deve ser no sentido de que “ambas as partes” se refira a qualquer uma delas.

Em sentido, contrário, no entanto, o Enunciado 61 da ENFAM² reforça a literalidade do dispositivo:

Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º (ENFAM, 2015, p.6).

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, esta última posição parece ser a mais técnica em relação ao pretendido pela lei. Tendo sido o Código claro quanto à obrigatoriedade, parece mais honesto interpretar o art. 2º como um dever de não insistir na mediação quando esta não lograr êxito e a parte reafirmar seu desinteresse. Mas haveria, a princípio, uma obrigação mínima, meramente formal, de comparecer a uma sessão e ouvir o que o outro interessado tem a dizer. O art. 18 corrobora com clareza ser essa a leitura correta ao regular que “iniciada a mediação, **as reuniões posteriores** com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência”(Brasil, 2015a, grifo nosso).

A despeito da justificativa técnica, não faltam críticas à escolha do legislador. Argumenta-se a possibilidade de a obrigatoriedade desnaturar a essência do instituto, não cabendo qualquer argumento de seu valor pedagógico (Pinho, 2011). Mesmo ao fugir da jurisdição contenciosa, acabaria sendo reproduzido o caráter paternalista do judiciário ao pretender obrigar uma das partes à audiência de conciliação. De fato, na exposição de motivos do projeto de lei acerca da mediação paraprocessual argumentou-se pela obrigatoriedade da designação como o único caminho para sedimentar a cultura conciliativa (Bacellar, 2015).

² Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Nesse sentido, Souza faz uma ponderação às críticas:

A obrigatoriedade de comparecimento à audiência preliminar já vem prevista na legislação processual trabalhista e na legislação dos juizados especiais brasileiros desde a sua criação, sendo certo que o índice de acordos nestas duas searas do Judiciário é enormemente superior ao índice de acordos nos processos cíveis em que o acordo é possível, mas não existe obrigatoriedade da tentativa. Por outro lado, se se deseja implementar a mediação em larga escala, não se pode esperar que uns poucos demandantes de boa vontade se disponham a comparecer para a audiência de mediação e passem a relatar sua boa experiência às pessoas em geral para que então aumentem os índices de comparecimento. Infelizmente, temos uma maioria da população pouquíssimo educada, com limitações no discernimento e conhecimentos necessários para sopesar o custo de um comparecimento a uma audiência com os benefícios de uma possível solução através da mediação. As pessoas costumam raciocinar apenas a curto prazo e concentrar-se no incômodo de ter que comparecer e, ainda por cima, encontrar o adversário com quem já desistiram de dialogar a partir do momento em que decidiram recorrer ao Judiciário. (Souza, 2015, p. 59).

Particularmente, não parece lógico acusar de paternalismo a conduta do Estado que impõe às partes o dever de exercer sua autonomia. Assim como não é o voto obrigatório. Apenas se recomenda cautela com a nossa cultura autoritária de planejar políticas olhando de cima para baixo, à moda de Pereira Passos e Oswaldo Cruz, sem considerar a dinâmica dos destinatários do serviço. Ademais, é justo distinguir a obrigação de comparecimento à audiência, que pode inclusive se dar por procuração, da de efetivamente conciliar, a qual implicaria necessária renúncia do direito e não se cogita defender.

Nesse sentido, o art. 8º, §2º, do PLS 517/2011, ainda em tramitação, enuncia que “a participação na mediação será sempre facultativa [...]”. Contudo, no parágrafo seguinte, distingue a mencionada participação, caracterizada pelo engajamento na dinâmica de negociação, do mero comparecimento à audiência, dando a entender que facultatividade diz respeito à primeira.

Destaque-se que outros países também fizeram a opção pela obrigatoriedade de mediação. A Colômbia possui legislação específica nesse sentido desde 1991. Na Argentina optou-se também pela realização compulsória, com a exclusão de algumas matérias presumidamente inconvenientes por conter interesse público ou social, tais como causas de família, falências, cautelares, inventários, bem como ações que envolvessem o poder público (Souza, 2015). O Projeto de Lei 4.827/98 previa igualmente no Brasil a regra da autocomposição, com exclusões temáticas.

1.2 A multa por não comparecimento

Instrumento diretamente ligado ao anterior é a previsão da aplicação de uma multa calculada em 2% sobre o benefício econômico pretendido ou valor da causa, por ato atentatório à dignidade da justiça, revertida em favor do erário, em caso de não comparecimento injustificado à audiência (art. 334, §8º do CPC). O instituto sofre, por derivação, das mesmas críticas a que estava sujeito o anterior.

Caso se interprete ser a designação da sessão de mediação uma obrigatoriedade, a lei pune como atentado à justiça a ausência mesmo daquele que expressamente afirmou não ter interesse em autocompor. Se concordamos com os doutrinadores defensores da flexibilização da regra, soa mais razoável punir quem manifestou o desejo de conciliar, atrasando o andamento processual, mas faltou à audiência. Critica-se ainda, olhando pelo caminho oposto, ser o valor frequentemente irrisório (Pinho, 2015). Deste modo, se pequeno o valor, é ineficaz, se maior, é coercitivo.

Instituto semelhante é adotado em países vizinhos, os quais optaram pelo modelo obrigatório, variando a base de cálculo. Na Argentina a multa é aplicada em valor equivalente ao dobro dos honorários do mediador. Na Colômbia, aparentemente, adota-se postura ainda mais incisiva, pois a pena chega a 10 salários mínimos e pode ser aplicada tanto por ausência injustificada quanto por recusa em discutir as propostas formuladas. O projeto de lei 4.827/98, anteriormente citado, embora previsse comparecimento compulsório, não impunha nenhuma sanção (Souza, 2015).

A referida pena cumpre seu papel de impor o comparecimento formal à audiência de conciliação, mas não pode obrigar além disso. Parece radical a hipótese de sancionar quem tenha comparecido e se recuse a debater. De toda forma, novamente incorre-se na limitação segundo a qual a realização protocolar da audiência, sem algo mais a estimular seu interesse, não é o bastante. Sujeita-se ainda o risco de burocratizar o procedimento, incidindo em uma espécie de conciliação de massa, sustentada por advogados audiencistas descompromissados e conciliadores trabalhando em série para cumprir metas.

1.3 A obrigatoriedade de assistência por advogado

A Lei de Mediação (13.140/2015) é clara ao dispor em seu art. 10 que, para a mediação extrajudicial, a assistência por advogado ou defensor público é facultativa. Contudo, consoante o parágrafo único, se uma das partes estiver representada, as demais também deverão constituir

defesa técnica, haja vista o princípio da isonomia entre as partes (art. 2º, §2º). Soa razoável a norma considerando o procedimento se desenvolver extrajudicialmente. Sendo a participação de procuradores opcional para a celebração de contratos de um modo geral, bem como em processos administrativos, não faria sentido a indispensabilidade. Já no caso de mediação judicial, o legislador optou no art. 26 por exigir a presença de patronos, ficando ressalvados os juizados especiais cíveis e fazendários.

Comparativamente, na Argentina a assistência técnica destes profissionais também é exigida. Mas na Colômbia a mesma é dispensada. No projeto de lei anterior, 4.827/98, adotou-se posição ambígua, fazendo recomendação à constituição de advogado nos casos em que sua presença fosse indispensável, sem explicitar quais casos seriam esses. O projeto posterior, PLS 517/2011, por sua vez, propunha a facultatividade, porém não foi o que prevaleceu (Souza, 2015).

Este ponto de discussão é relevante, pois se por um lado um causídico habilitado é um facilitador para o diálogo, a sua exigência pode ser um complicador para as partes, a despeito da existência da Defensoria Pública, que também tem suas limitações de tempo e recursos.

Questão particularmente interessante diz respeito à homologação judicial de uma transação extrajudicial. Há quem defenda que os procedimentos de jurisdição voluntária – a homologação, dentre eles – deveria dispensar defesa técnica, visto que, em princípio, não há lide. No art. 986 do CPC de Portugal, esse foi o caminho adotado, segundo o qual “nos processos de jurisdição voluntária não é obrigatória a constituição de advogado, salvo na fase de recurso”, regra idêntica à já existente no código anterior. Essa flexibilização desburocratizaria o acesso à justiça conciliativa, oferecendo maior entrada ao cidadão. Contudo, não é, em regra, o entendimento adotado no Brasil. Acaba sendo desestimulante o fato de o patrono ser facultativo na autocomposição extrajudicial, mas para homologação tornar-se obrigatório.

Na prática, contudo, há jurisprudência divergente. Diversos julgados³ optam por dispensar o advogado na homologação judicial, argumentando-se pela inconveniência de exigir a constituição de um patrono para uma das partes se o acordo já foi obtido. Destaca-se como exemplo o Resp 1.135.955/SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki:

Celebrado o acordo, assiste a qualquer das partes interessadas a faculdade de requerer a sua homologação judicial, independentemente da concordância da outra parte ou de seu advogado. Exigir que os advogados de ambas as partes requeiram e concordem com essa homologação, é o mesmo que exigir que concordem com a própria transação. Se a lei dispensa a presença do advogado para o mais (que é a própria

³034407961.2015.8.19.0001; 016197487.2013.8.19.0001;000421568.2013.8.19.0063;002035657.2018.8.19.0203

transação, com todos os efeitos dela decorrentes no âmbito da relação de direito material), não faz sentido algum exigí-la para o menos (que é o requerimento de homologação do ato, no âmbito da relação processual). (Brasil, 211, p.1)

Data vênia, se não há mais interesse em prosseguir com a ação, tem-se o instituto da desistência. O acordo conservará seu caráter privado e válido, como de fato é. Não há como haver coisa julgada sem um contraditório mínimo.

De toda sorte, a relativa dispensa da necessidade de assistência técnica é uma forma de facilitar o acesso à justiça conciliativa. Há, contudo, que se ter a preocupação em não flexibilizar demasiadamente o contraditório e a segurança jurídica em prol de um resultado pragmático.

1.4 Dispensa de custas remanescentes

O instrumento do art. 90, § 3º, dispõe que “se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver” (Brasil, 2015a). No mesmo sentido, o art. 29 da Lei de Mediação informa: “solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais” (Brasil, 2015b).

Tal estratégia parece mais funcional, uma vez que oferece um estímulo material à autocomposição, gerando a expectativa de as partes economizarem em suas despesas. Eventual perda de receita pelo tribunal é compensada igualmente pela economia de encerrar o processo com antecipação.

Entretanto, tal qual os institutos anteriores, este também não está isento de polêmicas. Existe entendimento no sentido da inconstitucionalidade da aplicação do referido dispositivo à Justiça estadual, o que motivou o incidente de n. 0041017- 84.2018.8.19.0000 no TJRJ, bem como o Enunciado n. 43-A da Corregedoria do mesmo tribunal. Este dispõe que:

Não é aplicável à Justiça do Estado do Rio de Janeiro o disposto no art. 90, § 3º, do CPC/2015 (que informa a respeito de dispensa de custas processuais remanescentes no caso de transação/acordo antes da sentença), haja vista que é vedado, constitucionalmente, à União Federal conferir isenção de tributo da competência legislativa dos Estados, conforme artigo 151, III, da CRFB (Rio de Janeiro, 2016).

Assim, o CPC, enquanto lei federal, não poderia ter previsto uma hipótese de isenção tributária aplicável aos estados⁴.

⁴ A ADI 1444, de relatoria do ministro Sidnei Sanches, já havia reconhecido tratarem-se as custas judiciais de

Contudo, na arguição de inconstitucionalidade supracitada, acabou sendo acolhido, por maioria de votos, o parecer da procuradoria de justiça pela rejeição do pedido. O acórdão ponderou pela competência constitucional da União para legislar sobre direito processual, sendo nesse contexto específico lícito à lei federal dispensar as custas devidas a outros entes.

Até o momento, o dispositivo presume-se constitucional, mas não está de todo afastada a possibilidade de futuras divergências, sobretudo nos demais estados da federação. Além disso, o instrumento guarda limitações, uma vez que as custas remanescentes podem não somar valores tão elevados.

1.5 Redução de honorários pela metade

O art. 90, §4º, do CPC oferece um incentivo no sentido de que “se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade”(Brasil, 2015a). Embora não haja aqui nenhuma referência à transação, esta é análoga. O reconhecimento do pedido é um ato volitivo de submissão, no qual a pacificação ocorre de forma autônoma. Não deixa de ser um possível resultado positivo da autocomposição.

Apesar de útil, trata-se de um instrumento de aplicabilidade relativamente reduzida no contexto de conciliações, pois tem por requisito o reconhecimento expresso do pedido cumulado com o seu pagamento integral, situação menos comum. É interessante, contudo, considerar a hipótese de expansão da regra para os casos nos quais uma transação é formalizada. Sem dúvida, reduzir os honorários advocatícios poderia estimular as partes, mas desestimularia os patronos a se empenharem na obtenção do acordo. Ademais, a titularidade do direito em disputa é do autor ou do réu, não podendo a verba alimentar do advogado responder pela recusa do cliente em cooperar. Em sentido diverso, porém, talvez fosse cabível um acréscimo no percentual de honorários de sucumbência devidos pela parte derrotada no contencioso e que tenha, cumulativamente, se recusado a debater a proposta. Acréscimo esse que não seria devido no caso de o acordo ser obtido.

tributo.

1.6 Eficácia executiva do título

O art. 784, IV, do CPC conferiu força executiva ao “instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal”(Brasil, 2015a). A medida confere maior segurança aos interessados ao poderem cobrar judicialmente o cumprimento dos termos do acordo sem ter de atravessar a etapa de conhecimento, valorizando a autocomposição extrajudicial. Contudo, o dispositivo poderia ter mais ousado e, ao menos para os conciliadores e mediadores, que são terceiros imparciais, ter-lhes conferido a possibilidade de formular títulos executivos judiciais por delegação. Argumenta Souza (2015) ter a lei concedido à sentença arbitral tal prerrogativa, embora esta obviamente não se origine de um provimento judicial, mas de procedimento privado.

A discussão não é meramente conceitual. Embora ambos os títulos possuam eficácia executiva e seus procedimentos sejam mais ou menos análogos, apenas os judiciais são dotados da definitividade característica da formação de coisa julgada. Nos demais casos, tem-se a mesma segurança de qualquer contrato assinado por duas testemunhas, isto é, fica-se mais sujeito a impugnações.

Em sentido distinto, a proposta do PLS 517/2011 determinava que os acordos extrajudiciais incidentais no processo deveriam sempre ser homologados pelo juiz. E nos demais casos, poderiam ainda ter a mesma eficácia por equiparação, conforme dispunha em seu art. 21:

O termo do acordo obtido em mediação extrajudicial prévia equipara-se a título executivo judicial desde que o mediador que assina o termo de acordo seja reconhecido por instituição idônea, que atenda aos requisitos do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado em que exerça a mediação extrajudicial (Brasil, 2011, p.7).

Souza (2015) comenta que o PLS 405/2013 sugeria a homologação ser necessária caso o acordo versasse sobre direitos indisponíveis. Nos demais casos, seria opcional, mantida a diferença de eficácia entre os títulos. Foi nesse sentido que regulamentou a atual Lei 13.140/2015. O acordo só terá definitividade se homologado, e nos casos de indisponibilidade do direito em litígio, torna-se obrigatório, assim como a oitiva do Ministério Público (art. 3º, §2º).

Possivelmente o motivo para se ter concedido maior segurança à sentença arbitral do que à autocomposição extrajudicial é o fato de esta não se desenvolver em um espaço de contraditório adversarial. Não há um regramento específico quanto ao procedimento adotado,

havendo receio de que os acordos possam ser injustos. Mas com a maior institucionalização dos métodos, e a própria abertura do judiciário a uma cultura dialógica, talvez seja possível defender a inclusão do dispositivo no rol dos títulos reconhecidos judicialmente.

1.7 Outras sugestões

Observa-se que os instrumentos existentes estão envolvidos em maior ou menor grau em polêmicas. Esses aspectos mal resolvidos acabam sendo fontes de retrabalho, devido a impasses quanto ao procedimento, não havendo por vezes uma expectativa clara quanto à regra. Muitos insistem, por exemplo, em pedir homologação de acordo sem assistência de advogado, outros insistem em tirar a audiência de pauta quando apenas uma das partes não a deseja, outros ainda pedem a dispensa de custas remanescentes, o que ora é deferido, ora não.

Conquanto seja compreensível certa divergência acerca de tais mudanças recentes, a serem consolidadas com o tempo, é importante o esforço e o debate no sentido de conferir clareza e uniformidade ao tratamento dos institutos, sob pena de terem prejudicadas as suas utilidades. Além disso, permanece o anseio por regras mais eficazes para estimular as partes ao diálogo, sem abrir mão da voluntariedade que é essência do projeto.

Os autores que se ocupam do debate vêm tecendo algumas sugestões capazes de incrementar a aplicação do instituto. Pinho (2011), embora seja contra a obrigatoriedade da mediação, entende que deveria ser exigido do demandante a comprovação de que o mesmo tentou resolver o problema extrajudicialmente antes de ajuizar a ação. Não se fala aqui em um procedimento formal, mas de qualquer tentativa que demonstre não ter sido o processo a primeira opção do interessado. Seriam suficientes os protocolos de ligação para um *call center*, uma reunião com advogados, conversas por e-mail, ou outro meio de tratativa que demonstrasse a boa-fé do autor em colaborar pré-processualmente. Tal exigência atuaria como uma condição da ação (ou pressuposto processual), integrante do interesse jurídico de agir. Não demonstrado este, o processo haveria de ser extinto sem análise do mérito.

Pinho e Alves (2015, p. 64) entendem igualmente que o mediador poderia indicar “ao juiz a falta de colaboração de uma das partes para, sendo o caso, premiar a parte que colaborou” (caso ela seja perdedora, receber uma menor condenação em honorários de sucumbência).

Souza sugere inclusive que “havendo uma mediação em curso, fosse tentada em primeiro lugar a composição amigável também no que concerne a medidas de urgência” (2015, p.67). No art. 16, §2º, da Lei 13.140/15, é dito apenas que a suspensão do processo por ocasião da mediação não obsta do conhecimento de medidas de urgência pelo juiz ou árbitro. Deste

modo, mesmo já com a negociação em curso, as tutelas provisórias acabam sendo requeridas diretamente ao magistrado.

Souza (2015) defende ainda a importância de os acordos conterem um resumo da fundamentação fática e jurídica a ensejá-los, sobretudo aqueles celebrados junto à administração pública, a fim de dar segurança jurídica às autoridades e permitir a avaliação do ato administrativo. Concorda-se que a fundamentação é um requisito de publicidade e confere parâmetros para que seja apreciada a legalidade do acordo à ocasião da homologação judicial. Seria útil também um maior detalhamento das transações, ou a previsão legal de um conteúdo mínimo a ser observado, prevendo prazos de cumprimento, sanções pela inadimplência, faculdade de fiscalização etc.

Sendo assim, diversas são as ideias no sentido de inclinar o interesse das partes no caminho da autocomposição, bem como promover a qualidade das soluções por elas elaboradas. É um verdadeiro desafio de engenharia jurídica construir as bases para um novo modelo de procedimento que terá de interagir o tempo todo com interesses e emoções de atores sociais. A mudança cultural parece ser o ponto central da transformação. Mas ainda faltam mecanismos capazes de impulsionar objetivamente o interesse dos litigantes no sentido de tornar os benefícios da conciliação mais concretos aos seus olhos.

2 UM OLHAR ATRAVÉS DA TEORIA DOS JOGOS

Visando elaborar uma nova sugestão de instrumento jurídico de fomento, propõe-se, primeiramente, a compreensão da dinâmica da conciliação de uma perspectiva sociológica, pela reconstrução da posição e dos interesses dos atores envolvidos, de modo a entender como estes realizam as suas escolhas.

A referida teoria “consiste fundamentalmente na definição de um modelo de comportamento ‘racional’, de modo a permitir a maximização da utilidade frente a um conflito de interesses” (Molinari, 1998, p. 1238). Nascida no campo da economia, a proposta pretendeu substituir as hipóteses excessivamente abstratas das teorias tradicionais por uma análise mais realista, que contemplasse a interação dos fenômenos sociais, tendo sido posteriormente importada pelos mais diversos ramos das ciências humanas.

A teoria dos jogos objetiva, portanto, descrever o comportamento racional de atores em um contexto de interação em que o seu êxito depende da ação adotada por outro ator, sobre o qual não se tem controle. Há, portanto, um conflito de expectativas, o qual torna necessário ocupar o lugar de seu opositor e especular acerca da postura deste antes de formular a sua

própria, à medida que o resultado da interação é variável.

Tal abordagem tem por pressuposto a racionalidade dos agentes, isto é, o desejo de cada um de maximizar os seus lucros e minimizar os seus prejuízos. Isso não quer dizer que a dimensão psicológica ou emocional seja ignorada. É sabido que qualquer tentativa de enquadrar o comportamento humano em fórmulas, sobretudo as sujeitas à descrição matemática, é sempre uma simplificação das motivações envolvidas. Nem mesmo os atores econômicos no mercado seguem absolutamente a ação racional instrumental de Max Weber. O modelo democrático e cooperativo pauta-se pela racionalidade comunicativa, orientada pelo diálogo. De toda forma, o motor do autointeresse ainda é a essência do jogo, de modo que a apropriação pela teoria é válida, guardadas as proporções de que ela representa tendências e probabilidades lógicas, aplicáveis sobretudo a grandes populações, quando as idiosincrasias individuais tendem a desaparecer dentro da figura mais ampla.

Se aplicado ao contexto da autocomposição, o papel do conciliador seria, nestes termos, o de assegurar a racionalidade do jogo comunicativo, explicando suas regras. Deve-se trabalhar no sentido de fazer os interessados compreenderem quais são as variáveis em atuação que tipicamente afetam os resultados judiciais, esclarecendo os custos e riscos envolvidos. Seria recomendável ainda tornar claro que na conciliação não se busca a verdade real de quem tem razão, de modo a afastar o anseio moral dos envolvidos. Fazer qualquer tipo de concessão não implica uma derrota ou admissão de culpa. É antes uma escolha estratégica para administrar um possível prejuízo. Se o interessado conscientemente entender pela maior conveniência do procedimento contencioso, ou mesmo se recusar a um olhar racional, este é o seu direito, e o trabalho do conciliador está encerrado.

Passada à forma contenciosa do processo, em que a vantagem de um implica o prejuízo do outro – ao menos em linhas gerais – adota-se outra forma de competição, correspondente ao modelo fundamental do jogo de soma zero, do tipo ganha-perde. É bem verdade que tal lógica aplica-se melhor ao modelo tipicamente adversarial. Para o modelo cooperativo mais amplo, deve permanecer alguma noção de ganhos mútuos entre as partes, a viabilizar a existência do interesse de colaboração, nem que seja fundamentado na mera vantagem de reduzir despesas processuais, tempo de tramitação e desgaste emocional, variáveis aplicáveis a ambos os litigantes.

Mas se os participantes se dispõem ao diálogo, tem-se uma configuração mais interessante em que é mais provável um resultado com benefícios comuns, do tipo ganha-ganha. Nesse contexto, mesmo em situações de conflito patrimonial puro nas quais o crédito de uma parte implica o débito pela outra, é possível falar em uma margem de equilíbrio vantajosa a

ambas, tomando por pano de fundo a alternativa de uma sentença contenciosa relativamente imprevisível.

A conciliação passa por uma lógica parecida com a do jogo relatado acima, com as devidas alterações. Pensando em um litígio de natureza patrimonial, temos um valor máximo pretendido pela parte autora e a resistência do réu, que espera, se possível, não ter de pagar nada. A priori, nenhum dos dois tem o interesse de ceder. Então por que isso ocorreria? Primeiramente, deve-se perceber que a movimentação pela conciliação só ocorre porque por detrás há a pressão exercida pela espada do Estado, tal qual enunciado por Hobbes⁵ (2003). As partes só concordam em fazê-lo porque, do contrário, será feito do mesmo jeito por um terceiro.

E, tal qual em um jogo de *poker*, a aposta no resultado contencioso sujeita-se a um elemento de *alea*. Equacionando o benefício e a probabilidade de prejuízo, pode-se fazer uma estimativa de qual é o “preço” do risco que se está assumindo ao apostar. Isso só é possível porque há um elemento de aleatoriedade a tornar o resultado relativamente imprevisível. Se os jogadores pudessem ver as cartas um do outro, o acordo seria impossível: quem fosse vencer não teria por que concordar com um benefício menor. Por mais que se esteja convencido do seu direito, a verdade que emana do processo é sempre a resultante de um equilíbrio procedimental de forças. Pode-se falar o quanto quiser em busca da verdade real: em última instância, a decisão jurídica será sempre a verdade dos autos. A solução para uma lide não é unívoca, e dificilmente um advogado promete ao seu cliente tratar-se de “causa ganha”. Isso porque em um jogo, no qual a conclusão depende do comportamento adotado por outras pessoas, o desfecho é sempre variável. Tal não se limita ao processo de conhecimento. Se fosse possível ter certeza da cognição, de não haver erro judicial, de não surgir uma prova inesperada, mudança de jurisprudência ou má-fé da parte adversa, ainda assim haveria o risco de não se conseguir executar a dívida, por insolvência do devedor ou qualquer outro motivo. Assim, litigar é sempre fazer uma aposta. E o risco tem um custo, de difícil mensuração, mas ainda assim real, que precisa ser considerado em sua ponderação. Fazendo-se um cálculo de custo-benefício, no qual o custo corresponde à suposta chance de perder, pode-se concluir pela aceitação de um valor menor como uma escolha mais racional do que a persecução do benefício máximo.

Ainda que se diga que as partes não avaliam as propostas como se fossem

⁵ A esse respeito, Thomas Hobbes já havia ensinado com eloquência: “Porque as leis da natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém” (2003, p. 143).

computadores, em alguma medida esse raciocínio está implícito em seus pensamentos. Ponderar uma oferta com racionalidade implica colocar na balança as possibilidades de ganho e os riscos de perda do possível negócio. Para tanto, é necessário haver alguma segurança jurídica no sentido de os interessados, devidamente orientados por seus advogados, poderem apreciar suas chances de êxito e eventuais prejuízos, decidindo o que é melhor para eles. Por outro lado, se não houver alguma imprevisibilidade, tampouco haverá interesse na formação de consensos.

Mas não apenas a imprevisibilidade afeta a ponderação. Outra variável importante é o alto tempo de tramitação a que o processo pode chegar. Considerando o interesse em dispor tão logo possível do benefício, o tempo de espera também é traduzível em um custo, mas que afeta diferentemente autor e réu. Um desenvolvimento ágil tende a ser mais benéfico ao pretensor. Tendo uma expectativa de obter rapidamente o seu direito, terá um ímpeto menor em fazer algum tipo de concessão, não aceitando ofertas ou somente se estas forem muito elevadas. Já para o suposto devedor, a morosidade em geral trabalha a seu favor. Este não precisa ter pressa em satisfazer um débito que só será forçado daqui a muitos anos. Um maior tempo opera em seu favor, na medida em que pode usá-lo para cansar o adversário, forçando o equilíbrio do acordo para baixo.

Uma terceira variável a afetar a convergência de interesses são as despesas processuais. Estas condensam os gastos de custas, honorários advocatícios e periciais, multas, diárias de testemunhas etc. Em suma, todos os prejuízos que podem advir de eventual sucumbência e que podem ser evitados ou reduzidos caso se obtenha um acordo. Podemos entender que é o único critério que opera positivamente no sentido da realização da transação tanto para o autor quanto para o réu. Explica-se: um maior risco de improcedência motiva o autor a negociar, mas ao mesmo tempo desmotiva o réu, que está em vantagem. Um maior tempo de tramitação também incrementa a vontade do autor na conciliação, mas diminui a do réu. Somente as despesas processuais, que são ruins para ambas as partes, atuam na convergência de interesses. É atuando neste fator que localizamos os instrumentos mencionados anteriormente, relativos à dispensa de custas remanescentes e redução de honorários. Contudo, a técnica é limitada. O litigante detentor de benefício de gratuidade de justiça e assistência judiciária gratuita (Defensoria Pública), por exemplo, está pouco sujeito a sua influência.

Nesse sentido, podemos tentar sugerir uma expressão que sintetize a probabilidade de obtenção de acordo em um contexto de disputa patrimonial orientado pela racionalidade comunicativa. Identificamos aqui três variáveis principais possíveis de serem traduzidas em **custos de não-transação**: risco, tempo e despesas. Acerca da segunda, vimos que sua atuação

é ambígua, pois seu aumento favorece o interesse do autor em conciliar, enquanto a diminuição favorece o do réu. Em ambos os sentidos, uma variação demasiada implica um equilíbrio desfavorável, o que resulta na não realização do acordo ou na realização de um desvantajoso.

Podemos ensaiar então as seguintes fórmulas para obtenção do acordo.

O interesse das partes em conciliar corresponde à crença de que o proveito obtido no acordo é superior a sua pretensão original, subtraída dos custos e riscos de levar a demanda adiante. Simplificadamente: quando aceitar o acordo é mais econômico do que não aceitar.

Quando o autor crê que a proposta, embora menor do que acredita ter direito, compensa o montante renunciado, em vista dos custos de continuar com processo (despesas processuais, tempo e risco de derrota), este deseja aderir ao acordo. Por sua vez, o réu deseja acordar quando acredita, essencialmente, no mesmo, mas em sentido contrário. Isto é, o demandado se beneficia do acordo quando o risco de procedência da demanda é grande, a rapidez da solução é certa e as despesas são elevadas. Expresso de outra forma, tem-se:

Para o autor	Para o réu
$\frac{P - R - T - D_A + E_A}{O} \leq 1 \text{ Interesse no acordo}$	$\frac{P - R - T + D_R - E_R}{O} \geq 1 \text{ Interesse no acordo}$

P = Pretensão de condenação
 R = Risco de improcedência
 T = Tempo de tramitação

D_A = Despesas do Autor
 D_R = Despesas do Réu
 O = Oferta de acordo

E_A = Esperança do autor
 E_R = Esperança do réu

Em outras palavras, o autor busca uma oferta que, em sua avaliação, seja maior do que o benefício pretendido conjugado com seus custos. Já o réu, pretende fazer uma oferta menor que esse resultado. Mas se as partes ambicionam em sentidos opostos, onde está a possibilidade de acordo? Explica-se que há uma margem de interseção em que a autocomposição é possível a partir de dois fatores: as despesas e a esperança de ambas as partes. O primeiro foi discutido acima. O segundo elemento, a esperança do autor e do réu, foi incluído para representar a avaliação subjetiva que os interessados fazem das demais variáveis, acreditando serem estas mais favoráveis. Embora o tempo e o risco afetem os personagens em sentidos opostos, eles são valorados diferentemente por cada um destes. Um dos litigantes pode ter uma tolerância maior ao risco por ter boa capacidade de arcar com a sucumbência. Uma mesma medida de tempo

pode ser rápida para um e lenta para outro, que tem maior pressa em receber. Dentro dessa zona cinzenta, a qual varia conforme a expectativa dos participantes, é possível as partes concordarem em um valor que pareça vantajoso para ambas. Isso além da influência objetiva das despesas processuais, desmotivando o contencioso reciprocamente.

Percebe-se aqui que, tal qual no jogo hipotético de *poker* exemplificado, a esperança de vitória é uma variável que influencia negativamente. Se ambos os lados forem otimistas, ou estiverem emocionalmente determinados a vencer por razões psicológicas, a chance de formação de consenso é reduzida. Por outro lado, a probabilidade de acordo é ótima quando todos entendem as incertezas do processo e não estão confiantes de sua vitória. Isso não quer dizer, é claro, que o papel do conciliador seja destruir a esperança das partes. Se seu otimismo for justificado é bom que assim o compreenda e opte pela solução contenciosa para ver sua pretensão realizada por completo, afinal não se deseja também a celebração de acordos injustos. Mas dentro do possível, é interessante que o olhar dos interessados seja esclarecido e objetivo no sentido de contemplar as variáveis dentro de uma expectativa realista, compreendendo os casos em que conciliar realmente lhes é vantajoso. E o meio de fazer convergir tais expectativas não é outro senão a comunicação pelo debate. A dialética confronta os argumentos e as diferentes narrativas dos fatos, estabelecendo um terreno comum para as partes julgarem suas chances.

Percebe-se que o interesse patrimonial do autor e do réu na conciliação evoluem em sentidos opostos. Entretanto, existe um possível ponto de convergência, de difícil estimativa, em que os ânimos se sobrepõem. Isso é possível porque o processo contencioso cria despesas para ambas as partes, havendo um valor de acordo que seja tão bom para o autor que os custos não compensem aguardar a sentença e, ao mesmo tempo, mais barato para o réu em relação ao que seria condenado.

2.1 A conveniência de um ônus conciliatório

Podemos sustentar a existência de um dever legal de respeitar a esfera de direito do outro, não apenas se abstendo de violá-la, mas também de reconhecê-la e repará-la. Tal obrigação deriva diretamente, no âmbito do processo civil, do princípio da cooperação (art. 6º do CPC), bem como indiretamente do princípio constitucional da solidariedade social (art. 3º, I, da CRFB).

Observamos ainda, na sessão anterior, o mecanismo implícito da dinâmica de

autocomposição, com foco na conciliação de causas exprimíveis em valores patrimoniais.

Descobrimos que, enquanto a maioria das variáveis é ambígua, atuando ao mesmo tempo em sentidos opostos para cada uma das partes, as despesas são um fator de convergência, porque desestimulam todos os litigantes.

Ao mesmo tempo, Sztahn, Zylbersztajn e Azevedo afirmam que:

Sem qualquer restrição ao comportamento de interesse individual ou incentivo ao comportamento de interesse coletivo, a ação esperada para ambas as partes é a não-cooperação. [...] Para que o ganho coletivo possa ser realizado, é necessário que haja alguma restrição ou orientação ao comportamento das partes, de tal modo que as ações não-cooperativas sejam eliminadas (*apud* Souza, 2015, p. 39-40).

Nesse sentido, vem se sugerir a existência de um instrumento que, fundado no dever de colaboração, venha onerar com uma despesa a parte sucumbente que tenha se recusado a conciliar. A ambição é de um instituto que funcione como um catalisador para a conciliação. Na química, este é uma substância que reduz a quantidade de energia necessária para a reação ocorrer. E aqui também o seria. De forma um pouco semelhante, comentou-se na sessão 2.9 a opinião de Pinho e Alves (2015) quanto à possibilidade de o juiz premiar a parte que colaborou com uma menor condenação em honorários de sucumbência. Ideia parecida foi a que se chegou na sessão 2.5 ao se sugerir a ampliação de tais honorários para a parte que cumulativamente se recusar a cooperar e sucumbir no contencioso. Percebe-se que a proposta não é punir a parte por sua mera falta de cooperação, mas de lhe impor uma espécie de multa pela dupla imputação (recusa + derrota).

Há, provavelmente, várias formas de desenhar tal instrumento. Podemos sugerir uma.

2.1.1 Ônus conciliatório

O que chamamos aqui de Ônus Conciliatório poderia consistir em uma previsão de multa aplicável em percentual sobre a condenação final, com honorários advocatícios inclusive, a que o réu estivesse sujeito e fosse revertida em favor da parte autora. Para afastar a aplicação de tal multa, o réu poderia consignar nos autos, na sessão de conciliação ou por petição intercorrente, uma proposta de acordo, tolerado ainda algum parcelamento ou outro facilitador⁶.

⁶ Nesse ponto, sugere-se a possibilidade de adaptação das regras relativas à moratória legal previstas no art. 916 para o procedimento de conciliação no processo de conhecimento, como um direito potestativo do réu de oferecer uma proposta de pagamento e, uma vez aceita pelo autor, parcelá-la em até seis prestações mensais, sem que se opere contra ele o ônus conciliatório aqui proposto. Tal direito se fundaria na cooperação e boa-fé do réu em assumir um valor, ainda que não a integralidade do pretendido pelo autor

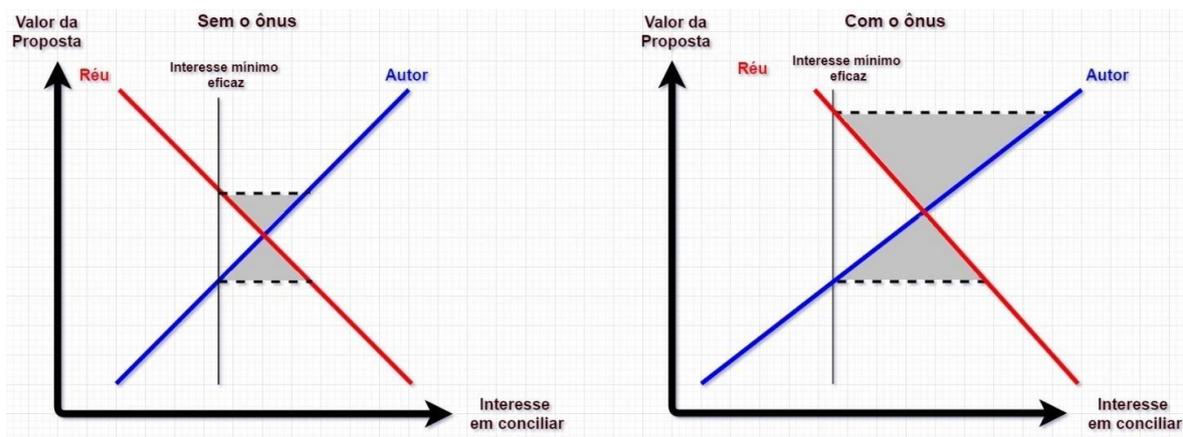
Independentemente da aceitação do pretense credor, a simples oferta reduziria o montante sobre o qual incidiria a pena em caso de derrota. Isto é, o percentual de multa seria calculado sobre o valor da condenação já abatido da proposta do réu. Na contramão, caso o autor viesse a perder, ou a vencer em proporção menor que o ofertado, seria lícito ao réu aplicar a mesma punição a ele, executando o valor ou compensando em relação ao que ainda tiver de pagar.

Para entender melhor, pensemos em um autor demandando o valor de R\$ 10.000,00. Se o réu se recusasse a fazer qualquer proposta e sofresse uma procedência total, teria de pagar a condenação acrescida de um percentual legal, digamos, de 25%, chegando a R\$ 12.500,00 ($10.000 + 25\% \times 10.000$). Caso entenda por bem se resguardar, o demandado poderia fazer uma proposta de acordo, por exemplo, de R\$ 5.000,00. Independente de aceitação, isso já faria a base de cálculo cair pela metade ($10.000 + 25\% (10.000 - 5.000)$), resultando em uma multa de R\$ 1.250,00, caso viesse a perder. Assim, uma oferta de 70% da pretensão autoral, nessas mesmas condições e supondo a procedência total do pedido, ensejaria uma multa de R\$ 750,00, enquanto uma de apenas 40% implicaria R\$ 1.500,00. Esta pena teria um caráter indenizatório, compensando o autor pelos transtornos e demora injustificada, dada a resistência do réu, ao passo que desestimularia uma litigância aventureira. Por isso, no caso de a oferta superar a condenação ao final, seria igualmente justo ao demandado ser indenizado pelo transtorno causado pela insistência do autor em uma pretensão a que não tinha direito.

É preciso insistir que tal acréscimo na sucumbência não é uma punição para obrigar a parte a conciliar. Não há constrangimento à renúncia. O ônus sugerido alcança apenas quem, tendo recusado a transacionar, concomitantemente perca a ação e seus eventuais recursos. Tal oneração é possível em vista do princípio ético da cooperação, da boa-fé e da economia processual. Não há de se causar espanto a proposta de uma multa sobre o litigante com o intuito de induzir um determinado comportamento, vez que isso já ocorre, por exemplo, nos arts. 523, §1º, 334, §8º, 500, dentre outros do CPC.

O instrumento descrito é interessante na medida em que atua como um estímulo material para os litigantes conciliarem, ao mesmo tempo compensando a parte adversa no caso de recusa. A penalização é feita na proporção em que o interessado se recusou a conciliar, assim como na que sucumbiu. Se fizermos uma representação gráfica da chance de conciliação aplicando-se o ônus conciliatório em comparação à não aplicação, teríamos o esquema a seguir.

na petição inicial, renunciar à contestação e voluntariamente satisfazer a obrigação, mesmo não havendo título executivo contra ele. Ao demandante, a necessidade de aceitar o parcelamento seria um pequeno inconveniente frente à efetiva satisfação do seu direito ainda na etapa de conhecimento, considerando que eventual cumprimento de sentença invariavelmente seria mais moroso e incerto.



Considerando que o referido ônus altera o ângulo de ambas as retas, inclinando-as para a direita, no sentido de um maior interesse conciliatório, tanto o autor estaria mais disposto a aceitar uma proposta um pouco menor quanto o réu estaria a fazer uma proposta um pouco maior. O resultado é um significativo acréscimo na área marcada em cinza, na qual é provável a obtenção de acordo. No gráfico acima, alterando-se o ângulo da reta em alguns graus no sentido de um maior interesse em conciliar, obteve-se uma região 4 vezes maior do que sem o referido ônus. Evidentemente, a inclinação da reta depende do percentual que se atribui à penalidade em discussão, fazendo a área de convergência de interesse variar. Neste gráfico não se quantificou um percentual específico.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, observa-se que a atual codificação vem empregando esforços para modernizar a forma de exercer a jurisdição em processos cíveis no Brasil. Embora os métodos de autocomposição já existam na história do Direito a uma longa data e se revelem como um modo natural de resolver crises jurídicas, o nosso Código de Processo Civil é ainda uma legislação relativamente recente, tornando claro que os institutos estão ainda passando por uma fase de redescobrimto.

Sabendo que os índices de conciliação estão ainda aquém do esperado, é fundamental que seja desempenhado um esforço crítico sobre a legislação, no sentido de promover uma engenharia jurídica dos instrumentos conciliatórios, tendo por foco de orientação o resultado útil e social do processo, e não a mera satisfação de procedimentos burocráticos ou de preceitos teóricos processuais.

Desta forma, o presente trabalho espera ter contribuído com uma ideia, passível de

críticas e necessárias adaptações, que seja, mas capaz de chamar atenção para a compreensão estratégica e pragmática do processo como uma resposta necessária à crise de quase estagnação do judiciário. A legislação já vem compreendendo a importância da instrumentalidade do processo e da flexibilização de seus procedimentos. A autocomposição processual é prova disso. Contudo, é sabido que alterações legislativas por si só não costumam ser suficientes para mudar a prática e cultura jurídicas, muitas das vezes arraigadas nas instituições. Para que transformações mais profundas possam se enraizar a ponto de a conciliação alçar a legitimidade de um paradigma processual, fazem-se necessárias intervenções mais ousadas para efetivar sua concretização. Neste contexto, um desenho racional da justiça conciliativa, considerando suas variáveis envolvidas, pode ser uma forma de obter um caminho estratégico para o acesso a uma ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. *In: Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 517/2011**. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101791#tramitacao_9481016. Acesso em 03/08/2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.135.955/SP**. Processo n. 2009/0073218-3. Intervenção do advogado quando da homologação judicial. Desnecessidade. Recorrente: Caixa Econômica Federal-CEF. Recorrido: Sindicato dos trabalhadores nas indústrias de alimentação e afins de Limeira. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, 12 de

abril de 2011. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1051639&num_registro=200900732183&data=20110419&formato=PDF. Acesso em: 20 jul. 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. Atlas, São Paulo, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021.

DAN, Wei. Mediação na China: passado, presente e futuro. *In*: **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual civil: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago/2011.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Seminário - O Poder judiciário e o novo Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Enfam, 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf> Acesso em 03 ago.2023.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Coleção clássicos do pensamento político. Petrópolis: Vozes, 1994.

MOLINARI, Ernesto. Teoria dos jogos. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Unb, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p.219-235, abr./jun. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 205, p.55-70, jan./mar.2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p55.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.4, n.1, p.245-277, 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Corregedoria Geral da Justiça. **Ementário sobre custas processuais**. Rio de Janeiro: Corregedoria Geral da Justiça, 2016. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1103721/ementario-sobre-custas->

processuais.pdf?v96. Acesso em: 03 ago. 2023.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. *In: **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça***. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

CONTRATAÇÕES DIRETAS REALIZADAS NO EXTERIOR POR ÓRGÃOS VINCULADOS AOS COMANDOS MILITARES

Direct hiring carried out abroad by agencies binded to the military commands

Marinês Restelatto Dotti*

Resumo: Estabelece o art. 1º, §2º, da Lei nº 14.133/2021, que as contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesse diploma, na forma de regulamentação específica a ser editada por Ministro de Estado. No âmbito do Ministério de Estado da Defesa, foram aprovadas as normas para as compras realizadas no exterior, pelos Comandos Militares, materializadas na Portaria GM-MD nº 5.175, de 15 de dezembro de 2021. O gestor público, quando realiza licitações ou contrata diretamente bens, serviços e obras, no exterior, não poderá se afastar de regulamentação específica, nem dos princípios e normas da Constituição e das leis conformadoras do interesse público.

Palavras-chave: Lei n.14/133/2021; contratações diretas; comandos militares.

Abstract: It was established at the 1st Article, & 2nd, from Law nº 14.133/2021, hirings carried out government departments based abroad will obey local characteristics and they will obey basic principles established in this diploma, in a specific regulation form to be edited for Minister of State. Under the Ministry of State for Defense rules were approved in respect of how to buy products abroad, by Military Commands, registered at Legal Ordinance GM-MD nº 5.175, on December 15th 2021. The public manager, when he does biddings or contract goods, services and works in a direct manner, abroad, he must comply as well as the specific law, the Constitutional principles and rules, and the laws in accordance with public interest.

Keywords: Law n. 14/133/2021; direct hiring; military commands.

Submissão: 03/08/2023

Aprovação: 23/08/2023

INTRODUÇÃO

Dispõe o art. 1º, §2º, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021¹, que as contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às

* Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada da União.

¹ Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: [...] § 2º As contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades

peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesse diploma, na forma de regulamentação específica a ser editada por Ministro de Estado.

Visando ao cumprimento do dispositivo citado, da nova Lei de Licitações e Contratações Públicas, coube ao Ministro de Estado da Defesa, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição Federal², aprovar as normas para as compras (também serviços, obras e alienações) no exterior dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, materializadas na Portaria GM-MD nº 5.175, de 15 de dezembro de 2021³. Essa Portaria enuncia, em seu preâmbulo, que suas disposições visam regulamentar o disposto no art. 1º, §2º, da Lei nº 14.133/2021. Seu Anexo I (artigos 1º a 68) dispõe a respeito das licitações e contratações realizadas pelos Órgãos de Obtenção no Exterior (OObtExt), vinculados ao Comando da Marinha, sendo eles: a Comissão Naval Brasileira em Washington (CNBW) e a Comissão Naval Brasileira na Europa (CNBE), sediada em Londres. O Anexo II (artigos 1º a 57) estabelece as normas para as compras no exterior do Comando do Exército. A Comissão do Exército Brasileiro em Washington (CEBW) é a Unidade Gestora (UG), vinculada ao referido Comando, responsável pelas aquisições e pelas contratações no exterior. Por fim, o Anexo III (artigos 1º a 133), da citada Portaria, estabelece as normas para as licitações e contratações realizadas no exterior pelas Comissões Aeronáuticas Brasileiras (CAB), sendo elas: a Comissão Aeronáutica Brasileira em Washington (CABW) e a Comissão Aeronáutica Brasileira na Europa (CABE), esta, também, sediada em Londres.

locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado.

² “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

³ “O Ministro de Estado da Defesa, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição Federal, tendo em vista o disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e considerando o que consta do Processo nº 60000.006091/2019-37, resolve:

Art. 1º Ficam aprovadas:

I - as Normas para as Compras no Exterior do Comando da Marinha, na forma do Anexo I;

II - as Normas para as Compras no Exterior do Comando do Exército, na forma do Anexo II; e

III - as Normas para as Compras no Exterior do Comando da Aeronáutica, na forma do Anexo III.

Art. 2º Os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica poderão editar atos complementares necessários ao cumprimento desta Portaria no âmbito dos respectivos Comandos.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor em 1º de julho de 2022”.

Os dispositivos da Portaria GM-MD nº 5.175/2021, destinados a regulamentar as contratações realizadas no exterior, pelos citados Comandos Militares, em cumprimento ao disposto no inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal⁴, estabelecem a regra da licitação prévia, medida que permite o acesso de interessados às contratações públicas, enseja aos órgãos públicos sediados no exterior a busca da proposta mais vantajosa, por meio da disputa que se realizará, e confere segurança jurídica à administração e também aos interessados na contratação. No âmbito do Comando da Marinha são admitidas as modalidades licitatórias pregão e concorrência. No âmbito do Comando do Exército, as contratações de serviços e aquisições de bens comuns utilizarão a forma de licitação denominada *Online Reverse Bid Auction*, a qual permite a condução de processo licitatório de maneira similar à modalidade pregão, na forma eletrônica, instituída no âmbito da União conforme legislação específica que a define. No âmbito do Comando da Aeronáutica são admitidas as seguintes modalidades de licitação para as contratações realizadas no exterior: concorrência, pregão, convite e diálogo competitivo.

Hipóteses de contratações diretas também estão contempladas na referida Portaria, ilustrando-se o afastamento da licitação (dispensa) em razão do valor, fixado em dólar americano ou ao equivalente em outra moeda estrangeira.

1 LICITAÇÕES INTERNACIONAIS (DEFINIÇÃO E REQUISITOS)

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 6º, inciso XXXV, define licitações internacionais como aquelas processadas em território nacional, admitida a participação de licitantes estrangeiros com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitações nas quais o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro. Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, o licitante brasileiro igualmente poderá fazê-lo, sendo que o pagamento feito ao licitante brasileiro vencedor da disputa será efetuado em moeda corrente nacional (Brasil, 2021a).

⁴ “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Nas licitações de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior, atender às exigências dos órgãos competentes e observar os seguintes requisitos (Brasil, 2021a):

- a) as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro;
- b) os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos; devem ser previstas regras de equalização de propostas, tendo por base o preceito contido no art. 52, §4º, da Lei nº 14.133/2021, com vistas a assegurar a comparação justa das propostas de licitantes estrangeiras com as de licitantes nacionais, em observância ao princípio da isonomia contido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal;
- c) as propostas de todos os licitantes estarão sujeitas às mesmas regras e condições, na forma estabelecida no edital; e
- d) o edital não poderá prever condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro, admitida a previsão de margem de preferência para bens produzidos no País e serviços nacionais que atendam normas técnicas brasileiras, na forma definida no art. 26 da Lei nº 14.133/2021.

Os requisitos retrocitados, previstos no art. 52 da Lei nº 14.133/2021, ajustam-se às licitações internacionais processadas em território nacional em que se admite a participação de licitantes estrangeiros. Em licitações nas quais o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro é que se amoldam as regras da Portaria GM-MD nº 5.175/2021.

2 PECULIARIDADES LOCAIS E PRINCÍPIOS BÁSICOS

Segundo o art. 1º, §2º, da Lei nº 14.133/2021, as contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesse diploma. O art. 5º contempla os princípios aplicáveis às licitações e contratações públicas, abrangendo as realizadas no exterior. Assim:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do

juízo objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (Brasil, 2021a).

A menção ao fato de que as contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior deverão obedecer às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos na Lei nº 14.133/2021, na forma de regulamentação específica a ser editada por Ministro de Estado, agrega significado importante, qual seja, o de que o gestor público está atrelado não só à regulamentação específica, no caso à Portaria GM-MD nº 5.175/2021, mas também aos princípios e normas da Constituição e das leis conformadoras do interesse público.

A obediência às peculiaridades locais, prevista no art. 1º, §2º, da Lei nº 14.133/2021, confere ao gestor público, desde que devidamente justificado, a possibilidade de moldar a contratação às específicas exigências de órgãos competentes estrangeiros e às regras de comércio internacional. Ilustra-se com a dificuldade de exigir-se, no âmbito das licitações e contratações no exterior, a comprovação de regularidade econômico-financeira por meio de declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento, pelo licitante/contratado, de índices econômicos e da demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios sociais (art. 69, inciso I, e §1º, da Lei nº 14.133/2021). As regras que regem a gestão financeira de empresas estrangeiras não são as mesmas das brasileiras, muitas vezes com acesso obstado por sigilo contábil, daí a possibilidade jurídica de moldar-se à análise da saúde financeira de empresa sediada no exterior com base em normas e condições diferenciadas às previstas na Lei nº 14.133/2021.

Ilustra-se, ainda, com a contratação de profissional, no exterior, para conduzir licitação. Segundo disposto no *caput* do art. 31 da Lei nº 14.133/2021, o leilão, modalidade licitatória aplicável à alienação de bens, móveis e imóveis, do patrimônio público, poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da administração. Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão. Caso seja definida a contratação de terceiro para a condução de certame no exterior, observar-se-ão as regras locais e aplicáveis a esses profissionais quando atuantes em processos destinados à alienação de bens, ou seja, observar-se-ão as peculiaridades locais aplicáveis à contratação de leiloeiros oficiais.

3 CONTRATAÇÕES DIRETAS BASEADAS NO VALOR

As repartições públicas sediadas no exterior, notadamente a Comissão Naval Brasileira em Washington (CNBW), a Comissão Naval Brasileira na Europa (CNBE), a Comissão do Exército Brasileiro em Washington (CEBW), a Comissão Aeronáutica Brasileira em Washington (CABW) e a Comissão Aeronáutica Brasileira na Europa (CABE) possuem autonomia administrativo-financeira para a contratação de bens, serviços e obras que visem atender a suas peculiaridades, podendo, para esse fim, formalizar processos de dispensa de licitação em razão do valor para o atendimento desses objetos.

No âmbito do Comando da Marinha, os artigos 1º a 57 da Portaria GM-MD nº 5.175/2021 dispõem a respeito das licitações e contratações administrativas realizadas pelos Órgãos de Obtenção no Exterior (OObtExt), enquanto os artigos 27 a 29 relacionam as hipóteses em que referidos órgãos estão autorizados a dispensar o procedimento licitatório. Como mencionado neste texto, a Portaria prevê o afastamento da licitação (dispensa) em razão do valor, fixado em dólar americano ou o equivalente em outra moeda estrangeira.

Destacam-se quatro requisitos aplicáveis às dispensas de licitação em razão do valor, inclusive às realizadas no exterior: o primeiro, a cautela do gestor público de não incorrer no indevido fracionamento de despesas; o segundo, a observância do princípio da padronização; o terceiro, o respeito à regra do parcelamento; e o quarto, a vedação à aquisição de artigos de luxo.

3.1 Fracionamento de despesas

Nas dispensas de licitação em razão do valor, cumpre ao órgão determinar as unidades e quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas (art. 40, inciso III, da Lei nº 14.133/2021), evitando-se, assim, o indevido fracionamento de despesas.

O fracionamento de despesas ocorre quando se efetivam várias contratações de objetos de mesma natureza, por dispensa de licitação em razão do valor, no exercício financeiro, ultrapassando-se o limite de valor previsto na norma de regência, descumprindo-se a regra da prévia licitação insculpida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Para fins de aferição do valor que atenda ao limite aplicável à dispensa de licitação, a ser formalizada no exterior, e para evitar o fracionamento de despesas, utiliza-se, por equivalência, o disposto no art. 75, §1º, incisos I e II, da Lei nº 14.133/2021, *verbis*:

Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade (Brasil, 2021a).

Considera-se ramo de atividade, segundo a Instrução Normativa SEGES/MGI nº 8, de 23 de março de 2023, que alterou a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021,

a linha de fornecimento registrada pelo fornecedor quando de seu cadastramento no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), vinculada: (a) à classe de materiais, utilizando o Padrão Descritivo de Materiais (PDM) do Sistema de Catalogação de Material do Governo federal; ou (b) à descrição dos serviços ou das obras, constante do Sistema de Catalogação de Serviços ou de Obras do Governo federal (Brasil, 2023).

A Instrução Normativa SEGES/MGI nº 8/2023, que utiliza o Padrão Descritivo de Materiais (PDM) do Sistema de Catalogação de Material do Governo federal para o fim de evitar-se o fracionamento de despesas, pode ser aplicada na hipótese de os bens a serem adquiridos no exterior encontrarem-se catalogados no referido sistema governamental.

3.2 Princípio da padronização

A observância do princípio da padronização deve considerar a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho. A especificação do bem efetivar-se-á, preferencialmente, conforme catálogo eletrônico de padronização, caso existente, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança (art. 40, §1º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021), sendo permitida a padronização com base em processo de outro órgão de nível federativo igual ou superior ao do órgão, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade e

dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial (art. 43, §1º, da Lei nº 14.133/2021).

Na hipótese de eleição de produto de determinado fabricante, para fins de padronização, importante constar em documento técnico a comprovação inequívoca de ordem técnica de que produto de marca similar, acaso existente, não tem qualidade equivalente e que somente a marca escolhida atende às necessidades específicas da administração.

3.3 Regra do parcelamento

As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala (art. 40, inciso V, alínea “b”, da Lei nº 14.133/2021). A regra do parcelamento do objeto advém, também, do verbete 247, da Súmula do Tribunal de Contas da União, *verbis*:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade (Brasil, 2004).

Segundo a Lei nº 14.133/2021, a regra do parcelamento não será adotada quando:

- I- a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;
- II- o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;
- III- o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo (Brasil, 2021a).

3.4 Bens de consumo de luxo

De acordo com o art. 20 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária

para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

§ 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo (Brasil, 2021a).

O Decreto nº 10.818, de 27 de setembro de 2021, regulamenta o disposto no art. 20 da Lei nº 14.133/2021 e estabelece a respeito do enquadramento dos bens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da administração pública federal, nas categorias de qualidade comum e de luxo, além de apresentar as definições de “bem de luxo”, “bem de qualidade comum” e “bem de consumo”.

4 FORMALIDADES

A Portaria GM-MD nº 5.175/2021, notadamente os dispositivos aplicáveis aos Órgãos de Obtenção no Exterior (OObtExt) vinculados ao Comando da Marinha, elenca importantes formalidades a serem observadas na instrução de processos administrativos de contratação direta. Assim:

Art. 30.

[...]

§ 3º O processo de dispensa e de inexigibilidade previsto nesta Seção será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso, nos termos do art. 28 desta norma;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço; e

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

[...]

Art. 52. A formalização do instrumento de contrato será obrigatória nos casos de concorrência, bem como nas dispensas e inexigibilidades, e facultativo nos demais em que se puder substituí-lo por outro instrumento hábil reconhecido pelas normas ou práticas locais.

[...]

Art. 54. Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação deverão atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

O art. 72 da Lei nº 14.133/2021, por sua vez, elenca os principais atos e documentos necessários à instrução de processos de contratação direta. Assim:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (Brasil, 2021b).

Do elenco de requisitos existentes na Portaria GM-MD N° 5.175/2021 e no art. 72 da Lei n° 14.133/2021, retrocitado, extrai-se a listagem de atos e documentos que, de ordinário, deve instruir processos de contratação direta baseados no valor (dispensa de licitação):

- a) abertura de processo administrativo contendo numeração específica. A abertura de processo administrativo, preferencialmente eletrônico, contendo numeração específica, serve de instrumento de apoio à administração e como elemento de prova e informação;
- b) documento de formalização de demanda por meio do qual a área requisitante evidencia a necessidade da contratação;
- c) plano de contratações anual, instrumento de governança, elaborado anualmente, contendo todas as contratações que se pretende realizar (ou prorrogar no exercício subsequente), com o objetivo de racionalizar as contratações, garantir o alinhamento com o planejamento estratégico e subsidiar a elaboração da respectiva lei orçamentária;
- d) 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 a documento técnico (termo de referência/projeto básico) a ser elaborado caso se conclua pela viabilidade da contratação; o órgão sediado no exterior deve justificar a não elaboração do estudo técnico preliminar que se evidenciar afastável, podendo desenvolver estudo técnico preliminar padronizado para contratações corriqueiras e de mesmo objeto;

- e) estimativa da despesa. Ressalte-se que, quando não for possível estimar o valor do objeto com base em fontes oficiais de consulta existentes no exterior, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos realizadas pelo órgão no mesmo ou em exercício anterior, solicitação formal de cotações a fornecedores por meio de valores por estes comercializados, cuja comprovação poderá efetivar-se por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até um ano anterior à data da contratação, ou por outro meio idôneo, conforme disposto no art. 23 da Lei nº 14.133/2021;
- f) documento técnico contendo os seguintes e principais elementos, integrantes do núcleo da contratação:
- definição do objeto, observado o princípio da padronização e a vedação à contratação de artigos de luxo (artigos 6º, inciso XXIII, alínea “a”, e 18, inciso II, e 20 da Lei nº 14.133/2021);
 - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, evitando-se, assim, o indevido fracionamento de despesas (artigos 6º, inciso XXIII, alínea “a”, e 40, inciso III, da Lei nº 14.133/2021);
 - valor unitário e/ou global do objeto (artigos 18, inciso IV, e 72, inciso II, da Lei nº 14.133/2021);
 - prazo para a entrega, que deverá efetivar-se em até trinta dias da ordem de fornecimento (art. 6º, inciso X, da Lei nº 14.133/2021), para o efeito de utilizar-se instrumento equivalente ao termo de contrato (art. 95 da Lei nº 14.133/2021), podendo ser justificada, em conformidade com “práticas locais”, a entrega do bem em período superior ao indicado no art. 6º, inciso X, da Lei nº 14.133/2021, também para o efeito de substituição do termo de contrato por instrumento equivalente;
 - condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material e, ainda, para o recebimento dos bens (art. 40, inciso IV, da Lei nº 14.133/2021);
 - prazo para pagamento a contar do adimplemento da obrigação pelo fornecedor (art. 6º, inciso XXIII, alínea “g”, da Lei nº 14.133/2021);

— percentual e base de cálculo à aplicação de multas, moratória e compensatória, para o caso de atraso na entrega ou descumprimento da obrigação pelo fornecedor (artigos 156, §3º, 162 da Lei nº 14.133/2021);

— fundamento jurídico da contratação.

g) parecer técnico, se for o caso;

h) demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa (art. 150 da Lei nº 14.133/2021);

i) eventual comprovação de que o fornecedor preenche requisito de habilitação e/ou qualificação mínima necessária, se for o caso, e conforme peculiaridades locais;

j) verificação da existência de eventual proibição para contratar com o órgão sediado no exterior, mediante consulta a sistemas de registro de sanções que abranjam pessoas físicas e jurídicas sediadas no exterior;

k) razão da escolha do fornecedor, exigência prevista no art. 72, inciso VI, da Lei nº 14.133/2021;

l) justificativa do preço, requisito necessário à instrução do processo de contratação direta baseada no valor, consoante dispõe o art. 72, inciso VII, da Lei nº 14.133/2021;

m) ato de autorização da contratação direta, pela autoridade competente (art. 72, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021), reportando-se às condições estabelecidas em documento técnico, de observância pelas partes contratantes;

n) publicação do ato que autoriza a contratação direta no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), observada a imposição de sigilo para o caso específico.

5 REGRAS APLICÁVEIS À COMPETÊNCIA DE FORO PARA DIRIMIR QUESTÃO CONTRATUAL ENVOLVENDO EMPRESA ESTRANGEIRA

De acordo com o art. 92, §1º, da Lei 14.133/2021,

os contratos celebrados pela administração pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses:

- I- licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação;
- II- contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, precedida de autorização do Chefe do Poder Executivo;
- III- aquisição de bens e serviços por unidades administrativas com sede no exterior (Brasil, 2021a).

CONCLUSÃO

De acordo com o art. 1º, §2º, da Lei nº 14.133/2021, as contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesse diploma, na forma de regulamentação específica a ser editada por Ministro de Estado. No âmbito do Ministério de Estado da Defesa, foram aprovadas as normas para as compras (também serviços, obras e alienações) realizadas no exterior, pelos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, materializadas na Portaria GM-MD nº 5.175/2021, a qual prevê a regra da licitação prévia e, em caráter excepcional, contratações diretas, inclusive com base na dispensa de licitação em razão do valor, fixado em dólar americano ou o equivalente em outra moeda estrangeira. Essas espécies de contratação não afastam o dever de o gestor público realizar o adequado planejamento da aquisição, acautelando-se para não incorrer no indevido fracionamento de despesas e, ainda, atender ao princípio da padronização e à regra do parcelamento, assim como a observância da vedação à aquisição de artigos de luxo.

Compras diretas, ou seja, sem licitação, inclusive as realizadas no exterior, exigem a abertura de processo, base jurídico-formal que acolhe e registra todos os passos dados pela administração rumo à contratação, lançando-se, como peças obrigatórias, os atos e documentos essenciais à sua instrução, dentre os quais: (a) documento de formalização de demanda; (b) plano de contratações anual; (c) estudo técnico preliminar; (d) estimativa da despesa/pesquisa de preços; (e) documento técnico (termo de referência/projeto básico) contendo os principais elementos integrantes do núcleo da contratação; (f) parecer técnico, se for o caso; (g) demonstrativo da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; (h) comprovação de que o fornecedor preenche requisito de habilitação e/ou qualificação mínima necessária, se for o caso e conforme peculiaridades locais; (i) verificação da existência de eventual proibição para contratar com o órgão sediado no exterior; (j) razão da escolha do fornecedor; (k) justificativa do preço; (l) ato de

autorização da contratação direta, pela autoridade competente; e (m) publicação do ato que autoriza a contratação direta no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), observada a imposição de sigilo para o caso específico.

Cada processo administrativo de contratação direta e de licitação deve contar com gestão que assegure a melhor utilização possível dos recursos públicos empenhados na contratação. O gestor público é o curador dos princípios da legalidade, da economicidade e da eficiência na atividade contratual da administração pública, competindo-lhe demonstrar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade, conforme disposto na Constituição Federal, *verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária (Brasil, 1988).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula n. 247**. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula/*/NUMERO%253A247/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMEROINT%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 11 ago.2023.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 10 ago.2023.

BRASIL. Ministério da Defesa. Portaria GM-MD n. 5.175, de 15 de dezembro de 2021. Aprova as Normas para as Compras no Exterior dos Comandos da Marinha, Exército e Aeronáutica. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 237, p.32, 17 dez.2021b.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Instrução Normativa SEGES/MGI n.8, de 23 de março de 2023. Altera a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, que dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no

âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 61, p.49, 29 mar.2023.

CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: comentários e quadros comparativos. Rio de Janeiro: Saraiva, 2021.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos de licitação e contratação**: Lei nº 14.333/2021. Porto Alegre: Ordem Jurídica, 2022.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **2000 perguntas e respostas sobre a nova Lei de Licitações e Contratos**: Lei nº 14.333/2021. Porto Alegre: Ordem Jurídica, 2023.

SAADI, Mário (coord.); WERNECK, Bruno; DEGUIRMENDIAN, Juliana; BARBOZA, Julio César Moreira; YOUSSEF, Laís Menegon; OLIVEIRA, Maria Cristina Mendes de. **Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) sistematizada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais**: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

EXPLICANDO PARTÍCULAS SUBATÔMICAS COM A FÍSICA

NEWTONIANA: UMA BREVE ANÁLISE DO RESP N. 1.977.172 – PR

*Explaining subatomic particles with newtonian physics: a brief analysis of REsp
n. 1.977.172-PR*

Humberto Tostes Ferreira*

Resumo: Este artigo busca realizar uma breve e não exauriente análise dos fundamentos jurídicos dos principais votos versados no julgamento do Recurso Especial n. 1.977.172 – PR, ocasião em que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por meio da aplicação analógica do artigo 107, inciso I, do Código Penal, compreendeu que a incorporação societária enseja a extinção da punibilidade do ente coletivo incorporado. Com isto, pretende-se verificar parte do estado atual da técnica penal e melhor compreender parcela do pensamento sobre a responsabilização penal de pessoas jurídicas de alguns dos julgadores que, naquela sessão, compunham a Seção especializada em Direito Penal. Assim, o fim mediato deste trabalho é contribuir com o desenvolvimento da dogmática criminal nacional buscando possíveis inconsistências na sua estruturação e na sua aplicação.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico; responsabilidade penal da pessoa jurídica; Superior Tribunal de Justiça; REsp n. 1.977.172 – PR.

Abstract: This article aims to do a brief and not an exhausting analysis of the legal arguments that sustain the main manifestations of the Special Appeal no 1.977.172 – PR trial, when the Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, applying by analogy the art. 107, I, from Brazilian Penal Code, which understood that the corporate incorporation extinguishes the penal liability of the incorporated legal person. With this, it is intended to verify portion of the current state of criminal law and better understand part of the thinking about criminal liability of legal entities of some of the judges who, in that session, made up the Section specialized in Criminal Law. Thus, the mediate purpose of this work is to contribute to the development of national criminal dogmatics, seeking possible inconsistencies in its structure and application.

Keywords: Economic Criminal Law; criminal liability of the legal entity; Superior Tribunal de Justiça; REsp nº 1.977.172 – PR.

Submissão: 20/03/2023

Aprovação: 23/08/2023

* Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Especialista em Direito e Processo Tributário pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pesquisador do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcello de Araújo Jr. (CPJM), da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

INTRODUÇÃO

A expansão do Direito Penal, também chamada de modernização, e o discurso de resistência a tal movimento, possível e hodiernamente, figuram como o maior embate dogmático do citado campo. Se de um lado há aqueles que compreendem que o *ius puniendi* estatal deve restringir-se aos delitos tradicionais – se opondo à modificação e pregando a retomada dos ideais iluministas –, de outro tem aqueles que buscam o desenvolvimento das Ciências Criminais – Criminologia, Política Criminal e Direito Penal – à luz da realidade do século XXI.

Da mencionada celeuma pelo monopólio de dizer o direito¹ – o qual existe, pelo menos, desde que Edwin Sutherland evidenciou a aplicação diferenciada da lei penal e cunhou o conceito “crimes do colarinho branco” –, novas formas de se compreender e combater a criminalidade surgiram, inclusive, dando azo a um novo ramo jurídico, o Direito Penal Econômico. Este, por sua vez, pode ser definido com base nos bens jurídicos que objetiva proteger e nas circunstâncias criminógenas que busca compreender e evitar. Assim, como a atividade delitiva econômica majoritariamente se dá por meio de pessoas jurídicas, autores como Luis Gracia Martin (2005, p. 63-64) o compreendem como o Direito Penal da Empresa, pois ele parece indissociável da responsabilidade penal de entes coletivos.

Em que pese o Constituinte de 1988 ter firmado na Carta Magna sua opção político-criminal em prol da responsabilização penal de pessoas jurídicas, o ordenamento jurídico nacional e, em grande parte, a doutrina pátria, até o momento, não trouxeram formas técnica e filosoficamente congruentes de concretizá-la, pois, para tanto, tomam como arrimo teorias e paradigmas desenvolvidos, exclusivamente, com base na responsabilização penal de pessoas naturais. Por sua vez, transparecendo um viés mais prático, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem buscado suprir a aludida deficiência à luz de casos concretos, estruturando soluções via *leading cases*. Outrossim, merece destaque o Recurso Especial – REsp – n. 1.977.172 – PR (Brasil, 2022), no qual o Superior Tribunal de Justiça – STJ – preencheu alegada

¹O campo jurídico é marcado pelo embate entre os agentes investidos de competência técnica e social para interpretar textos que consagram uma visão legítima do mundo social. Assim, pelo grau de formalização e de normatização, o cambiamento do direito e de sua interpretação incumbe majoritariamente aos agentes unguídos a tanto, como magistrados, membros do Ministério Público, advogados e professores, cada um com uma diversa formação de seu capital jurídico, moldado em razão de suas experiências profissionais e visão de mundo. Neste sentido, vide BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 212-213 e 217-218.

lacuna legal e, com base na aplicação analógica do art. 107, I, do Código Penal – CP² –, firmou posição acerca da extinção da punibilidade de entes morais em razão de incorporação societária.

Neste diapasão, sem qualquer pretensão de exaurir a temática, objetivando verificar o atual estado da técnica e de parte do pensamento da Corte Superior sobre a matéria, soa como pertinente a realização de uma breve análise dos fundamentos versados nos votos dos Excelentíssimos Senhores Ministros no supracitado REsp. Destaca-se que, com a devida vênia, bem como atento às limitações espaciais e de aprofundamento que o formato deste trabalho traz, pretende-se também tecer sucintos comentários às razões versadas pelos nobres julgadores com o fito único de fomentar o debate acadêmico e contribuir com a dogmática penal.

Aplicando o método dedutivo, objetiva-se a realização de uma pesquisa básica, bibliográfica e exploratória, de forma a analisar o aludido precedente e suas repercussões sob a ótica de parte da doutrina especializada. Assim, utilizando a bibliografia pertinente à técnica, em especial, legislação, doutrina e jurisprudência, busca-se realizar uma pesquisa jurídica qualitativa para defender a modernização do Direito Penal e das clássicas categorias da teoria do delito de modo a aprimorar a sistemática de responsabilização criminal de pessoas jurídicas.

1 BREVE EXPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.977.172 – PR (2021/0379224-3)

Faz-se fulcral ao presente trabalho uma sucinta e não exauriente apresentação das questões de fatos que ensejaram o REsp n. 1.977.172 – PR, a qual será seguida pela exposição do íterim processual, da questão jurídica levada ao STJ e, por fim, de breve relato dos votos proferidos pelos Excelentíssimos Senhores Ministros no julgamento ocorrido no dia 24/8/2022. Pontua-se que com tais exibições não se busca findar os debates sobre o tema ou representar a totalidade dos argumentos e compreensões dogmáticas que sustentaram os votos, bem como a decisão da Corte, mas apenas trazer substrato para uma possível reflexão acadêmica sobre a *ratio decidendi* do caso em estudo.

A origem remota do caso em análise é ação penal em que o Ministério Público do Estado do Paraná imputou à Agrícola Jandelle S.A. a suposta prática do delito do artigo 54, §2º, inciso V, da Lei 9.605, de 1983³, pelo descarte de resíduos sólidos, teoricamente, em desacordo

²“Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente.”

³ “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: § 2º Se o crime: V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena – reclusão, de um a cinco anos.” (Brasil, 1998).

com as exigências da legislação estadual. Após o recebimento da denúncia e o oferecimento de resposta à acusação, o juízo de primeira instância rejeitou preliminar nesta suscitada – qual seja, extinção da punibilidade da ré ante a sua incorporação pela Seara Alimentos Ltda. (Brasil, 1998, nota 3, p.4).

Por tal razão, a incorporadora impetrou mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, reafirmando a impossibilidade da persecução penal em comento, uma vez que a incorporação da ré culminaria no encerramento de sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, na aplicação analógica do artigo 107, inciso I, do CP. A Corte local concedeu a segurança, constando na ementa que:

[...] Arguida extinção da punibilidade pela extinção da pessoa jurídica denunciada - equiparação à morte do agente pessoa física. Impossibilidade de transcendência da pena. Argumentação que não se mostra desarrazoada. Comprovada a extinção da pessoa jurídica, única denunciada. Ausência de má-fé ou burla na incorporação. Reconhecimento e declaração de extinção da punibilidade com fulcro no art. 107, inciso I, do Código Penal. Segurança concedida. (Brasil, 2022, p.3-4).

O Ministério Público do Estado do Paraná impugnou o supramencionado acórdão por meio do recurso especial registrado no STJ sob o número 1.977.172 – 2021/0379224-3. Em síntese, nas razões recursais alegou ofensa aos artigos 4^o e 24^o, ambos da Lei 9.605, de 1998, assim como ao artigo 107, inciso I, do CP, fundamentando tal mácula na impossibilidade de aplicar-se, pura e simplesmente, o princípio da intranscendência da pena – artigo 5^o, inciso XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶, CRFB/1988 – às pessoas jurídicas, pois ele se restringiria às pessoas naturais, até como forma de evitar possível artimanha para esquivar-se da responsabilidade penal por meio da extinção formal do ente coletivo (Brasil, 1998, nota 3, p.4). O *Parquet* do Estado do Paraná também aduziu que as sanções penais de cunho patrimonial aplicáveis aos entes morais não se submetem à aludida ordem constitucional de intranscendência e buscou demonstrar que a normativa jurídico-penal aplicável às pessoas

⁴“Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” (Brasil, 1998, nota 5).

⁵“Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.” (Brasil, 1998, nota 5).

⁶“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” (Brasil, 1988).

naturais não incide automaticamente sobre as pessoas jurídicas, havendo adaptações e divergências no tratamento conferido a estas⁷.

Em contrarrazões recursais, aqui comentadas de forma brevíssima, a Seara Alimentos Ltda. – incorporadora – suscitou a incidência da Súmula n. 126 do STJ⁸ e contrariou os argumentos atinentes ao mérito apresentados pelo recorrente. (Brasil, 2022, p. 4). Por sua vez, o Ministério Público Federal se manifestou pelo provimento do recurso da seguinte forma: “Indevida no caso a aplicação da analogia para declarar extinta a punibilidade nos termos do art.107, inciso I, do CP, pois a responsabilização da pessoa jurídica submete-se à principiologia diversa da estabelecida para a pessoa física.” (Brasil, 2022, p. 4).

Por fim, consonante a sistematização realizada pelo Excelentíssimo Ministro Relator, cumpre informar que:

Na sessão de julgamentos do dia 10/5/2022, na Quinta Turma, apresentei meu voto pelo desprovimento do recurso especial, ao que se seguiu pedido de vista pelo douto Ministro JOEL ILAN PACIORNIK (e-STJ, fl. 957); quando da apresentação de seu voto-vista, porém, o colegiado decidiu transferir a esta Terceira Seção a competência para julgamento do feito, na forma do art. 14, II, do RISTJ, tendo em vista a relevância e ineditismo da questão aqui debatida (e-STJ, fl. 960).

[...]

A decisão da Presidência foi mantida pela Quinta Turma na sessão de julgamentos de 19/4/2022, em sede de agravo regimental, enquanto os sucessivos embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados em 10/5/2022 e 24/5/2022, com certificação do trânsito em julgado em 31/5/2022 (Brasil, 2022, p. 5).

Assim, como se percebe, o recurso foi admitido, sendo a controvérsia delimitada à “possibilidade de imputar à pessoa jurídica incorporadora a responsabilidade penal decorrente de ato praticado pela pessoa jurídica incorporada ou de aplicar, analogicamente, o artigo 107, inciso I, do Código Penal, extinguindo-se a punibilidade” (Brasil, 2022, p.17).

⁷ Neste diapasão, soa como interessante transcrever a síntese dos argumentos do recorrente realizada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik em seu voto: “Aduz que ‘[...] o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou que a extinção da pessoa jurídica se equipara à sua morte’ (fl. 883). Obtempera que o dispositivo constitucional que impede a intranscendência da pena foi constituído ‘[...] para dar segurança ao ser humano frente a arbítrios estatais. Não foram constituídos para entes coletivos, como destinatários’ (fl. 886). Pondera, também, que a intranscendência não alcança a reparação do dano nem a decretação do perdimento de bens, que podem recair sobre os sucessores, limitados ao valor do patrimônio transferido (fl. 886). Ao argumentar o equívoco da extinção da punibilidade da pessoa jurídica no caso, colaciona os artigos 28 e 29, ambos do Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n° 231, oriundo do direito italiano e o artigo 130.2 do Código Penal espanhol, a fim de demonstrar, no direito comparado, que ‘[...] a ideia de intranscendência da pena é destinada aos seres humanos e não às empresas’ (fls. 892/893)” (Brasil, 2022, p. 16-17).

⁸ “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (Brasil, 1995).

Na votação perante a egrégia Terceira Seção do STJ, foram proferidos quatro votos pelo provimento do recurso – versados pelos Excelentíssimos Senhores Ministros Joel Ilan Paciornik, Antônio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogério Schietti Cruz – e cinco votos pelo indeferimento – que, votando em semelhante sentido ao entendimento do Excelentíssimo Ministro Relator, foram expressos pelos Ministros Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDF, Sebastião Reis Júnior e Reynaldo Soares da Fonseca, este último, Presidente do julgamento e proferidor do voto desempate. Neste sentido, parece pertinente ao presente trabalho a sucinta exposição da fundamentação dos votos que trouxeram os principais argumentos ao julgamento.

1.1 Voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Ribeiro Dantas

O Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Ribeiro Dantas, relator do processo em questão, iniciou o seu voto fazendo uma breve recapitulação para abordar a admissibilidade recursal, bem como para delimitar a controvérsia. Quanto à última, ela foi fixada nos seguintes termos:

[...] ocorrendo a operação societária de incorporação de sociedade empresária, é possível imputar à incorporadora a responsabilidade penal por ato praticado pela incorporada? Ou cabe, nesse cenário, aplicar analogicamente o art. 107, I, do CP, para declarar a extinção da punibilidade pelo fim da existência da incorporada, como fez o acórdão recorrido? (Brasil, 2022, p. 8).

No tangente à abordagem da questão propriamente dita, esta foi realizada no tópico denominado “Incorporação de sociedade empresária e seus efeitos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica”, no qual o Excelentíssimo Ministro Relator trouxe a definição legal de incorporação, operação societária típica que marcaria o fim da sociedade incorporada, na forma normatizada pelos artigos 1.116⁹ e 1.118¹⁰, ambos do Código Civil – CC –, bem como pelo artigo 227¹¹ da Lei nº 6.404, de 1976. Ademais, foram abordadas as consequências da incorporação, em especial a sucessão de algumas obrigações da pessoa jurídica extinta pela

⁹“Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.” (BRASIL, 2002).

¹⁰“Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio” (Brasil, 2002).

¹¹“Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações” (Brasil, 1976).

incorporadora¹², merecendo destaque o seguinte trecho: “A operação não precisa, é claro, extirpar toda a estrutura econômica construída pela incorporada, sendo possível – e, na verdade, o mais comum – que a incorporadora aproveite em alguma medida o aparato criado pela outra sociedade” (Brasil, 2022, p.09).

Em sequência, ressaltou-se a distinção entre sanções criminais e obrigações civis, dando enfoque ao fato de que “a pretensão punitiva criminal não é uma obrigação, dela divergindo em suas fontes, estrutura e consequências”, passando a diferenciá-las nestas três searas (Brasil, 2022, p.10). Ao presente resumo, parece suficiente apenas a transcrição dos seguintes trechos:

Já a pretensão sancionatória deriva da conduta humana que configure ofensa material e formalmente típica, ilícita e culpável a um bem jurídico protegido pela norma penal, desde que seja punível a conduta.

(...)

Todas essas diferenciações demonstram que não é possível enquadrar a pretensão punitiva da transmissibilidade regida pelos arts. 1.116 do CC e 227 da Lei 6.404/1976, o que nos traz a uma conclusão intermediária: não há, no regramento jurídico da incorporação, norma autorizadora da extensão da responsabilidade penal à incorporadora por ato praticado pela incorporada (Brasil, 2022, p. 11).

Assim, após reconhecer possível lacuna no ordenamento jurídico pátrio para tratar da responsabilidade penal da extinção da pessoa jurídica incorporada, o voto em comento indicou a aplicabilidade do princípio da intranscendência das penas, insculpido no artigo 5º, inciso XLV, da CRFB/1988, e recomendou a aplicação por analogia do artigo 107, inciso I, do CP, ao caso, culminando no reconhecimento da extinção da punibilidade do ente moral incorporado em razão da sua “morte” (Brasil, 2022, p.11-12). Outrossim, soa como relevante trazer os seguintes pontos a lume:

[...] A compreensão sistemática da norma constitucional [princípio da intranscendência das penas, artigo 5º, inciso XLV, CRFB] também aponta nessa direção: se o sistema criminal admite a punição de pessoas jurídicas, em que pesem as peculiaridades que derivam de ausência de um corpo físico, não pode o sistema valer-

¹²Neste sentido, figura como interessante ressaltar os entendimentos de que: “Do ponto de vista da incorporadora, a operação traduz um modo de concentração da atividade empresarial capaz de torná-la mais eficiente ou rentável, ao mesmo tempo em que acompanha a assunção de responsabilidade pelas obrigações da incorporada e atrai a observância de deveres na esfera concorrencial. Para os Sócios da incorporada, seus títulos do capital social convertem-se em quotas ou ações da incorporadora, a quem agora estarão atrelados seus investimentos. Credores, contratantes e contratados passam a ver na incorporadora sua nova contraparte negocial, e em seu patrimônio a garantia de eventuais obrigações ainda existentes. Todas essas relações, como se vê, são marcadas pela continuidade, havendo somente uma *alteração subjetiva* em alguma delas, com a sucessão da incorporada pela incorporadora” (Brasil, 2022, nota 3, p. 9) [sic]. “Com efeito, como se extrai dos sobreditos arts. 1.116 do CC e 227 da Lei 6.404/1976, a sucessão da incorporada pela incorporadora se opera quanto a direitos e obrigações, e mesmo assim somente para aqueles compatíveis com a natureza da incorporação, como aponta Botrel [...]” (Brasil, 2022, nota 3, p. 10).

se dessas mesmas peculiaridades como fundamento para restringir garantias penais cujo exercício pela pessoa jurídica é, na prática, possível.
[...] se o direito pátrio não vê, nas idiossincrasias da pessoa jurídica, um entrave para seu apenamento na esfera criminal, lhe faltaria coerência se pretendesse retirar da pessoa jurídica garantias processuais importantíssimas, exatamente por ser a pessoa jurídica, em vez de natural. A pessoa jurídica de fato não tem vida biológica, mas tem uma vida ideal; do mesmo modo, não há para ela morte biológica, mas somente uma morte ideal, técnica, pela extinção de sua personalidade jurídica (Brasil, 2022, p. 12).

A argumentação lastreadora do voto do Excelentíssimo Relator também mencionou a existência de lacuna legislativa na seara processual penal, uma vez que inexistiria instrumento apto à transferência da sujeição passiva da ação penal. Desta forma, não seria possível a aplicação, por analogia, dos dispositivos do Código de Processo Civil concernentes à sucessão de partes, pois estes foram pensados para relações patrimoniais significativamente diferentes da pretensão punitiva estatal (Brasil, 2022, p.13).

Por fim, tomou-se o cuidado de expressamente delimitar que o raciocínio desenvolvido somente se aplicaria para a impossibilidade de a incorporadora suceder a incorporada e responder à ação penal ainda em tramitação, fazendo ressalva expressa de sua não incidência para os casos em que há operação fraudulenta visando ilidir a responsabilidade penal da incorporada ou quando houver sentença condenatória transitada em julgado (Brasil, 2022, p.14). Em tais casos, é cogitada “a desconsideração da incorporação, ou mesmo da personalidade jurídica da incorporadora, a fim de manter viva a sociedade incorporada até que a pena seja cumprida” (Brasil, 2022, p.14).

Portanto, é possível entender que, em suma, o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Ribeiro Dantas, se lastreia: na compreensão analítica de delito nos moldes do funcionalismo teleológico e Claus Roxin¹³; na indicação de lacuna legislativa no tangente à responsabilização penal de pessoas jurídicas incorporadas – desde que não se trate de operação empresarial fraudulenta e ocorrida antes da prolação da sentença penal; na inaplicabilidade do regramento referente às obrigações civis à responsabilidade penal de pessoas jurídicas; na aplicação ao caso em análise, por força da analogia, do artigo 107, inciso I, do CP, acarretando em extinção da punibilidade do ente moral incorporado em razão da sua “morte”.

¹³ Outrossim, o aludido professor alemão entende que “a pretensão sancionatória deriva da conduta humana que configure ofensa material e formalmente típica, ilícita e culpável a um bem jurídico protegido pela norma penal, desde que seja punível a conduta”, de maneira semelhante ao realizado por Claus Roxin ao expor os conceitos básicos do Direito Penal (Roxin, 1997, p. 193-195).

1.2 Voto-vogal do Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik

Bem como o Relator, o Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik iniciou o seu voto com a recapitulação do íterim processual (Brasil, 2002, nota 3, p.15-18). Adentrando ao mérito, de pronto fixou a celeuma como “a possibilidade de sucessão da responsabilidade penal da pessoa jurídica” (Brasil, 2002, p.18) e comentou sobre a escassez de debates acerca dos efeitos penais e processuais penais da extinção da pessoa jurídica no âmbito da dogmática nacional¹⁴

Em sequência, pedindo vênica para abrir divergência ao voto do Relator, passou a verter esforços argumentativos para firmar a impossibilidade de equiparação por analogia da incorporação de sociedades empresárias com a morte humana (BRASIL, 2022, p.18-19), destacando a principal característica desta, sua definitividade¹⁵. Nesta senda, valendo-se das lições de Bobbio sobre a integração normativa por meio da analogia¹⁶, o voto divergente firmou que esta requer identidade de características essenciais das situações em equiparação, bem como que entre a morte da pessoa natural e a morte da pessoa jurídica haveria apenas uma tênue semelhança, pois:

Como dito, na dimensão científica, a morte da pessoa natural resulta, inexoravelmente, no seu fim, inexistindo qualquer possibilidade de aproveitamento ou reaproveitamento corpóreo e psíquico tal como acontece na incorporação relativamente a ações, cotas e estabelecimento comercial.

Nesse modelo de reestruturação societária, ressalte-se bem, **uma concentração empresarial, a extinção da pessoa jurídica não representa, objetivamente, a sua morte, senão uma forma metamórfica, economicamente viável, de perpetuação de uma atividade com fins lucrativos.**

Mesmo quando absorvida, é de hialina clareza que a sociedade absorvida continua vivendo através da incorporadora. Evidente que há um objetivo em comum, representado pela união de esforços das sociedades, como medida salutar aos seus negócios.

Convenha-se que a incorporação significa a aglutinação de uma empresa em outra, da qual passa a fazer parte, ainda que perca a sua própria personalidade.

¹⁴ Neste ponto, soa como interessante colacionar a pontuação trazida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de que: “Diferentemente é a realidade de países como a Espanha, onde há maior aprofundamento do tema, devido, talvez, à expressa previsão da extinção da punibilidade do ente moral na hipótese prevista no seu artigo 130.2 do Código Penal espanhol” (Brasil, 2002, p.18).

¹⁵ A título de ilustração da exposição em comento, transcreve-se: “Portanto, apesar de serem muitas as formas pelas quais a pessoa humana pode morrer, irrefutável que só há uma forma de morte, que é o esvaimento completo da vida, distintamente do que ocorre em relação aos entes morais, que podem se extinguir pela dissolução e liquidação, por fusão ou incorporação. Característica fulcral da morte do ser humano é a definitividade. Com a passagem, o indivíduo não será capaz de praticar qualquer conduta, uma vez que os pressupostos essenciais da vida, corpo e mente, se divorciaram de forma peremptória” (Brasil, 2002, p. 19).

¹⁶ “[...] para fazer a atribuição ao caso não regulamentado das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, é preciso ascender dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências” (Bobbio, 1995, *apud* Brasil, 2022, p. 20).

É, nas entrelinhas, a transposição completa de uma empresa para o seio da outra e não a sua aniquilação (Brasil, 2022, p. 20-21, grifos nossos).

Acentuando a diferenciação, destacou-se que a morte humana é crime, enquanto a incorporação de entes coletivos é negócio jurídico lícito, não coadunando com o sistema jurídico reputar a reorganização societária como um canibalismo corporativo para impregná-lo com a ordinária antijuridicidade do homicídio (Brasil, 2022, nota 3, p.23) Em igual forma, com fulcro na redação do artigo 1.12217 do CC e do artigo 232¹⁸ da Lei nº 6.404, de 1976, asseverou-se acerca da anulação do processo de incorporação de sociedades empresárias – a qual pode ser requerida judicialmente pelo credor prejudicado –, fator que a torna incomparável à morte humana. Destarte, foi concluído que:

Com efeito, a genérica assertiva de que a morte da pessoa jurídica equiparada à da pessoa física acarreta, por analogia, a extinção da punibilidade com esteio no artigo 107, I, do Código Penal, ignora tais vicissitudes e peculiaridades. Como gizado anteriormente, **não se trata de desprezar as semelhanças, mas de apontar as incongruências que distanciam uma e outra e impossibilitam, por conseguinte, a integração de normas.**

Nem sempre é possível encontrar uma norma aplicável ao caso concreto, devendo o juiz valer-se das fontes do Direito para, nos casos de lacunas da lei, realizar a integração normativa. Nenhum dos métodos, dentre eles a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, se impõe necessariamente sobre o outro. [...]

Conforme a lição de Bobbio, deve-se perquirir a *ratio* do caso regulamentado, porque nela repousam os motivos pelos quais lhe atribuiu a lei determinada consequência jurídica. E a extinção do processo ou da pena se devem ao fato de que a morte humana é um fenômeno pragmaticamente impeditivo, razão pela qual se interrompe a persecução penal ou a execução da pena, impedindo que seus efeitos se espriem aos sucessores ou qualquer outro indivíduo que não tenha concorrido para a prática delitiva, corolário da vedação à transcendência da responsabilidade penal (Brasil, 2022, p. 22-23, grifos nossos).

Segundo o voto-vogal, reconhecer a extinção da punibilidade de pessoas jurídicas na forma do artigo 107, inciso I, do CP, equivaleria a conceder aos seus administradores a autonomia para dissolver a responsabilidade penal do ente moral mediante ato particular, elidindo assim a sanção penal (Brasil, 2022, nota 3, p.23). Ou seja, tal integração do ordenamento jurídico transformaria as incorporações, mesmo que lícitas, em obstáculo ao exercício do *ius puniendi*, “em assaz dissonância com a ordem jurídica” (Brasil, 2022, nota 3, p.23).

¹⁷Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles” (Brasil, 2022, nota 19).

¹⁸Art. 232. Até 60 (sessenta) dias depois de publicados os atos relativos à incorporação ou à fusão, o credor anterior por ela prejudicado poderá pleitear judicialmente a anulação da operação; findo o prazo, decairá do direito o credor que não o tiver exercido” (Brasil, 2022, nota 21).

Assim, concluiu-se que “a intransponibilidade da sanção penal afligida à pessoa jurídica é *suis generis*, devendo ser compreendida e tratada na medida de sua excentricidade” (Brasil, 2022, nota 3, p.23), razão pela qual seria possível a transmissão das penas às incorporadoras, as quais deveriam se valer de mecanismos cautelares prévios – “a *due diligence* necessária” (Brasil, 2022, nota 3, p.23) – para tomar ciência e ponderar sobre os riscos inerentes à operação (Brasil, 2022, nota 3, p.23). Neste sentido, afirmou-se que tal compreensão coaduna com a própria essência da ficção que é a responsabilidade penal da pessoa jurídica, opção político-criminal atenta à função preventiva do Direito Penal e à criminalidade econômica¹⁹.

Em continuação, utilizando-se da doutrina nacional e da doutrina espanhola, o Excelentíssimo Ministro dissertou sobre a aplicação dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas (Brasil, 2022, p. 24-25), assentando que o fenômeno é indubitável²⁰, mas não se trata de mera transposição porque, “pura e simplesmente, certos primados e garantias materiais não se amoldam às pessoas coletivas, como ocorre com a personalidade absoluta das penas” (Brasil, 2022, nota 3, p. 25). De tal forma, esta diferenciação necessária às nuances dos entes morais deve ser óbice à aplicação indiscriminada do princípio da intranscendência, na forma originalmente concebido para pessoas naturais, às pessoas morais²¹ (Brasil, 2022, nota 3, p. 26).

Por fim, o voto-vogal excepcionou que a única forma de extinção da pessoa jurídica que verdadeiramente se aproxima da *ratio* do artigo 107, inciso I, do CP, é a resultante da dissolução com liquidação, caso em que seria possível a aplicação do dispositivo. E, antes de se manifestar

¹⁹Para complementação da exposição, figura como interessante a transcrição do seguinte trecho do voto-vogal: “A cegueira deliberada não as escusará, consubstanciando fenômeno jurídico validamente balizado pelos dogmas pragmáticos da ficção jurídica, em si, que é a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por mais imaturo que o sistema penal e processual penal ainda possa ser na ordem jurídica nacional.

Não se pode olvidar que a justificativa deontológica para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, importada do tronco anglo-saxônico do Direito, está na elevação exponencial de complexidade das relações sociais, percebida a partir do Século XX, o que, por sua vez, propiciou a forja de novos modelos de criminalidade altamente sofisticados e perniciosos no universo empresarial.

Nesse contexto contemporâneo, permitir a extinção da punibilidade somente com a prova de uma eventual manobra de esquiva também fragiliza a função preventiva do direito penal, favorecendo e validando, à guisa de sucessões corporativas, prováveis mascaramentos ardilosos de condutas lesivas a um dos bens jurídicos mais caros e essenciais à humanidade: o meio ambiente” (Brasil, 2022, nota 3, p.23-24).

²⁰Soa como pertinente reproduzir a citação realizada no voto-vogal de Carlos Gómez-Jara Díez de que: “Dito de outra forma: ‘[...] las garantías procesales que asisten a las personas jurídicas en el proceso penal son exactamente las mismas que las de las personas físicas’” (Diez, 2017 *apud* Brasil, 2022, p. 25).

²¹ Neste sentido, colocou o Ministro redator do voto-vogal: “Apesar de não ser também no direito espanhol uma unanimidade, significa que: ‘Por un lado, la responsabilidad penal en casos de sucesión empresarial no es una transferencia de sanción y, en esta medida, no contraviene el principio de culpabilidad por el hecho propio y el de personalidad de las penas. Por otro lado, su fundamento no radica ni en un pretendido ilícito de la entidad originaria, ni en el acto posterior de reestructuración (fraudulenta). No es una regla de imputación o asignación de responsabilidad. Es una «no extinción de responsabilidad»: una perpetuación de responsabilidad, orientada a neutralizar la pervivencia de un estado de injusto previamente constituido. Se trata de un mecanismo de responsabilidad que convive junto al Derecho penal nuclear, pero que debe ser interpretado conforme a sus propios parámetros’” (Vives, 2022 *apud* Brasil, 2022, p.25).

pelo provimento ao recurso especial com a conseguinte reforma do acórdão proferido na origem, destacou que:

Hipoteticamente, remida de seus pecados mais vis, bem no seio da sociedade, a empresa poluidora poderá manter suas instalações, fábricas e atividades, operando, agora, com uma nova placa, estampada com sua metamórfica denominação. Conviverá, bem ao seu redor, com a mesma sociedade perplexa e impotente que testemunhou e suportou as atrozes agressões ao meio ambiente que a Carta Política professou preservar com seu instrumento mais contundente, a última *ratio* do Estado Democrático, o Direito Penal.

Enfim e ao cabo, **se hoje fosse concebível ao ser humano superar a morte ao depositar sua personalidade em algum dispositivo para futura realocação em outro corpo; ou incorporar sua personalidade à de outrem; quem sabe, até, cindir ou fundar personalidades; talvez nesse cenário hipotético, a lei explicitasse que para os casos de fusão e incorporação humanas não haveria extinção da punibilidade, porquanto não impediriam a continuação do processo [...]** (Brasil, 2022, p. 27-28, grifo nosso).

Ante o exposto, sinteticamente, é possível compreender que o voto-vogal fundou sua divergência na inaplicabilidade da analogia entre a morte humana e a incorporação de sociedades empresárias como método de integração normativa no tangente às repercussões penais, pois são fatos ontologicamente diferentes, possuindo formas e repercussões diversas, como a reversibilidade da segunda. Tal impedimento também se lastrearia na impossibilidade da mera transposição dos primados e garantias materiais às pessoas jurídicas, ainda que estas sejam titulares de direitos fundamentais, posto que eles foram pensados à luz das particularidades de pessoas naturais e, em certos aspectos, se demonstram incongruentes com entes coletivos.

Interessante também destacar a pontuação realizada pelo Excelentíssimo Ministro de que a responsabilização penal de pessoas jurídicas é uma ficção anglo-saxônica do século XX, criada ante a necessidade de se prevenir e reprimir a criminalidade ligada ao desenvolvimento de atividades econômicas por meio de entes morais, especialmente as lesões ao meio ambiente. Assim sendo, não coadunaria com a finalidade do instituto a extinção da punibilidade por meio da equiparação da incorporação de sociedade empresária com a morte humana, visto que a permitir mediante a comprovação de um negócio jurídico fragilizaria a função preventiva do direito penal, favorecendo e validando cogitáveis dissimulações ardilosas de condutas lesivas a bens jurídicos (Brasil, 2022, nota 3, p.24).

1.3 Voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz

Após relatar sucintamente o processo em análise (Brasil, 2022, p.29-31), o voto fixou que a controvérsia: “[...] cinge-se à possibilidade de transmitir à empresa incorporadora a

responsabilidade penal decorrente de ato praticado pela pessoa jurídica incorporada ou de aplicar, analogicamente, o art. 107, 1, do Código Penal, extinguindo-se a punibilidade” (Brasil, 2022, p.31).

Adentrando ao mérito, o Excelentíssimo Senhor Ministro iniciou sua abordagem declarando que desconhece julgado de outro Tribunal que tenha aprofundado no tema de Direito Penal em debate, “o qual, na sua essência, tem a ver com a própria razão de ser e a origem histórica do princípio da pessoalidade da pena” (Brasil, 2022, p.32). De tal forma, após expor parte da sentença da Casa de Suplicação de Lisboa em desfavor de Tiradentes, comentou-se, com fundamento na obra *Vigiar e Punir* de Michel Foucault, que o cambiamento das penas corpóreas para as penas restritivas de liberdade é marca da virada entre os séculos XVIII e XIX, sendo também característica do Iluminismo Penal o cerceamento da transposição da pena aos familiares do condenado (Brasil, 2022, p.32). Ainda, destacou-se que todas as Constituições brasileiras, à exceção da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, trouxeram em seu texto o princípio da impessoalidade da pena (Brasil, 2022, p.32-33).

Consequente, em semelhança ao Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik, o voto afirmou não haver completa identidade entre a morte humana e a morte de uma pessoa jurídica, reputando a segunda como fictícia, salvo na hipótese de falência, pois o ente moral deixaria de “existir somente naquela configuração original, mas, em virtude de mera operação societária, continua a atuar sob um novo formato, com um novo nome e eventualmente com uma nova diretoria” (Brasil, 2022, p.33), ou seja, “ela continua a existir como estrutura de prestação de serviços, de fornecimento de bens etc.” (Brasil, 2022, p.33).

Destarte, afastou-se a fraude como condição *sine qua non* da sucessão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, dado que operações, como a incorporação, ainda que realizadas de forma lícita, podem traduzir verdadeiro subterfúgio da justiça penal, entendendo como “intuitiva e usual”²² a realização de auditorias para sopesar os riscos e benefícios de modificações societárias. Asseverou-se também acerca da aplicabilidade dos tradicionais princípios e garantias penais e processuais penais aos entes morais, o que “deve ser feito *cum grano salis*” (Brasil, 2022, p.34), tendo em vista a incompatibilidade de alguns institutos com a persecução penal em comento, *verbi gratia*, “**como impor certas medidas**

²²É intuitivo e usual que se proceda a uma avaliação por meio de auditoria para tomar ciência da integral situação da empresa e sopesar o que será benéfico e prejudicial à incorporação, circunstância que interfere, inclusive, no preço do negócio a ser realizado. **Em suma, a empresa incorporadora, ao decidir realizar tal operação, recebe os ônus e assume os bônus do negócio**” (Brasil, 2022, p. 33-34, grifo do autor).

cautelares a uma pessoa jurídica (prisão preventiva, proibição de comparecimento a determinados locais, monitoração eletrônica)?” (Brasil, 2022, p.34, grifo do autor).

Por fim, antes de votar pelo provimento do recurso especial a fim de cassar a declaração de extinção de punibilidade, o Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz ponderou:

Entendo, assim, que deve ser relativizada essa transposição *tout court* do Direito Penal tradicionalmente aplicado às pessoas humanas (físicas) para o Direito Penal aplicado às pessoas jurídicas, tal qual sugere o exemplo de que ora se cuida, em que não há identificação, segundo penso, da *ratio essendi* que justifica a incidência do princípio da responsabilidade penal na atividade punitiva estatal.

Não se trata, enfim, de punir outrem, mas apenas **modificar formalmente** a pessoa jurídica que verá se responsabilizar pelo crime perpetrado pela empresa condenada, a qual, por uma **deliberada e consciente decisão daquela, se houve por bem incorporar**” (Brasil, 2022, p. 34, grifo do autor).

Em síntese, pode-se dizer que o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz se baseou nas diferenças entre a morte humana e a “morte” de uma pessoa jurídica, reputando a segunda como ficção, planejável, evitável e superável, razão pela qual não seria possível a aplicação da analogia como método integrativo no caso sob julgamento. Ademais, desenvolvendo o raciocínio que culminou em tal compreensão, destacou-se que, na responsabilização penal da pessoa jurídica, a aplicação de garantias penais e processuais tipicamente utilizadas para pessoas naturais deve ser realizada “*cum grano salis*” (Brasil, 2022, p.34), à luz das peculiaridades daquela, não sendo possível a simples importação e a pura aplicação de institutos.

1.4 Voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

O Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, presidente do julgamento em razão da ausência justificada da Excelentíssima Senhora Ministra Laurita Vaz, proferiu voto de desempate e, após resumir o íterim do processo em análise (Brasil, 2022, p.36-38), iniciou a fundamentação com “breve reflexão acerca da responsabilidade penal ambiental e sua função punitiva” (Brasil, 2022, p.38). Esta consistiu na transcrição dos artigos

2^{o23} e 3^{o24} da Lei nº 9.605, de 1998, para firmar a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas e apontar que resta em aberto a questão posta nos autos ora analisados – a preservação da imputação da pena ante a dissolução, por incorporação, do ente coletivo (Brasil, 2022, p.38-39).

Consequente, após definir incorporação com fulcro na redação do artigo 1.116 do CC e do artigo 227 da Lei nº 6.404, de 1976, afirmou-se que sanções penais não equivalem às obrigações ou direitos, sendo intransmissíveis, pois, “por terem natureza sancionatória, representativa o *jus puniendi* do Estado, possuem assim natureza personalíssima [...]” (Brasil, 2022, p.39). Desta forma, a extinção do ente coletivo pela incorporação, salvo em caso de comprovada fraude, acarretaria extinção da punibilidade por situação análoga à morte da pessoa física, restando afetadas a persecução penal ou a execução da pena (Brasil, 2022, p.39-40).

Depois foi ressaltada a “distinção fundamental no que tange à responsabilidade civil ambiental, não aplicável à espécie” (Brasil, 2022, p.40), pontuando que, nela, “a sociedade incorporadora assume integralmente a obrigação de reparar ou indenizar os danos preexistentes causados pela sociedade extinta, sucedendo-a, sob tal aspecto, a título universal” (Brasil, 2022, p.40). Objetivando robustecer a exposição, colacionou-se parte do artigo “Sucessão de responsabilidade ambiental”, de autoria de Luciana Vianna Pereira e publicado na Revista de Direito Ambiental (2011), o qual opta-se por aqui não esmiuçar, em razão de o seu raciocínio ser idêntico ao já demonstrado no voto em exposição²⁵.

²³“Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

²⁴“Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

²⁵A título de demonstração, transcreve-se o possível lastro central da linha de raciocínio em comento:

“No nosso entendimento, como já exposto no item 2.1.3, o conceito de passivo ambiental não é de todo relevante para a definição de sucessão da responsabilidade ambiental, em suas três esferas. As sanções, que não têm natureza de direito ou obrigação, nem decorrerem de negócio jurídico, embora possam ter seus custos equivalentes registrados contabilmente como passivos, não serão transmissíveis à nova sociedade. Por terem natureza sancionatória, representativa do *jus puniendi* do Estado, tem assim natureza personalíssima, nos termos da lei penal e da lei administrativa, não comportando transmissão a terceiros, ao que se equipara à nova sociedade, resultante da fusão ou incorporação.

No que diz respeito à responsabilidade penal ambiental, na medida em que ocorre a 'morte' das sociedades fusionadas e daquela que foi incorporada, extingue-se a punibilidade. Santiago, quanto à incorporação, entende que 'sendo a sociedade que cometeu a infração penal, a que foi incorporada, será inviável prosseguir na persecução penal ou na execução da pena, pois essa pessoa jurídica estará extinta'. Prossegue o autor tratando da sociedade incorporadora, para afirmar que a imputação do delito permanecerá possível, tendo em vista, que ao contrário da incorporada, esta não foi extinta.

A responsabilidade penal não é e nem pode ser considerada direito ou obrigação e que, segundo preceito fundamental inscrito no art. 5.º, XLV, da CF/1988 (LGL\1988\3). Assim, uma vez que a sociedade deixa de existir, a situação é análoga à morte da pessoa física, e, portanto, a pena aplicada ou a ser aplicada não poderá ser transmitida à sociedade sobrevivente. Assim, exceto se comprovada fraude, caso em que há de se reconhecer o

Antes de acompanhar o relator e negar provimento ao recurso especial, o Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca firmou:

Por fim, pontuo que em trinta anos de magistratura, **jamais vi substituição de parte no processo penal**. Isto é simplesmente impossível. Agride, *data venia*, a dogmática penal. Não posso conceber a transposição de conceitos do Direito Privado para um ramo jurídico que encontra arcabouço dogmático de índole constitucional e é a *ultima ratio* (Brasil, 2022, p. 42, grifo do autor).

Desta feita, em suma, o fundamento do voto de desempate perpassou pela diferenciação entre obrigações civis e sanções penais, firmando que as primeiras, consonante comando legal, são transmissíveis via incorporação de sociedade empresária, enquanto a segunda, por seu caráter personalíssimo, não. Assim, conseqüentemente, salvo a existência de fraude, o aludido pensamento conduz à extinção da punibilidade em razão de situação análoga à morte da pessoa física. Interessante também destacar a afirmação do Excelentíssimo Senhor Ministro de que “jamais viu substituição de parte no processo penal” (Brasil, 2022, p.42), fato impossível por agredir a dogmática penal, não sendo concebível “a transposição de conceitos do Direito Privado para um ramo jurídico que encontra arcabouço dogmático de índole constitucional e é a *ultima ratio*” (Brasil, 2022, p.42).

2 ANÁLISE DAS FUNDAMENTAÇÕES DOS VOTOS DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.172 – PR (2021/0379224-3)

Feita uma breve e não exauriente, mas, para este trabalho, suficiente, exposição da fundamentação dos votos do REsp nº 1.977.172 – PR, interessante se faz analisar os argumentos versados pelos Excelentíssimos Senhores Ministros. Adianta-se que, de nenhuma forma, pretende-se esgotar o assunto ou firmar, peremptoriamente, uma posição, objetivando-se, em verdade, fomentar e acrescer o debate doutrinário acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Para além do caso em estudo, também soa como proveitoso aproveitar o ensejo para tecer breves comentários sobre alguns pontos da responsabilização penal de entes coletivos, especialmente no concernente às cogitáveis insuficiências do estado da técnica criminal para concretizá-la de forma sistemática e filosoficamente congruente.

cometimento de tipo penal diverso do tipo ambiental que o precede, a sociedade sobrevivente da operação não pode ser chamada a responder criminalmente ou cumprir a pena imposta à sociedade extinta. A ação penal, no caso, prosseguirá contra a(s) pessoa(s) física(s), tendo em vista que segundo a jurisprudência, a imputação conjunta é obrigatória, mas deverá ser extinta quanto à pessoa jurídica incorporada ou fusionada” (Pereira, 2011, p. 57-114 *apud* Brasil, 2022, p. 41, grifos retirados).

2.1 Sucintos comentários acerca dos votos do Recurso Especial nº 1.977.172 – PR (2021/0379224-3)

Adentrando os possíveis erros, acertos e contradições das argumentações veiculadas pelos votos acima resumidos, opta-se por primeiro mencionar os que se posicionaram pelo indeferimento do recurso – compreendendo pelo cabimento da integração do ordenamento jurídico via analogia por meio da aplicação do artigo 107, inciso I, do CP, para casos de incorporação de pessoas jurídicas – e, após, os favoráveis ao recorrente. Antes, pedem-se as máximas vênias e alerta-se que as pontuações a seguir tem o fim único de fomentar o debate jurídico, bem como de incentivar e contribuir com o desenvolvimento da dogmática penal nacional.

No voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Ribeiro Dantas, dentre outros pontos, chama atenção a ponderação acerca da pretensão sancionatória, a qual “deriva da conduta humana que configure ofensa material e formalmente típica, ilícita e culpável a um bem jurídico protegido pela norma penal, desde que seja punível a conduta” (Brasil, 2022, p.11). Tal conceituação é divergente da compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF – no Recurso Extraordinário – RE – nº 548.181 – PR, de que, no Brasil, vige a autorresponsabilização²⁶ das pessoas jurídicas, modelo que, por sua vez, em contraposição à chamada heterorresponsabilidade, possibilita a responsabilização penal de entes morais por fatores que somente a eles dizem respeito – de forma autônoma, independentemente da transferência de responsabilidade individual da pessoa natural que age em nome do ente coletivo (Souza, 2021, p.212).

Ademais, a definição veiculada no voto do Excelentíssimo Relator em muito se aproxima da concepção analítica de crime erigida por Claus Roxin (1997, p. 193-195), em especial por mencionar expressamente a punibilidade como componente do delito e requisito de existência da pretensão sancionatória. Neste diapasão, surge outra possível incongruência com o sistema de responsabilização penal de entes coletivos, pois o funcionalismo teleológico, na forma estruturada pelo aludido professor alemão, alicerça o conceito de ação penalmente relevante na manifestação da personalidade humana, tomando o ser humano como centro

²⁶ Em suma, o modelo de autorresponsabilidade visa à responsabilização penal da pessoa jurídica de forma autônoma, independentemente da transferência de responsabilidade individual da pessoa natural que age em nome do ente coletivo (Souza, 2021, p. 211-212).

anímico espiritual da ação e, conseqüentemente, o único capaz de praticá-la para fins penais²⁷(Souza, 2021, p.245).

Mesmo que soe como acertada a indicação de lacuna legislativa no tangente às conseqüências da incorporação de sociedades empresárias sobre a responsabilização penal do ente coletivo incorporado, a sugestão da pura e simples aplicação do princípio da intranscendência das penas e do artigo 107, inciso I, do CP, via integração por analogia não parece ser a melhor solução técnica para questão. Isto porque, como apontado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik em seu voto – à frente melhor abordado –, não há um verdadeiro paralelismo entre a morte humana e a incorporação de sociedades empresárias, o que obstaría o referido suprimento de falta legislativa.

Outrossim, parte da doutrina penal, para quem o artigo 5º, inciso XLV, da CRFB/1988, traria o princípio da personalidade ou da imputação pessoal, compreende pela inaplicabilidade de tal princípio às pessoas jurídicas, pois estas sequer seriam penalmente imputáveis. Em exemplificação, transcreve-se parte do entendimento de Alessandro Baratta:

a) Princípio da imputação pessoal ou princípio da personalidade. A pena pode ser aplicada somente à pessoa ou às pessoas físicas autoras da ação delitiva. O princípio da personalidade exclui toda forma de responsabilidade objetiva, ou pelo fato de outro, e, por isso, a aplicação de sanções penais por violações aos direitos humanos que não podem ser reconduzidos mediante uma relação causal direta ao comportamento de pessoas físicas. Dali derivam limites rigorosos para a conformação de figuras penais de perigo abstrato (G. Fiandaca, 1984). **O princípio da imputação pessoal se refere a pessoas físicas e exclui, por isso mesmo, toda forma de responsabilidade de pessoas jurídicas e de entes morais.** Poder-se-ia objetar que impondo esse limite ao sistema penal, renuncia-se à defesa diante das violações – inclusive graves – dos direitos humanos, que derivam de ações de complexos organizados, como, por exemplo, sociedades ou empresas, nas quais resulta difícil localizar os responsáveis individuais, enquanto que, ainda quando isso fosse possível, os verdadeiros beneficiários do lucro da atividade delitiva permaneceriam fora da ação repressiva.

Não obstante, um argumento desse tipo, em lugar de ser invocado para estender a responsabilidade penal a pessoas jurídicas, pode ser melhor utilizado para indicar os limites estruturais do sistema penal par enfrentar algumas das situações socialmente mais negativas. Se se renuncia ao mito da onipotência do sistema penal e à tentação de superar os limites tradicionais que se lhe impõe um Estado de Direito, poder-se-á enfrentar com maior realismo o problema das

²⁷ Acerca dos cogitáveis limites da aplicação do funcionalismo teleológico de Roxin para a criminalidade envolvendo entes morais, soa interessante pontuar que ele, diferentemente do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha), não admite a aplicação da autoria mediata pelo domínio da organização no âmbito empresarial. Neste sentido, sobre a necessidade de se penalizar a pessoa jurídica, José Maria de Castro Panoeiro destaca que: “[...] o cometimento de crimes em benefício da pessoa jurídica não vê na punição de empregados e dirigentes, necessariamente, fator de intimidação, na medida em que tais pessoas podem ser facilmente substituídas no mercado. Assim, embora determinada pessoa não possa se beneficiar de sucessivas reparações do dano, a substituição dos autores (pessoas naturais) dos delitos, abriria espaço a que a pessoa jurídica fizesse ineficaz a sanção penal. Esta segunda ponderação reforça a necessidade de se discutir a responsabilidade penal da pessoa jurídica” (Panoeiro, 2014, p. 132).

violações dos direitos humanos que derivam da ação de grandes complexos organizados, por meio de sanções e desincentivos, que mais além do sistema das penas pessoais e com maior eficácia, podem golpear a organização em seu núcleo essencial, ou seja, em sua liberdade de operação e em seu patrimônio (Baratta, 1987, grifo nosso).

O pensamento do ilustre professor italiano encontra diversos adeptos, como Juarez Cirino dos Santos²⁸ no Brasil, e variações ao redor do mundo, em exemplo, a Escola de Frankfurt, os quais militam por um “direito penal mínimo”, referindo-se, entre outras ideais, à retomada do direito penal da ilustração²⁹. Sem embargos de maiores aprofundamentos em outros escritos³⁰, no tangente à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, para o presente trabalho figura como suficiente a sucinta exposição de parte da intelecção de Fernando Galvão, para quem este embate já foi exaurido com a publicação da Constituição da República de 1988 e “feita a opção política, cabe aos operadores construir o caminho dogmático necessário à realização da vontade do legislador” (Galvão, 2017, p.24). Também é preciso ter em mente que as garantias clássicas do Direito Penal foram estruturadas há quase 300 anos, no chamado período da ilustração, e tomaram apenas o ser humano como centro anímico do Direito Penal, sem refletir sobre sua aplicação aos entes morais, sendo plausível a ocorrência de diversas incompatibilidades ou adaptações na sua hodierna efetivação.

Portanto, não parece correta a simples aplicação do artigo 5º, inciso XLV, da CRFB/1988, sem qualquer adaptação, às pessoas jurídicas³¹, haja vista as particularidades destas, como, *verbi gratia*, a anulabilidade da operação de incorporação – o que, até o momento, é impossível em se tratando da morte humana. Assim, como bem pontuado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik em seu voto, “a intransponibilidade da sanção penal afligida à pessoa jurídica é *sui generis*, devendo ser compreendida e tratada na medida de sua excentricidade” (Brasil, 2022, p.23).

Ainda sobre a analogia que conduziu o voto vencedor no REsp nº 1.977.172 – PR, pode-se compreender pela existência de certa incongruência no tangente à sua realização e à

²⁸Neste sentido, o referido autor parafraseia o trecho da obra de Alessandro Baratta transcrito e, após mencioná-lo em nota de rodapé, afirma que o princípio da responsabilidade penal pessoal “limita a responsabilidade penal aos seres humanos de carne e osso, com exclusão conceitual da pessoa jurídica, incapaz de culpabilidade [...]” (Santos, 2012, p. 31).

²⁹Tal proposta, no entendimento de Jesús-María Silva Sánchez, seria não só anacrônica, como também ucrônica, pois os ideais liberais, aos quais a Escola de Frankfurt propõe o retorno, nunca existiram na prática. (Silva Sánchez, 2013, p. 177-178).

³⁰Como os iniciados em: FERREIRA, Humberto Tostes. Samarco Mineração S/A e a necessidade de se repensar a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil. *In*: CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOIRO, José Maria. **Criminalidade econômica e empresarial**: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2022, p. 449-465.

³¹Como sustentando pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Relator no REsp nº 1.977.172 – PR (Brasil, 2022, nota 3, p. 12).

ressalva expressa concernente às possíveis fraudes em operações societárias fraudulentas como forma de ilidir a responsabilidade penal da incorporada, isto porque tal hipótese aparta a morte humana e a incorporação de entes morais para, plausivelmente, descaracterizar a suposta semelhança entre elas – a qual daria azo à aplicação do mesmo direito. A irreversibilidade é marca ainda indelével da morte humana³² e um dos arrimos da intranscendência da pena, traço que inexistente nas operações societárias de modificação da personalidade jurídica, passíveis até mesmo de anulação por credores – na forma do artigo 232 da Lei nº 6.404, de 1976 – ou de ser simulada, como comentado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Ribeiro Dantas.

Neste sentido, o ordenamento jurídico nacional permite que uma pessoa jurídica – uma construção técnica do Direito, vale lembrar –, por meio de operações tipicamente societárias, se extinga sem que seu estabelecimento – aqui no sentido técnico do Direito Empresarial – sofra uma vírgula de alteração para além do ente moral empresário, permanecendo intocáveis todos os fatores organizados para produção – bens, mão de obra, aviamento etc. – e até mesmo as pessoas naturais que efetivamente controlam e lucram com a sociedade empresária. Aliás, o próprio voto do Excelentíssimo Ministro Relator, de certa forma, reforçou a possibilidade em comento, pontuando que tal aproveitamento da estrutura criada pela incorporada é o mais comum³³. Disto isto, remonta-se ao bardo e indaga-se: “O que há num nome? O que chamamos rosa teria o mesmo cheiro com outro nome” (Shakespeare, 2011).

Finalizando os breves comentários ao voto do Excelentíssimo Relator, cumpre ainda ressaltar uma cogitável inconsistência na afirmação da inaplicabilidade das disposições do Código de Processo Civil relativas à sucessão das partes ao processo penal, isto porque elas foram “pensadas para relações patrimoniais bastante diversas da pretensão punitiva estatal [...]” (BRASIL, op. cit., nota 3, p. 13). A alegada incompatibilidade germinal também pode ser suscitada para o princípio da intranscendência das penas, pois não há uma verdadeira equivalência entre a morte humana e a criação técnico-jurídica que é a extinção de uma pessoa jurídica – que, por diversas formas, pode continuar o efetivo desempenho da empresa, no sentido técnico do Direito Empresarial, em idênticos moldes, somente alterando a sociedade empresária.

³²Ilustrando a fatalidade e a inevitabilidade da morte para os seres humanos, o Excelentíssimo Senhor Ministro Ribeiro Dantas transcreveu o seguinte trecho de *O auto da Compadecida*, de Ariano Suassuna: “Cumpriu sua sentença e encontrou-se com o único mal irremediável, aquilo que é a marca de nosso estranho destino sobre a terra, aquele fato sem explicação que iguala tudo o que é vivo num só rebanho de condenados, porque tudo o que é vivo morre” (Suassuna, 2018 *apud* Brasil, 2022, p.12).

³³“A operação não precisa, é claro, extirpar toda a estrutura econômica construída pela incorporada, sendo possível – e, na verdade, o mais comum – que a incorporadora aproveite em alguma medida o aparato criado pela outra sociedade” (Brasil, 2022, nota 3, p. 9).

Quanto ao voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, chama atenção sua timidez em adentrar o tema do ponto de vista da dogmática penal, visto que os seus maiores esforços foram vertidos para sobrelevar as diferenças entre obrigações civis e sanções penais – em especial o caráter personalíssimo destas – e a consequente inaplicabilidade da sistemática legal de sucessão das primeiras às segundas. Pouco é efetivamente dito sobre responsabilidade penal de pessoas jurídicas, sua origem, razão de ser ou acerca das formas de concretizá-la, limitando-se o voto a firmar razões semelhantes ao do Relator para aplicação via analogia do artigo 107, inciso I, do CP, ao caso em apreço.

Por sua vez, pode-se compreender que o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik se centrou na diferenciação entre a morte humana e a incorporação de sociedades empresárias, trazendo interessantes ponderações e robustos elementos de convicção a respeito da impraticabilidade da integração normativa via analogia como realizado pelo Ministro Relator. Merece sobrelevo a principal diferença entre as aludidas situações, qual seja, sua definitividade, uma vez que, diferentemente da morte humana, operações societárias podem ser revertidas, moldadas, anuladas, planejadas etc., frequentemente ao bel-prazer dos envolvidos – e a extinção da punibilidade do ente moral em razão de tais negócios jurídicos, em último caso, poderia equivaler à concessão aos administradores de poderes para dissolver a responsabilidade penal da pessoa jurídica mediante ato particular (Brasil, 2022, p. 23).

Também cumpre destacar o aparente acerto na explanação sobre as peculiaridades da responsabilização penal de entes coletivos e acerca da necessidade de se atentar a tais particulares no quando da aplicação do ordenamento jurídico, especialmente no relacionado à opção político-criminal de combate à criminalidade econômica e à função preventiva do Direito Penal. Razões pelas quais se concluiu que “a intransponibilidade da sanção penal afligida à pessoa jurídica é *sui generis*, devendo ser compreendida e tratada na medida de sua excentricidade” (Brasil, 2022, p. 23).

Outrossim, em adendo acerca das escolhas estatais no âmbito das persecuções penais, interessante mencionar a compreensão de Luis Gracia Martín de que o Direito Penal liberal, o dito Direito Penal da Ilustração, nunca existiu na prática como um ideário de liberdade e de proteção do cidadão ante o Estado e, em verdade, sua estruturação se deu como um mecanismo para a exclusão da criminalidade relacionada às classes mais abastadas do escopo da repressão, acarretando uma histórica predileção político-criminal pela delinquência oriunda dos estratos inferiores da sociedade (Gracia Martín, 2005, p. 130). Considerando que a maior parte das atividades econômicas se dão por meio de pessoas jurídicas, é de se cogitar que a aludida leniência também influencie a academia ao estruturar os seus dogmas e estudos sobre a

responsabilização criminal de entes coletivos – inclusive na forma de rechaçamento, ostracismo ou não desenvolvimento.

Finalizando estes breves apontamentos do voto-vogal, parece pertinente destacar a interessante conclusão trazida a partir da citação de artigo de Bruno Salles Ribeiro, segundo a qual, se hoje fosse concebível ao ser humano burlar a morte e de alguma forma perpetuar sua existência em outro corpo ou por meio de dispositivos – à semelhança do que é possível para pessoas jurídicas –, provavelmente a lei não extinguiria a punibilidade do agente ou a ação penal na forma do artigo 107, inciso I, do CP (Brasil, 2022, nota 3, p.27-28).

Em relação ao voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz, de pronto, soa como pertinente destacar a sua afirmação de desconhecer julgado de outro Tribunal que tenha aprofundado no tema de Direito Penal em debate (BRASIL, 2022, nota 3, p.32). Ao que parece, o douto julgador traz a lume sintoma da cogitável precariedade do desenvolvimento acadêmico, bem como da novidade do tema na seara jurisdicional, o que pode indicar a necessidade de maiores holofotes para a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil – em especial, pelas lacunas teóricas à frente melhor explicitadas.

Para além da exposição histórico-evolutiva da pena (Brasil, 2022, p.32-33) e da adoção de fundamentos similares aos suscitados pelo voto-vogal (Brasil, 2022, p.33-34) – *verbie gratia*, a inaplicabilidade da analogia como método de integração do ordenamento jurídico em razão da morte humana não se compara à incorporação de sociedades empresárias e a possibilidade de se utilizar operações societárias, ainda que lícitas, como subterfúgio para responsabilização penal –, cumpre também realçar a compreensão de que os tradicionais princípios e garantias penais devem ser aplicados aos entes morais *cum grano salis* (Brasil, 2022, p.24). Isto porque, como pondera o Excelentíssimo Ministro, a transposição de garantias penais aos entes morais e a utilização de princípios via analogia na persecução penal devem também atentar à *ratio essendi* do mecanismo jurídico em aplicação (Brasil, 2022, p.24). Neste diapasão, também é necessário ter em mente que a responsabilização criminal de entes coletivos é importada do direito anglo-saxônico, onde foi criada em atenção à exponencial complexidade das relações sociais a partir do século XX, possibilitando a elaboração de novos modelos de criminalidade sofisticados e perniciosos no universo empresarial (Brasil, 2022, p.24).

Assim, como evidenciado nestes rápidos comentários aos votos dos Excelentíssimos Senhores Ministros, compreende-se aqui que melhor razão assiste ao voto-vogal e à divergência por ele aberta. Ademais, cumpre enfatizar que o principal objetivo deste trabalho é expor possíveis lacunas ou deficiências na dogmática penal como forma de fomentar o debate acadêmico, o que se passa a fazer adiante.

2.2 Explicando partículas subatômicas com a física newtoniana

Como supramencionado, parece acertada a pontuação de Fernando Galvão (2017, p. 24) de que, em 1998, o constituinte firmou a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas, não cabendo à dogmática penal discutir tal opção política, mas desenvolver meios técnicos para concretizá-la³⁴. Da análise dos votos do REsp nº 1.977.172 – PR é possível compreender que, hoje, inexistente consenso acerca da forma que deva ocorrer a persecução penal de entes morais, versando os julgadores entendimentos que vão da simples transposição dos tradicionais institutos dogmáticos às concepções que pregam por adaptá-los à luz das particularidades dos entes morais.

Esta multiplicidade de entendimentos e a ausência de um crivo amplamente majoritário³⁵ para aplicação de institutos e garantias em processos judiciais existe com ainda mais intensidade no âmbito dogmático. Em exemplificação cita-se a questão atinente à culpabilidade da pessoa jurídica, tema com propostas de estruturação que vão desde a negativa da existência de culpabilidade para o ente moral, lastreando a punição deles diversamente da maneira realizada tradicionalmente na teoria do delito – como no pensamento do Bernd Schünemann (*apud* Barbosa, 2014, p.106-107) – até concepções de que as pessoas coletivas são um sistema autopoietico social – uma realidade autofundante e autojustificante em si – e, assim, plenamente capazes de possuir uma vontade de agir autônoma, que, necessariamente, deve pautar-se na fidelidade ao Direito – como no pensamento do Carlos Gómez-Jara Díez (*apud* Barbosa, 2014, p.137-141).

Nesta toada, parece válido transcrever parte do entendimento de Gracia Martín, o qual, remontando aos escritos de Bernd Schünemann, alerta:

Enquanto os enfoques do bem jurídico e da realização do fato em conexão com uma atividade econômica mostram o Direito penal econômico e ambiental sobretudo como um setor individualizado da Parte Especial, do ponto de vista da empresa ou do exercício da atividade empresarial destacam-se de um modo especialmente acentuado os aspectos que concernem fundamentalmente à problemática da imputação jurídico-penal, e, por conseguinte, à Parte Geral. **O moderno Direito penal da empresa propõe, sem dúvida, à Ciência penal do presente um de seus desafios mais importantes. Além das questões político-criminais que suscita no âmbito da Parte Especial, os problemas que origina no plano da imputação constituem sobretudo um duro teste para a validade de uma teoria geral da responsabilidade penal (sc.**

³⁴Como comentado por Tiedmann, a responsabilização criminal de pessoas jurídicas é tendência ao redor do globo e recomendada por organismos e instrumentos internacionais, como a União Europeia e a Carta da Organização das Nações Unidas contra a corrupção – não sendo, portanto, a escolha político-criminal do Constituinte em 1988 isolada. Ademais, a escolha de responsabilizar criminalmente entes coletivos é realizada de forma equívoca, existindo diversos modos e graus de realizá-la nas diferentes tradições jurídicas (Tiedemann, 2007, p. 91-92).

³⁵Vide o fato de o julgamento do referido REsp ter sido desempatado pelo voto do, na ocasião, Excelentíssimo Presidente da Terceira Seção do STJ.

do delito) que, como aquela vigente até agora, foi construída sobre a base de um modelo de criminalidade violenta e individual. Esta última tem muito pouco em comum com o modelo da nova criminalidade econômico-empresarial, pois esta se desenvolve em contextos de uma atividade coletiva realizada por uma pluralidade de sujeitos que atuam de acordo com o princípio da divisão de trabalho e de funções e em posições de superioridade e de subordinação hierárquica. **Por isso, a necessidade de fazer frente a este tipo de criminalidade valendo-se do Direito penal colocou em xeque quase todos os instrumentos dogmáticos tradicionais e, evidentemente, converteu já em obsoleta a Parte Geral tradicional de nossa disciplina na medida em que os conceitos e estruturas desenvolvidos pela mesma só se projetam em capos da realidade social muito reduzido e, por isso mesmo, não pode em princípio oferecer nenhuma resposta segura aos problemas de imputação que sugere o Direito penal moderno em geral, e o Direito Penal da empresa em especial, como uma de suas mais destacadas expressões** (Gracia Martín, 2005, p. 64-65, grifos nossos).

Assim sendo³⁶, ao se aplicarem institutos tradicionais do Direito Penal – mesmo os denominados como garantias – às pessoas jurídicas, parece fulcral ter-se em mente os contextos e as finalidades para as quais eles foram estruturados, além das peculiaridades dos entes morais e eventuais incompatibilidades com a essência destes. Outrossim, pode-se citar o conceito de ação penalmente relevante para as teorias finalistas de Welzel (*apud* Silva, 2019, p. 62) e funcionalistas de Claus Roxin (2017, p. 245) – este acima já explicitado –, que tomam como ponto de partida a compreensão de que somente o ser humano – em carne e osso – é capaz de ações para o Direito Penal, o que, obviamente, torna tais concepções aparentemente incompatíveis com o modelo de autorresponsabilização³⁷ dos entes morais – adotado pelo STF no citado RE nº 548.181 – PR.

³⁶A título de complementação, cabe colacionar o trecho em que Gracia Martín explicita sua compreensão sobre Direito Penal da empresa: “[...] Hoje, o exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, isto é, não só sobre os especificamente econômicos – v. gr., a livre concorrência – e ambientais, mas também sobre todas as outras de distinta natureza que aparecem com frequência igualmente envolvidos de um modo típico na prática de uma atividade econômica empresarial como acontece por exemplo, com a vida e a saúde dos consumidores no caso da comercialização de produtos perigosos, ou com as dos trabalhadores que realizam sua atividade laboral para uma empresa. Esta circunstância, porém, deixa agora claro que, na realidade, autor típico dos delitos econômicos e ambientais é, na maior parte dos casos, um empresário. Por isso, a partir dessa importante e transcendente perspectiva, deve-se reconhecer que o Direito penal econômico e do meio ambiente, em realidade, tem que ser configurado e compreendido em sua maior parte também como Direito Penal da empresa” (Gracia Martín, 2005, p. 62-63).

³⁷Aliás, a forma de concretização da autorresponsabilização de pessoas jurídicas é tema equívoco na dogmática penal e, nas palavras de Artur Gueiros, “também contempla ramificações, podendo-se destacar as seguintes: (1) teoria do defeito da organização; e (2) teoria do ato de conexão. Com relação a primeira, cuidaria de aporte teórico desenvolvido por Klaus Tiedemann, no sentido de que o desvio organizacional constitui o fundamento e legitimação da sua responsabilidade penal. Consequentemente, para esse modelo, se não houver nenhum desarranjo interno, a pessoa jurídica carecerá de responsabilidade, ainda que algum dos seus integrantes venha a praticar um ilícito. Com relação à segunda orientação, Fernando Galvão informa que o referencial argumentativo do ato de conexão se traduziria no ato realizado materialmente pela pessoa física que expressaria a atuação do ente moral, estabelecendo-se, assim, um nexó qualificado entre o fato e a pessoa jurídica. Por sua vez, Arguilera Gordillo sustenta que através do pressuposto normativo do ato de conexão haveria o impedimento da mera transferência do ilícito decorrente do atuar do indivíduo para a pessoa jurídica” (Souza, 2021, p. 213).

Ao que tudo indica, no caso concreto apreciado pelo STJ no REsp nº 1.977.172 – PR exsurgiu outra plausível incompatibilidade da dogmática penal estruturada para os seres humanos – com a criminalidade violenta e individual em mente, conforme os apontamentos de Gracia Martín (2005, p. 64-65) – com o fenômeno criminal oriundo de pessoas jurídicas, qual seja, a possibilidade de extinção da sua punibilidade, na forma do artigo 107, inciso I, do CP, ante a extinção do ente moral por sua incorporação. De semelhante maneira, como apontado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik, parece que a incongruência em comento advém da falsa equiparação da morte humana à extinção das pessoas jurídicas, especialmente em se tratando de incorporação empresarial, pois ao contrário da primeira, a segunda não é irreversível e, ao se adotar a compreensão vencedora no citado julgamento, ainda que sem configurar nenhum ilícito, operações empresariais podem ser estruturadas e utilizadas de forma torpe, como subterfúgio à responsabilização penal³⁸.

Imagine que, em semelhante maneira ao caso analisado pelo STJ, uma pessoa jurídica para a qual se imputam crimes ambientais da Lei nº 9.605, de 1998, é incorporada por outra. Segundo o entendimento adotado pela Corte Superior no REsp nº 1.977.172 – PR e pelo artigo 227, §3º, da Lei nº 6.404, de 1976, a extinção da incorporadora e, conseqüentemente, da pretensão punitiva estatal – na forma do artigo 107, inciso I, do CP – ocorreria com a aprovação da assembleia-geral do laudo de avaliação e do negócio jurídico tipicamente empresarial.

Agora suponha que esta operação societária seja questionada por credores prejudicados na forma do artigo 232 da Lei nº 6.404, de 1976, dando ensejo, pela via judicial, à reversão desta situação com a imposição da retomada ao *status quo ante*. Neste caso, também retornaria a higidez da persecução penal pelos crimes ambientais? É possível uma extinção da punibilidade condicionada ao decurso *in albis* do prazo decadencial do artigo 232 da Lei nº 6.404, de 1976? Como ficaria a persecução penal – inclusos os prazos prescricionais – ou o processo penal no ínterim da impugnação do credor até a decisão final, a qual pode demorar anos, décadas, no juízo cível sobre a operação?

³⁸ Em complemento à suscitada possibilidade de utilização de manobras lícitas como subterfúgio da responsabilização penal, soa como pertinente colacionar breves comentários de Gracia Martín acerca da criminalidade da classe social dominante: “uma criminalidade que, não apenas está excluída do discurso da criminalidade, mas que consiste em práticas que o discurso jurídico formal dota e reveste com muita frequência de toda a roupagem formal dos direitos subjetivos juridicamente garantidos e, com isso, do atributo da licitude formal, mas que, todavia, e ‘paradoxalmente’, é a portadora de uma danosidade social exponencial e de magnitudes cósmicas, até o ponto de que em uma comparação entre ela e a criminalidade tradicional das classes sociais baixas contra o patrimônio só pode resultar que esta última não pode assumir outra conotação senão a da insignificância e da bagatela” (Gracia Martín, 2005, p. 117).

Tais indagações guardam aparente paralelismo com a metáfora do gato de Schrödinger³⁹, uma vez que, até a ocorrência de um termo ou de eventos tais, pode-se compreender que, a depender do aspecto que se indaga, a pessoa jurídica incorporada estará “viva” e “morta” simultaneamente – e, conseqüentemente, igual lógica assistirá à sua punibilidade. No caso em hipótese, este “Direito Penal da incerteza” ainda traz outro traço preocupante, a possibilidade de a persecução penal estatal estar condicionada à vontade particular, no caso, ao direito potestativo do credor prejudicado em anular a operação de incorporação, bem como ao sucesso desta demanda.

Ainda em analogia com a física moderna, de igual forma que não se aplica a física newtoniana no estudo de partículas subatômicas, não parece correto que o Direito Penal – ao menos não para aquele que busca a alcunha de moderno⁴⁰ – se valha, plena e acriticamente, de dogmas pensados no período da Ilustração para fenômenos criminais hodiernos – por mais importantes que tais pressupostos foram e são. Ao que parece, os fenômenos criminais oriundos de pessoas jurídicas exigem da dogmática penal uma reinvenção semelhante à que o princípio da incerteza⁴¹ gerou na física ao criar a mecânica quântica, pois as características e a

³⁹“O Gato de Schrödinger é uma experiência mental, frequentemente descrita como um paradoxo, desenvolvida pelo físico austríaco Erwin Schrödinger, em 1935. A experiência procura ilustrar a interpretação de Copenhague da mecânica quântica, imaginando-a aplicada a objetos do dia a dia. No exemplo, há um gato encerrado em uma caixa, de forma a não estar apenas vivo ou apenas morto, mas sim em uma sobreposição desses dois estados. Por sua vida supostamente atrelar-se a um evento aleatório — usualmente o decaimento radioativo — Schrödinger interpreta que um gato ‘vivomorto’ surgiria como reflexo de um estado físico atípico ao senso comum, mas presente em sistemas quânticos: um estado de superposição ou emaranhamento quânticos. Em termos técnicos, o estado ‘vivomorto’ (claramente distinto do estado vivo, distinto do estado morto), compõe-se pela soma desses dois estados e constitui de fato, a situação do gato no experimento, ao menos enquanto o sistema permanecer fechado, sem ser observado. Porém, um cuidado é necessário na interpretação da superposição de estados: não significa que ambos são válidos ao mesmo tempo” (Gato..., [2015]).

⁴⁰“[...] para que algo mereça o qualificativo de ‘moderno’ deverão estar presentes na fronteira temporal que separe o antes e o depois duas condições. Em primeiro lugar, será preciso a aparição de novos objetos em um momento determinado da história do campo de conhecimento em questão ou, pelo menos, uma modificação na forma daqueles preexistentes (aspecto formal da modernização). Mais importante, e decisiva, é a segunda condição, consistente em que os novos objetos ou novas formas impliquem uma ruptura com a situação anterior, ou seja, que se produza uma modificação substancial da mesma (aspecto material da modernização). Só quando presentes essas duas condições será possível falar de modernização com propriedade. Segundo isso, para que o Direito penal do presente mereça adquirir a condição de moderno será preciso que o mesmo se distinga daquele liberal da Ilustração não só por se estender a novos e distintos âmbitos ou formas ademais dos já tradicionais, mas também por importar uma ruptura substancial com aquele, isto é, um desvio de pelo menos algum de seus princípios ou as aspectos fundamentais” (Gracia Martín, 2005, p. 43).

⁴¹“Em mecânica quântica, o princípio da incerteza (também chamado princípio da incerteza de Heisenberg), formulado em 1927 por Werner Heisenberg, é um enunciado que estabelece um limite fundamental para a precisão com que certos pares de propriedades de determinada partícula física, conhecidas como variáveis complementares (tais como posição e momento linear), podem ser conhecidos. No seu artigo de 1927, Heisenberg propõe que, em nível quântico, simultaneamente, quanto menor for a incerteza na medida da posição de uma partícula, maior será a incerteza do seu momento linear e vice-versa. [...]. O princípio da incerteza é um dos aspectos mais conhecidos da física do século XX e é comumente apresentado como um exemplo claro de como a mecânica quântica se diferencia das premissas elementares das teorias físicas clássicas, porque, na mecânica clássica, quando conhecemos as condições iniciais, consegue-se determinar com precisão o movimento e a posição dos corpos de forma simultânea. Ainda que o princípio da incerteza tenha a sua validade restrita ao nível subatômico, ao inserir

complexidade da delinquência econômica tornam insuficientes os antigos pressupostos e dogmas até então usados.

Assim como os postulados newtonianos não são capazes de explicar o comportamento de partículas subatômicas – como o comportamento dos elétrons –, o finalismo, o funcionalismo teleológico, dentre outros paradigmas que objetivam explicar analiticamente o crime, não são hábeis a entender completamente os delitos praticados por pessoas jurídicas. Neste diapasão, figura como pertinente colacionar a seguinte lição de Klaus Tiedemann:

Las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger penalmente la criminalidad de las agrupaciones residen en el contenido de las nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal. A primera vista, en el Derecho penal, la acción siempre está ligada al comportamiento humano, y la culpabilidad parece significar un reproche ético o moral que estaría excluido en el caso de las agrupaciones, las cuales, por lo demás, no podrían ser destinatarias o sujetos pasivos de penas criminales con finalidades preventivas y retributivas. (TIEDEMANN, 2007, p. 101-102).

Como ressaltado por Pierre Bourdieu (2011, p.212-213), o campo jurídico é marcado pela disputa do monopólio de dizer o direito, ou seja, pelo confronto entre os agentes investidos de competência, social e técnica, em interpretar os textos que consagram a visão legítima do mundo social, sendo limitada a divergência entre os intérpretes, uma vez que, pela congruência sistêmica da ordem jurídica, não podem existir ordenamentos jurídicos paralelos. De tal forma, para além da ponderação realizada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Rogério Schietti Cruz, de que a aplicação dos tradicionais princípios e garantias penais e processuais penais aos entes morais “deve ser feita *cum grano salis*” (Brasil, 2022, nota 3, p. 34), parece ser incumbência dos estudiosos da seara penal fornecer os meios dogmáticos para suprir as lacunas, sanar as incoerências e concretizar a persecução criminal de pessoas jurídicas de forma filosófica e sistematicamente congruente.

Portanto, cabe àqueles que estudam, aplicam e contribuem com as Ciências Criminais desenvolver tais instrumentos teóricos, balizando sua atuação, seja acadêmica, seja nos Tribunais, pela realidade da criminalidade hodierna – especialmente extirpando a leniência com a delinquência do colarinho branco e atualizando o estado da técnica à luz da maior complexidade que tais crimes possuem.

valores como indeterminação e probabilidade no campo do experimento empírico, tal princípio constitui uma transformação epistemológica fundamental para a ciência do século XX. Essa transformação conduziu à discrepâncias na interpretação do conteúdo físico, surgindo versões conceitualmente distintas para as relações de incerteza, podendo ser interpretadas como relações de incerteza ou indeterminação” (Princípio..., [2011]).

CONCLUSÃO

É possível compreender que as posições significativamente divergentes e a apertada votação do REsp nº 1.977.172 – PR conotam a existência de dissonâncias nas compreensões dos Excelentíssimos Ministros e, conseqüentemente, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sobre o modo de se concretizar a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Também chama atenção o fato de duas das quatro linhas argumentativas terem vertido maiores esforços tratando de institutos típicos do Direito Civil, sugerindo uma tentativa de importação de raciocínio ante a suposta inexistência de lógica própria e completa na seara penal para tratar dos entes coletivos.

No julgamento em questão, mais especificamente, houve a cisão em dois grupos. De um lado, aqueles que, valendo-se de intelecções aplicáveis ao Direito Privado – como a sucessão de obrigações –, afastaram a aplicabilidade de tal instituto e se posicionaram pela incidência, pura e simples, de princípio estruturado para seres humanos – o da intranscendência das penas. De outro, aqueles que, atentos às peculiaridades das pessoas jurídicas, compreenderam pela não regência do citado princípio sobre o caso, bem como pela impossibilidade de integração via analogia por não haver verdadeira equiparação entre a morte humana e a incorporação de sociedades empresárias.

Neste diapasão, a existência de compreensões equívocas possivelmente origina-se na própria dogmática penal, a qual é cindida em diversas formas de se pensar e de se penalizar os fenômenos criminógenos oriundos de pessoas jurídicas. Como pontuado, dentre outras inconsistências filosóficas e sistêmicas, as principais compreensões analíticas de delito hoje aplicadas pelos tribunais brasileiros – o finalismo de Welzel positivado no CP e o finalismo teleológico de Claus Roxin aceito, não raras vezes, pelos Tribunais Superiores –, à semelhança do dito Direito Penal da Ilustração, foram estruturadas com base no pressuposto de que somente o ser humano, centro anímico da ação para fins penais, e suas ações são objeto do Direito Penal, o que, *ab initio*, gera uma plausível impossibilidade de importação de seus institutos ou, ao menos, uma cogitável incompatibilidade deles com os entes morais, requisitando assim adaptações para sua aplicação.

Tendo em vista que a opção político-criminal de responsabilização na seara penal de pessoas jurídicas foi realizada pelo Poder Constituinte em 1988, parece acertado o entendimento de que resta à dogmática penal criar os meios técnicos necessários a concretizá-la, em vez de rediscutir tal decisão. Para tanto, as mencionadas formas de distintamente tratar do problema – na forma evidenciada no REsp nº 1.977.172/PR – conotam uma insuficiência do

atual estado da técnica, o que demanda dos estudiosos das ciências penais um maior desenvolvimento da área.

Compreende-se que a citada evolução, por sua vez, não se deve lastrear na simples importação de institutos do Direito Privado ou na aplicação acrítica de mecanismos criados à luz da realidade do século XIX, mas representar efetiva modernização do Direito Penal, rompendo com os ideários clássicos e reestruturando as concepções acadêmicas de modo a abranger a completude da complexa criminalidade hodiernos. Assim, caberia aos operadores do direito, no seu embate pelo monopólio de dizer o direito, construir, dialeticamente, tais meios técnicos aptos à verdadeiramente compreender e tratar da responsabilização penal de pessoas jurídicas, como, por exemplo, desenraizando a leniência social para com a delinquência do colarinho branco e reformulando a concepção analítica de crime.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Princípios do Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Doctrina penal: teoria e prática em las ciências penais**, Buenos Aires, ano 10, n. 87, p. 623-650, 1987. Tradução de Francisco Bissoli Filho. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5147764/mod_resource/content/1/Alessandro%20Baratta.%20Princ%20C3%20Adpios%20do%20direito%20penal%20m%20C3%20Adnimo..pdf. Acesso em: 7 dez. 2022.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo, 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo.

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

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 126**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1995. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 548.181/PR.** Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A- Petrobras. Relatora: Ministra Rosa Weber, 6 de agosto de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 7 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.977.172/PR.** Processo n. 2021/0379224-3. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Seara Alimentos LTDA. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 24 de agosto de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103792243&dt_publicacao=20/09/2022. Acesso em: 5 dez. 2022.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 4. ed. rev. atual. ampl, Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GATO de Schrödinger. *In: Wikipédia: a enciclopédia livre.* [2015]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Gato_de_Schr%C3%B6dinger. Acesso em: 10 dez. 2022.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e para a crítica do discurso de resistência.** Tradução: Érica Carvalho. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005.

PANOEIRO, José Maria de Castro. **Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

PEREIRA, Luciana Vianna. Sucessão de responsabilidade ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.16, n.62, p.57-114 ab./jun. 2011.

PRINCÍPIO da incerteza de Heisenberg. *In: Wikipédia: a enciclopédia livre.* [2011]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%Adpio_da_incerteza_de_Heisenberg. Acesso em 10 dez. 2022.

ROXIN, Claus. Fundamentos: la estructura de la teoria del delito. *In: ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general.* Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz, García Conllendo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta.** Tradução e introdução: Barbara Heliodora. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 2011. *E-book.* Não paginado.

SILVA, Marco Antônio Chaves da. **A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa**. Salvador, 2019. 171 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad**. Tradução: Manuel Abanto Vásquez. 2. ed. Lima: Grilje, 2007.

