

# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 16, número 1, jan./abr. 2021



FACULDADE  
**SANTO AGOSTINHO**  
MONTES CLAROS • MG



# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 16, número 1, jan./abr. 2021

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

---

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS  
v. 16, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2021

---



FACULDADE  
**SANTO AGOSTINHO**  
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

**FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)**  
**©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO**

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura  
Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo  
Coordenadora do Curso de Direito: Profa. Ms. Tatiana de Souza Araújo Antunes

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)  
Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil  
Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

**Membros do Conselho Editorial**

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil	Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil	Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.
Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal	Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.
Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil	Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil
Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina	Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal
Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil	Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil
Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello	

**Organização, padronização e revisão linguística:** Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

**Diagramação/Editoração gráfica/Capa:** OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

---

v. 16, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2021 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2021– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

# SUMÁRIO

<b>ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.874/2019 NOS ARTIGOS 421, 421-A E 113 DO CÓDIGO CIVIL: NORMAS DE REFORÇO DA AUTONOMIA PRIVADA E DO PACTA SUNT SERVANDA.</b> Jordano Soares Azevedo .....	<b>11</b>
<b>HUME, DELEUZE E UMA INTEPRETAÇÃO DO DIREITO.</b> Ester Maria Dreher Heuser e Christian Alejandro Kessel .....	<b>36</b>
<b>COPA DO MUNDO E OS JOGOS OLÍMPICOS: DIREITO DE EXCEÇÃO OU INSTRUMENTOS PARA O DESENVOLVIMENTO?</b> Márcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves .....	<b>51</b>
<b>O ART. 303 DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA: UMA REFLEXÃO À LUZ DA LEI 9.614/98 NOS CASOS DE AERONAVES SEQUESTRADAS.</b> Humberto José Lourenço e Bruno Ferraz Nobre .....	<b>69</b>
<b>PARÂMETROS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERFORMANCE ARTÍSTICA A PARTIR DO CASO 'SELVAGEM', DO FILME RUTAN".</b> Fernanda Nunes Barbosa e Tarsila Rorato Crusius .....	<b>83</b>
<b>UM ESTUDO ACERCA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE EM JOHN RAWLS.</b> Paulo César Nodari e Cleide Calgaro .....	<b>99</b>
<b>NOVAS POLÍTICAS PARA VELHOS TABUS: PERSPECTIVAS E DESAFIOS PARA A REGULAMENTAÇÃO DO MERCADO DA CANNABIS NO BRASIL.</b> Guilherme Roedel Fernandez Silva, Eduardo Roedel Fernandez Silva e Samanta Cardoso Nobre .....	<b>123</b>
<b>A PROBLEMÁTICA NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA PARA PESSOAS JURÍDICAS.</b> Cássio Henrique Pacheco dos Santos e Yuri Alexandre Pastorio Rocha .....	<b>146</b>
<b>CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA.</b> Edson da Graça Francisco Macuácuá .....	<b>161</b>
<b>A APLICAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NA SISTEMÁTICA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.</b> Vítor Luís de Almeida .....	<b>181</b>

**EDITORIAL**

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 16, número 1, referente ao quadrimestre de 2021, traz muitos artigos científicos com profundidade e abordagens importantíssimas com muitos dos atuais cenários nacionais e internacionais em discussão. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova de expansão desse valioso periódico em várias partes do Brasil e do mundo. E é o que este volume 16, número 1, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos centros de produção acadêmica e cultural. Para tanto, segue após essa minha fala um pontual um olhar panorâmico escrito pelo Prof. Dr. Reinaldo Silva Pimentel Santos.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 05 de janeiro de 2021.  
Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Certamente, a consolidação e o crescimento de uma publicação científica são motivos para a alegria de toda a comunidade. Assim, a publicação do volume 16, número 1, referente ao início do ano de 2021 da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos – RBEJ é motivo de comemoração.

Perceber a visão múltipla dos autores sobre os temas mais diversos dentro da ciência jurídica e da estruturação estatal demonstra a importância da publicação como veículo para divulgação dos resultados científicos de nossos tempos.

Nesse sentido, os artigos desse número apresentam, inicialmente, o Professor Doutor Jordano Soares Azevedo com profundas considerações quanto a Lei de Liberdade Econômica e a relação com o Código Civil, no artigo intitulado “**Análise das alterações promovidas pela lei 13.874/2019 nos artigos 421, 421-A e 113 do Código Civil: normas de reforço da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*”.**

Por sua vez, a Professora Doutora Ester Maria Dreher Heuser e o Professor Christian Alejandro Kessel discutem a urgência do momento que vivenciamos, considerando a Teoria do Artificio através de um diálogo entre David Hume e Gilles Deleuze, com o título: “**Hume, Deleuze e uma interpretação do direito**”.

Ademais, os Professores Doutores Márcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves discutem os direitos de propriedade e as modificações ocorridas na Lei Brasileira de Propriedade Industrial em decorrência da realização da Copa das Confederações em 2013 e da Copa do Mundo de Futebol em 2014. A interessante discussão está presente em “**Copa do Mundo e os jogos olímpicos: direito de exceção ou instrumentos para o desenvolvimento?**”

---

Ainda, coube ao Professor Doutor Humberto José Lourenço e ao mestrando Bruno Ferraz Nobre discorrerem sobre o Código Brasileiro da Aeronáutica e a possibilidade de abate em caso de sequestro de aeronaves. Nesse sentido, interessantes conclusões são apresentadas em **“O art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica: uma reflexão à luz da Lei 9.614/98 nos casos de aeronaves sequestradas”**.

Seguindo, tem-se o artigo intitulado **“Parâmetros da liberdade de expressão na performance artística a partir do caso 'Selvagem', do filme Rutan”**, de autoria da Professora Doutora Fernanda Nunes Barbosa e da mestranda Tarsila Rorato Crusius. As autoras realizam interessante aproximação entre a arte contemporânea como uma liberdade de expressão e manifestação.

Tem-se ainda a contribuição dos Professores Doutores Paulo César Nodari e Cleide Calgaro mediante o texto **“Um estudo acerca da justiça como equidade em John Rawls”**. Nessa oportunidade, Nodari e Calgaro irão utilizar de três obras de Rawls, sendo 'Uma Teoria da Justiça', 'A Justiça como Equidade' e 'O Liberalismo Político' para discorrerem sobre o conceito sempre incômodo de justiça.

Em produção intitulada **“Novas políticas para velhos tabus: perspectivas e desafios para a regulamentação do mercado da cannabis no Brasil”** o professor Guilherme Roedel Fernandez Silva, acompanhado pelos pós-graduandos Eduardo Roedel Fernandez Silva e Samanta Cardoso Nobre oferecem um capítulo para a desconstrução da 'Guerra às Drogas'. Em avançada percepção os autores discutem temas tais como: geração de receitas, redução de custos sociais e enfraquecimento de grupos criminosos em decorrência da regulamentação do mercado de *cannabis*.

Por sua vez, o Professor Mestre Cássio Henrique Pacheco dos Santos, juntamente com o pesquisador Yuri Alexandre Pastorio Rocha debruçam-se sobre a concessão da justiça gratuita para pessoas jurídicas e a inexistência de regramento para tal temática no Brasil. Trata-se, nesse sentido, do artigo intitulado **“A problemática na definição de critérios objetivos para a concessão de assistência judiciária gratuita para pessoas jurídicas”**.

O direito comparado não poderia ser esquecido em uma publicação internacional tal qual o presente periódico. Dessa forma, tem-se uma profunda discussão realizada sobre o controle de constitucionalidade em Moçambique, em artigo assinado pelo doutorando Edson da Graça Francisco Macuácuá intitulado **“Controlo da constitucionalidade do direito internacional na ordem jurídica moçambicana”**.

Por fim, o doutorando Vítor Luís de Almeida demonstra intensa preocupação com a necessária imparcialidade e o fenômeno da constitucionalização do processo, com interessantes discussões propostas em: **“A aplicação dos poderes instrutórios do juiz na sistemática democrática do processo civil brasileiro”**.

---



Certamente, a Revista Brasileira de Estudos Jurídicos reafirma sua importância e posição vanguardista em temas tão importantes para a ciência jurídica e teoria do estado, possibilitando aos leitores contato com discussões verdadeiramente profundas.

Prof. Dr. Reinaldo Silva Pimentel Santos

---

**ARTIGOS**

**ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.874/2019 NOS  
ARTIGOS 421, 421-A E 113 DO CÓDIGO CIVIL:**

**Normas de Reforço da Autonomia Privada e do *Pact Sunt Servanda***

Jordano Soares Azevedo <sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo se dedica ao exame das recentes alterações promovidas pela Lei 13.874/2019, nos artigos 421, 421-A e 113 do Código Civil, a partir das críticas apresentadas pela doutrina e do estudo da jurisprudência do STJ, nos diversos aspectos que foram objeto de modificação pela chamada Lei da Liberdade Econômica. Durante a pesquisa, observou-se que os contratos civis e empresariais, embora formalmente submetidos a um mesmo regime jurídico, apresentam significativas diferenças principiológicas, que estão refletidas, agora, na opinião dos autores especializados em cada uma dessas áreas.

Palavras-Chave: liberdade; econômica; jurisprudência; contratos.

**ABSTRACT:** This article is dedicated to examining the recent changes promoted by Law 13.874/2019, in articles 421, 421-A and 113 of the Civil Code, based on the critical analyzes of doctrine and the STJ's jurisprudence study, in the various aspects that were object of amendment by the so-called Economic Freedom Act. During a survey, it can be considered that civil and business contracts, although formally applied in the same legal regime, show principle differences, which are reflected now in the opinion of the specialized authors in each of these areas.

Key-Words: freedom; economic; jurisprudence; contracts.

## **INTRODUÇÃO**

A proposta do presente trabalho é verificar se as alterações promovidas no Código Civil pela Lei 13.874/2019, referentes aos princípios e à interpretação dos contratos, trouxeram alguma novidade, que possa efetivamente contribuir para aperfeiçoamento das decisões judiciais no direito brasileiro.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Privado pela PucMinas. Pesquisador em estágio pós-doutoral pela PucMinas. Professor de Direito Civil e Empresarial em cursos de graduação em Direito.

---

É de conhecimento geral que a Lei de Liberdade Econômica (LLE), como acabou ficando conhecida no meio jurídico, foi influenciada pelos métodos e postulados da Análise Econômica do Direito (AED), o que contribuiu para a formulação de novas regras, que pretendem reforçar a autonomia privada e impor limites ao um suposto intervencionismo judicial verificado nos últimos anos, em matéria de contratos, como sustentam alguns autores.

Imbuído neste propósito, o legislador promoveu alterações no artigo 421, que trata da função social dos contratos, e incluiu o artigo 421-A, no Código Civil brasileiro. Além disso, a Lei da Liberdade Econômica também modificou o artigo 113, para incluir no dispositivo algumas regras hermenêuticas a serem observadas no trabalho de interpretação dos negócios jurídicos.

Nesse contexto, pretende-se discutir e buscar respostas a uma questão central relacionada ao tema objeto deste estudo: afinal, o que muda no direito contratual brasileiro com as alterações promovidas pela Lei 13.874/2019, nos artigos 421, 421-A e 113 do Código Civil brasileiro?

Além da tentativa de solução do problema proposto, tem-se como objetivo geral deste trabalho a análise e revisão dos princípios contratuais e dos critérios e métodos de interpretação dos negócios jurídicos, positivados no artigo 113 do Código Civil, especialmente a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Em específico, os objetivos são *i)* o de analisar brevemente os postulados da Análise Econômica do Direito e sua relação com o direito contratual; *ii)* revisar as bases teóricas de outra expressiva matriz teórica, que orienta a interpretação e aplicação dos contratos no direito brasileiro: “a escola do Direito Civil-Constitucional”; *iii)* examinar cada um dos novos critérios de interpretação positivados pela Lei 13.874/2019, no artigo 113 do Código Civil, e *iv)* projetar um provável cenário de aplicação dos novos métodos hermenêuticos pelos tribunais superiores.

É importante ressaltar que o presente estudo foi desenvolvido mediante atenta análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tudo para que fosse possível constatar, ao final, se as alterações legislativas poderão ou não contribuir para alguma mudança positiva para as soluções dos conflitos em matéria contratual.

Para tanto, realizou-se levantamento bibliográfico e jurisprudencial atualizados, mediante a análise e contraponto de ideias apresentadas por autores especializados. Além disso, muitas informações foram extraídas de recentes cursos ministrados por diversos autores, que trataram da Lei da Liberdade Econômica.

---

O primeiro capítulo é mais descritivo, pois visa a demonstrar como ocorreu a alteração legislativa, desde à edição da MP nº 881/2019 até a efetiva aprovação da lei de conversão, que foi sancionada e publicada como a Lei 13.874/2019. Em seguida, realizou-se breve estudo sobre duas importantes matrizes teóricas do direito privado – a Análise Econômica do Direito e o Direito Civil-Constitucional – o que foi importante para demonstrar que os autores privatistas estão divididos entre aqueles que, de um lado, apresentam uma visão liberal e defendem a intervenção mínima do Estado em matéria de contratos, e de outro, aqueles que ainda compartilham uma visão mais solidarista, em respeito aos valores mais importantes consagrados na Constituição de 1988, dentre os quais está a dignidade da pessoa humana.

O terceiro e o quarto capítulo foram dedicados à análise das mudanças operadas pela Lei da Liberdade Econômica, na parte dos princípios e na de interpretação dos negócios jurídicos, respectivamente, sendo que, a todo momento, buscou-se realizar um contraponto entre os autores ligados a cada uma das citadas escolas, sem perder de vista a análise da jurisprudência dos tribunais superiores.

## **1 DAMP881 À LEI 13.874/2019**

A Lei da Liberdade Econômica (LLE) promoveu alterações em alguns princípios e regras atinentes à interpretação dos negócios jurídicos paritários ou simétricos<sup>2</sup>, e para que se possa compreender adequadamente tais mudanças, convém fazer a comparação entre o que estava previsto originariamente no texto da Medida Provisória (MP) nº 881/2019, e o que acabou sendo incorporado, definitivamente, na Lei nº 13.874/2019.

Pois bem, a primeira grande mudança foi a alteração do *caput* e a inserção do parágrafo único ao artigo 421 do Código Civil<sup>3</sup>. A parte inicial do *caput* continuou basicamente com o mesmo texto, porém, na parte final, a regra prescrevia que deveria ser observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, criada pela própria Medida Provisória, o que já demonstrava, por si só, o nítido caráter liberal, pois, dentre os direitos declarados, estavam a garantia de que os negócios jurídicos empresariais seriam objetivo de livre estipulação das partes.

Não bastasse a expressa referência à declaração de direitos, o parágrafo único<sup>4</sup> ainda reforçava o

---

<sup>2</sup> Segundo Flávio Tartuce, os contratos paritários, simétricos, ou negociados, são aqueles cujo conteúdo “[...] é discutido entre as partes, geralmente em posição econômica de igualdade [...]”. (TARTUCE, 2019).

<sup>3</sup> Redação original do art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”. Redação dada pela MP nº 881/2019: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.”.

<sup>4</sup> “Art. 421 [...] Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.”.

---

comando do *caput*, ao dispor expressamente que, nas relações contratuais privadas, deveria prevalecer o princípio da intervenção mínima do Estado, e que a revisão contratual se daria apenas em hipóteses excepcionais, deixando claro que as alterações tiveram o objetivo de fortalecer o princípio da autonomia privada e o *pacta sunt servanda*.

Além disso, a MP nº 881/2019 inseriu três novas regras de interpretação contratual no Código Civil, sendo uma mais geral, decorrente da inclusão de um parágrafo único artigo 423, além de duas regras mais específicas, positivadas nos artigos 480-A e 480-B da codificação privada.

O parágrafo único do artigo 423<sup>5</sup> criava regra mais genérica porque determinava a aplicação do critério da *interpretatio contra proferentem* a todos os contratos, e não apenas aos contratos de adesão, como determinava a redação original do dispositivo. Já os artigos 480-A e 480-B tratavam exclusivamente dos contratos interempresariais, nas questões relacionadas à resolução por onerosidade excessiva.

Para melhor visualização das regras, vale transcrever primeiramente o teor do artigo 480-A: “Nas relações interempresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual.”.

Como se pode observar, trata-se de regra específica, que se aplicava somente a contratos entabulados entre empresários, e que basicamente reproduzia o conteúdo do Enunciado de nº 23<sup>6</sup>, aprovado na I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal (CJF). Da mesma forma, o art. 480-B abaixo transcrito também era específico e contemplava regra inspirada no texto do Enunciado nº 25<sup>7</sup> da I Jornada de Direito Comercial: “Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida.”.

Essas foram, em síntese, as principais modificações operadas nos princípios e nas regras de interpretação dos contratos, pela MP nº 881/2019, sendo que algumas delas alcançaram apenas os contratos interempresariais. Sucede que, durante a tramitação do projeto de lei de conversão da MP 881/2019 na atual Lei 13.874/2019, ocorreram algumas mudanças textuais significativas, sendo que algumas regras foram realocadas em outros livros e capítulos do Código Civil.

---

<sup>5</sup> Redação originária do art. 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”. Redação dada pela MP 881/2019: “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente. Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no caput, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida.”.

<sup>6</sup> Em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual. (Conselho de Justiça Federal, 2013).

<sup>7</sup> (Conselho de Justiça Federal, 2013a).

---

Assim, com a aprovação da Lei 13.874/2019, as regras dos artigos 480-A e 480-B foram incorporadas em outros dispositivos do Código Civil, como o artigo 113 e o 421-A. Ao examinar cada um desses artigos, observou-se que a regra da extensão da *interpretatio contra proferentem* a todos os contratos, inicialmente inserida no parágrafo único do art. 423, foi deslocada para o inciso IV, do §1º do art. 113. Com essa mudança, o legislador ordinário optou por inserir a regra definitivamente no capítulo que trata das disposições gerais dos negócios jurídicos, deixando claro que a alteração alcança todos os tipos de atos, e não apenas os contratos.

Alteração semelhante ocorreu com as duas regras específicas anteriormente previstas nos artigos 480-A e 480-B, que foram desmembradas e transpostas para o novo artigo 421-A. Mais precisamente, verifica-se que a regra do *caput* do art. 480-A foi deslocada para o inciso I do art. 421-A, com a importante diferença de que, agora, ela alcança não apenas os contratos empresariais, mas os contratos em geral.

Da mesma forma, a regra antes prevista no *caput* do art. 480-B foi desmembrada e direcionada para o *caput* e para o inciso II do art. 421-A, também recebendo maior amplitude, pois agora a norma abarca os contratos como um todo, e não apenas as transações interempresariais. Para André Santa Cruz (2019), o resultado final acabou sendo melhor porque as regras agora passaram a atingir todos os tipos de atos e contratos, e ficaram melhor localizadas dentro do Código Civil. Ademais, Flávio Tartuce (2029) explica as razões que motivaram essas mudanças:

[...] a ideia seria inserir novas regras somente para os negócios jurídicos empresariais. Todavia, o relator do projeto de conversão, Deputado Jerônimo Goergen, ouviu a recomendação feita por alguns civilistas, caso de Maurício Bunazar, no sentido de que os novos critérios interpretativos seriam interessantes para todo e qualquer negócio jurídico, o que é verdade, não sendo viável que o Código Civil criasse uma separação entre negócios empresariais e civis na sua Parte Geral.

No entanto, no decorrer desta pesquisa, verificou-se que boa parte dos autores civilistas criticaram e não concordaram com algumas alterações realizadas pela Lei da Liberdade Econômica, enquanto que boa parte dos autores ligados ao Direito Empresarial, ao contrário, estão otimistas com as novas regras inseridas no Código Civil. Isso acontece porque os dois principais ramos do Direito Privado brasileiro (Direito Civil e Empresarial) – em matéria de obrigações e contratos, estão edificados sob as bases de diferentes matrizes teóricas. Assim, o próximo capítulo foi dedicado à tentativa de se apresentar, em breves linhas, quais são essas matrizes interpretativas.

---

## **2 DUAS IMPORTANTES MATRIZES INTERPRETATIVAS DOS CONTRATOS PARITÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO**

Como é de conhecimento geral, o Código Civil de 2002 promoveu a unificação do direito obrigacional, com a submissão dos contratos empresariais ao mesmo regime jurídico aplicável aos contratos civis em geral, hoje previsto no Livro I da Parte Especial do Código Civil (art. 233 ao 965). O fato é que, embora estejam formalmente sujeitos às mesmas regras e princípios, os contratos civis e interempresariais não são interpretados com base nos mesmos critérios, pois os estudiosos de cada uma dessas duas áreas estão filiados a matrizes teóricas distintas.

A primeira delas é a matriz liberal, que se orienta pelos pressupostos da Análise Econômica do Direito (EAD) e serviu de inspiração para as mudanças promovidas pela Lei 13.784/2019. A segunda é a tradicional escola do Direito Civil-Constitucional, que defende que os princípios contratuais sejam interpretados sistematicamente, de acordo com a tábua de valores da Constituição. Neste tópico, pretende-se apresentar brevemente cada uma dessas matrizes, a começar pela escola liberal. De acordo com Maiolino e Timm (2020), o seminal artigo “*The Nature of the Firm*”, de Ronald Coase, escrito em 1937, foi o marco inicial do movimento *Law and Economics*, na medida em que se iniciou o desenvolvimento daquilo que os estudiosos do assunto chamam de “custos de transação”<sup>8</sup>.

Porém, até 1960, a Análise Econômica do Direito (AED), ou *Law and Economics*, como também é conhecida, restringia-se à área do direito da concorrência. Porém, após os trabalhos do próprio Ronald Coase, de Guido Calabresi, dentre outros, nessa década, a matéria se expandiu para alcançar os domínios de outros campos, como o direito de propriedade, contratos, responsabilidade civil, direito penal, processual, constitucional etc. (PORTO; GRAÇA, 2013).

Os autores especializados também ensinam que uma das importantes funções da AED é a de promover uma análise dos efeitos (consequências) provocadas pela criação de leis ou decisões judiciais no comportamento das pessoas. Trata-se, portanto, de disciplina caracterizada por ética consequentialista, pois a suposição que a permeia é a de que os juízes deveriam avaliar as normas e suas próprias decisões “[...] de acordo com um critério que determinasse se eles facilitam ou atrapalham o uso eficiente de recursos (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 26).”.

---

<sup>8</sup> Maiolino e Timm, na obra acima citada (p. 289-290), esclarecem que, para Ronald Coase, custos de transação seriam despesas inerentes às operações no mercado (custos de informação, monitoramento, registro e execução de contratos e negócios), os quais podem ser reduzidos ou aumentados pelo Direito. Ressaltam, ainda, que “[...] custos de transação elevados tendem a elevar o custo social de determinada atividade, criando óbices ao seu exercício.” (p. 290).

---



Assim, para os adeptos da *Law and Economics*, é exatamente a insegurança gerada pela excessiva intervenção estatal na economia que coloca o Brasil nas últimas posições de rankings que medem o grau de liberdade econômica dos países. No ranking do *The Fraser Institute*<sup>9</sup>, por exemplo, o Brasil está na posição 120, dentre 162 economias analisadas. Já no ranking do *The Heritage Foundation*<sup>10</sup>, o Brasil ocupa a 150ª posição no ranking mundial, e a 27ª, dentro de um universo de 32 países americanos. Por fim, vale analisar o ranking divulgado pelo principal relatório do Banco Mundial, o *Doing Business*<sup>11</sup>. Na sua 16ª Edição, de 2019, o relatório indica que o Brasil ocupa a 109ª posição de um total de 190.

Para definir a posição de cada país, tais instituições utilizam vários critérios, tais como: i) tempo de abertura de empresas; ii) *enforcement* dos contratos; iii) complexidades do sistema tributário; iv) regras sobre registro de propriedade; v) regras sobre acesso a crédito, a eletricidade, a saneamento etc (SANTA CRUZ, 2019).

Esses critérios, segundo André Santa Cruz, são extremamente importantes para determinar o desenvolvimento econômico, e também social, de um determinado país, até porque o desenvolvimento econômico não está descasado do desenvolvimento social. Para sustentar essa premissa, o mencionado autor argumenta dizendo que, se forem observados os países que ocupam as primeiras posições dos rankings, constatar-se-á que eles também ocupam as primeiras posições dos rankings sociais, como o IDH, por exemplo.

Por outro lado, os países que ocupam as últimas posições dos rankings analisados, também preenchem, não por acaso, as últimas colocações dos rankings que medem critérios de desenvolvimento social. Em reforço, André Santa Cruz (2019) observa que o histórico da economia brasileira nos últimos anos trouxe um quadro de profunda crise econômica, com índices alarmantes de desemprego. Com isso, pode-se identificar a importância da AED, dada a sua contribuição para o aperfeiçoamento das normas jurídicas e das decisões judiciais, especialmente na seara dos contratos. Neste ramo em especial, a AED ensina que as partes devem ser livres para contratar, e que o Estado só deve intervir na economia de maneira excepcional, como explica Luciano Benetti Timm<sup>12</sup>, citado por André Santa Cruz (2019):

Para que os contratos cumpram de forma eficiente sua função econômica, é importante que as partes sejam livres para contratar, uma vez que “a ideia de que acordos voluntários levam ao ponto de ótimo social é, a princípio, verdadeira”. Isso nos leva à defesa de nenhuma ou de pouca intervenção estatal nos

---

<sup>9</sup> THE FRASER INSTITUTE. Data From Economic Freedom of The World: 2019 Annual Report.

<sup>10</sup> THE HERITAGE FOUNDATION. 2019 Index Of Economic Freedom. Brazil.

<sup>11</sup> THE WORLD BANK. Doing Business 2019. Training for reform. 16<sup>th</sup> edition.

<sup>12</sup> TIMM, Luciano. Análise econômica dos contratos. [20??]

---

contratos. Para os defensores dessa pouca intervenção, ela se restringiria às situações de “falhas de mercado”, como externalidades, assimetrias de informação, custos de transação, bens públicos etc.

E foi exatamente essa proposta liberal baseada na análise econômica do direito que motivou as alterações promovidas no Código Civil, em matéria de contratos. Porém, Laís Cavalcanti e Gustavo Tepedino (2020, p. 488), advertem que

[t]ais postulados de liberdade, contudo, não podem ser interpretados isoladamente [...], pois as alterações promovidas [...] devem ser interpretadas sistematicamente, com base na tábua axiológica da Constituição Federal, sendo conformados aos valores hierarquicamente superiores.

Essa é uma das exigências da matriz do Direito Civil-Constitucional, que oferece outros parâmetros de interpretação das normas no direito privado.

Em texto dedicado à análise do Direito Civil-Constitucional, no Brasil, César Fiuza (2009) explica que a matéria passou por algumas fases ao longo do tempo. Uma delas, denominada fase conteudista, remonta ao final da década de oitenta e início da década de noventa do século passado. Nesse momento inicial, a preocupação dos autores, dentre os quais estavam o professor da USP, Carlos Alberto Bittar, era mais conteudista, visto que o trabalho dogmático consistia somente (ou pelo menos preponderantemente) na verificação de quais temas de direito privado tinham sido incorporados ao texto constitucional.

Já a segunda fase, denominada interpretativa, difere-se profundamente da anterior em razão da sua proposta de promover uma completa inversão dos critérios hermenêuticos tradicionais do direito privado, “[...] que, de certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil (FIUZA, 2009).”. Ainda de acordo com César Fiuza, um dos autores de grande referência no assunto é o professor da UERJ, Gustavo Tepedino, autor de várias obras sobre o tema, com destaque para o livro “Temas de Direito Civil”, editado pela Renovar, no final da década de 90. Como explica Anderson Schreiber (2016, p. 01), não apenas Gustavo Tepedino, como também Marina Celina Bodin de Moraes foram os pioneiros no desenvolvimento dos estudos no Direito Civil-Constitucional no Brasil.

Como visto, a escola fluminense buscou inspiração nas teses do italiano Pietro Perlingieri, autor de importantes obras, como “O Direito Civil na Legalidade Constitucional” e “Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional”. Nas duas obras citadas encontram-se as principais teses da matriz do Direito Civil Constitucional, sendo que a uma delas, como dito, é a proposta de interpretação da lei à luz da normatividade constitucional.

---

Outra obra internacional de referência, para a matriz do Direito Civil Constitucional, chama-se “Fundamentos de Direito Privado”, editada pela RT, em 1998, de autoria do argentino Ricardo Lorenzetti, o qual também reconhece a importância da Constituição, “[...] como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado (FIUZA 2009).”.

Com essas breves referências, encerra-se a abordagem sobre cada uma das principais matrizes interpretativas de direito privado. Nos próximos capítulos, serão analisadas as modificações operadas pela Lei 13.874/2019, em matéria de contratos e interpretação dos negócios jurídicos, que foram recebidas com aplausos pelos autores ligados à escola da AED, mas sob críticas por parte de alguns autores ligados ao Direito Civil-Constitucional.

### **3 UMA RELEITURA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS À LUZ DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA: O Triunfo dos Enunciados Aprovados nas Jornadas de Direito Comercial**

De acordo com César Fiuza (2015, p. 349), “[i]nterpretar é, antes de tudo, aplicar princípios, é saber que princípio deverá ser aplicado a que caso concreto.”. Nessa mesma linha, o próprio *caput* do artigo 113 do Código Civil dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Com isso, pode-se dizer que a interpretação dos atos jurídicos, especialmente dos contratos, é feita basicamente a partir da aplicação dos princípios da autonomia privada, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva.

A autonomia privada é tida como “[...] o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica (AMARAL, 2008, p. 77). Contudo, essa liberdade não é absoluta, pois ela é conformada pelo princípio da função social dos contratos, como inclusive dispõe o art. 421 do Código Civil.

Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo (2017, p. 64), autor ligado à escola do Direito Civil-Constitucional, o princípio da função social é uma especialização do princípio da justiça social e promocional, no campo dos contratos e “determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem.”. Este interesse social, para o autor, inclui a tutela da parte vulnerável mesmo naqueles contratos não regidos pelo Código, ainda que não configure contrato de adesão<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Na mesma trilha, Cavalcanti e Tepedino sustentam que a função social pode ser entendida como norma que “[...] impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, alcançados pelo contrato.”. (2020, p. 503).

---

Essa relação da função social com parte vulnerável do contrato e com a justiça social, esboçada principalmente por autores civilistas, ganhou força no meio acadêmico, tanto é que foram editados alguns enunciados doutrinários a respeito, tais como o de nº 167<sup>14</sup> e 360<sup>15</sup>, ambos aprovados nas “Jornadas de Direito Civil” (III e IV, respectivamente), realizadas pelo Conselho de Justiça Federal (CJF).

O problema é que essa “visão socializante” dos contratos, defendida por vários civilistas, principalmente, foi muito criticada por autores ligados ao Direito Empresarial, que argumentavam que não seria possível pensar em uma aproximação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, no que tange à regulamentação dos contratos, já que não haveria, nas transações civis e interempresariais, uma parte vulnerável ou hipossuficiente para justificar a intervenção do Estado<sup>16</sup>. Tanto foi assim que os comercialistas editaram enunciados doutrinários completamente destoantes dos citados acima, como os de nº 21<sup>17</sup> e 26<sup>18</sup>, ambos aprovados na I Jornada de Direito Comercial do CJF.

Como se pode notar, há uma profunda divergência no meio acadêmico, pois enquanto os civilistas defendem uma aproximação do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor (Enunciado 167), os comercialistas propõem uma redução do dirigismo contratual nos contratos empresariais (Enunciado 21). Da mesma forma, enquanto a maioria dos civilistas defendem que a função social também tem eficácia interna entre os contratantes (Enunciado 360), os comercialistas entendem que a função social, pelo menos no que tange aos contratos empresariais, só teria eficácia externa/extrínseca (Enunciado 26).

No âmbito jurisprudencial, o STJ já vinha sinalizando que haveria uma diferença entre os contratos civis e empresariais, na medida em que estes últimos, por serem pactuados entre profissionais exploradores de atividade econômica, exigiriam um maior respeito das disposições

---

<sup>14</sup> Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos. (Conselho de Justiça Federal, 2007).

<sup>15</sup> O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes. (Conselho de Justiça Federal, 2007).

<sup>16</sup> Nesse sentido, Bruna Machado de Lima e Jean Carlos Fernandes (2016, p. 09) explicam que uma das praxes indesejáveis na realidade brasileira é a relativização da força vinculante dos contratos empresariais. Para eles, “[a] exorbitante aplicação equivocada do Código de Defesa do Consumidor a contratos empresariais resulta na disseminação de decisões judiciais em que as obrigações fundadas em contratos empresariais estão enfraquecidas, gerando a noção de que em nosso país impera a insegurança jurídica. A legislação consumerista foi editada sob a lógica da vulnerabilidade, fundamento o qual não deve reger os contratos empresariais, estes firmados entre agentes econômicos 'ativos e probos', o que por si só é razão suficiente para afastar a incidência da referida legislação.”

<sup>17</sup> Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais. (Conselho de Justiça Federal, 2013b).

<sup>18</sup> O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial. (Conselho de Justiça Federal, 2013c).

---

convencionadas pelas partes. Assim, por exemplo, no REsp 1.409.849/MG<sup>19</sup>, a 3ª Turma do STJ entendeu não haver qualquer abusividade em cláusula que estabelece a exigência de pagamento de aluguel dobrado, no mês de dezembro (13º aluguel), em contrato de locação em shopping center<sup>20</sup>.

O mesmo STJ também já tinha jurisprudência firmada no sentido de que, em contrato de venda futura de soja, a simples variação cambial que altera a cotação da *commodity* não configura acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam<sup>21</sup>.

Sendo assim, o que se constata é que as mudanças operadas no artigo 421 e o acréscimo do artigo 421-A, no Código Civil, foram realizadas com o objetivo de reforçar a autonomia privada e o *pacta sunt servanda* não apenas nos contratos empresariais, mas em todos os contratos simétricos ou paritários<sup>22</sup>. Aliás, o próprio *caput* do artigo 421 não mais exige que a liberdade de contratar<sup>23</sup> seja exercida em razão e nos limites da função social dos contratos. Agora, a nova regra exige que a liberdade contratual<sup>24</sup> será exercida nos limites da função social dos contratos.

Flávio Tartuce (2019) explica que essa nova redação é resultado de reivindicações antigas de professores da USP, como Antônio Junqueira de Azevedo, Álvaro Villaça Azevedo e Giselda Hironaka, e baseava-se nos seguintes equívocos:

---

<sup>19</sup> Segue breve resumo do caso: Certa sociedade empresária atuante no segmento do comércio de roupas e calçados celebrou contrato de locação com um Shopping Center no Estado do Paraná. No contrato, estava prevista uma cláusula que exigia o pagamento de um 13º aluguel (12º aluguel em dobro) no final de cada ano. Diante do suposto inadimplemento contratual, pelo lojista, a administração do shopping propôs ação de despejo, na qual se discutiu se a cobrança deste encargo era ou não devida. O tribunal paranaense afastou a cobrança de aluguel em dobro nos contratos de aluguel de Shopping Center por entender que, a despeito de ser uma prática corrente, na atual fase da economia (inflação controlada), não mais justificaria o pagamento do aluguel dobrado no mês de dezembro, devendo, desta sorte, ser afastada a cobrança manifestamente abusiva limitando a irrestrita liberdade contratual em busca do equilíbrio decorrente da necessária função social do contrato". Inconformada, a administradora do Shopping Center interpôs o recurso especial, e obteve sucesso, pois o STJ reformou a decisão do tribunal de origem. Como dito, a decisão foi da 3ª Turma que, por unanimidade, entendeu que o afastamento da cláusula, pelo tribunal de origem, não podia prosperar, pois representa indevida interferência do Estado em um contrato interempresarial.

<sup>20</sup> Segue breve trecho da ementa do acórdão: “[...] O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa [...]” (BRASIL, 2016).

<sup>21</sup> Por todos, cite-se o REsp 936.641/GO, em que o STJ decidiu que os “[...] contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.” (BRASIL, 2012).

<sup>22</sup> Na análise de Cavalcanti e Tepedino, “[...] o intuito do legislador parece ter sido manter o contrato incólume de valoração que não aquela conferida pelas próprias partes.” (2020, p. 501).

<sup>23</sup> Para alguns autores, a liberdade de contratar refere-se à autonomia que os particulares têm para decidir se vão ou não contratar.

<sup>24</sup> Seria a liberdade para estabelecer o conteúdo do contrato, para alguns.

---

Como primeiro equívoco anterior, a norma mencionava a *liberdade de contratar*, relacionada com a celebração do contrato em si e que, em regra, é ilimitada, pois a pessoa celebra o contrato quando quiser e com quem quiser, salvo raríssimas exceções. Por outra via, tem-se que a função social - a finalidade coletiva do instituto, com suas projeções internas e externas - limita a liberdade contratual, relativa ao conteúdo negocial em si, às cláusulas contratuais propriamente ditas. Ademais, a função social do contrato nunca foi e não é razão do contrato, constituída pela autonomia privada, pela liberdade individual, sendo necessário excluir a locução “em razão”.

Porém, civilistas vinculados à matriz do Direito Civil Constitucional, como Cavalcanti e Tepedino (2020, p. 501), repugnam veementemente a alteração legislativa e sustentam que “[...] a exclusão da locução “em razão” não tem o condão de afastar o controle de utilidade social das relações patrimoniais, incidente sobre o conteúdo do contrato em razão da hierarquia superior da norma constitucional.”.

Outra polêmica se refere à inclusão do parágrafo único no art. 421, que estabelece que, “[...] nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.”. Nesse ponto, observa-se que a alteração legal seguiu basicamente a orientação firmada pelos precedentes examinados do STJ, e pelo Enunciado nº 21, aprovado na I Jornada de Direito Comercial do CJF, que já defendia a redução do dirigismo contratual nos contratos interempresariais. A diferença é que o parágrafo único do art. 421 se aplica, agora, a todas as relações contratuais privadas, e não apenas aos contratos empresariais, e isso gerou algumas críticas de autores civilistas, que não concordaram com as mudanças.

Não bastassem essas críticas, Flávio Tartuce (2019) também entende que o dispositivo em tela traz uma obviedade “[...] ao enunciar que revisão contratual regida pelo Código Civil é excepcional [...]”, visto que a própria lei (artigos 317 e 448) prevê requisitos rígidos que dificultam a revisão ou resolução dos contratos pelos tribunais brasileiros. E mais, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre foi rigorosa na análise dos requisitos necessários à revisão ou à resolução dos contratos, e afasta a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão em negócios empresariais tipicamente aleatórios<sup>25</sup>.

Outra crítica, formulada por autores como Cavalcanti e Tepedino<sup>26</sup>, é a de que não existiria um

---

<sup>25</sup> Como exemplo, pode-se citar o REsp 849.228/GO, em que a 4ª Turma do STJ entendeu que a simples oscilação do preço não cria onerosidade excessiva em contrato de compra e venda futura de soja: “[...] 3. A variação do preço da saca da soja ocorrida após a celebração do contrato não se consubstancia acontecimento extraordinário e imprevisível, inapto, portanto, à revisão da obrigação com fundamento em alteração das bases contratuais [...]”. (BRASIL, 2010).

<sup>26</sup> “[...] não existe, a rigor, na ordem jurídica, o chamado princípio da intervenção mínima. Ao contrário, há um conjunto de pressupostos e requisitos, autorizado pela Constituição da República e incorporados ao Código Civil, para a intervenção judicial.”. (CAVALCANTI; TEPEDINO, 2020 p. 505).

---

princípio da intervenção mínima, pois a figura do Estado é imprescindível para garantir a própria força vinculante dos contratos.

Por fim, o novo artigo 421-A, inserido pela Lei 13.874/2019, positiva inúmeras regras que também reforçam o princípio da autonomia privada e do *pacta sunt servanda* nas relações privadas. A primeira delas está no próprio *caput* do dispositivo, pois a norma estabelece uma presunção *juris tantum de* paridade dos contratos civis e empresariais, que só pode ser afastada mediante a análise de elementos do caso concreto. Os incisos I e II, por sua vez, também reforçam a autonomia das partes, que são livres para estabelecer parâmetros objetivos para interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução, e também para alocar os riscos inerentes ao negócio.

#### **4 DEMAIS PARÂMETROS INTERPRETATIVOS INSERIDOS NO ARTIGO 113 DO CÓDIGO CIVIL**

Como visto no tópico anterior, a Lei 13.874/2019 promoveu polêmicas alterações no âmbito da interpretação dos contratos, em razão das mudanças operadas no artigo 421, e também pelo acréscimo do artigo 421-A no Código Civil brasileiro. Porém, o legislador também alterou o artigo 113 do citado diploma, mediante a inserção de dois parágrafos que preveem outros parâmetros a serem utilizados no trabalho de interpretação e aplicação das normas negociais previstas não apenas em contratos, mas em atos jurídicos no geral.

Da análise de cada um desses parâmetros, observou-se que são seis, no total, a saber: *i)* o comportamento das partes (art. 113, §1º, inc. I); *ii)* os usos, costumes e práticas de mercado (art. 113, §1º, inc. II); *iii)* boa-fé objetiva (art. 113, §1º, inc. III) ; *iv)* a regra da *interpretatio contra proferentem* (art. 113, §1º, inciso IV); *v)* o critério da vontade presumível (art. 113, §1º inc. V) e *vi)* critérios negociais (Art. 113, §2º).

Neste tópico, serão analisados cada um desses parâmetros, o que se fará com o objetivo de verificar se houve alguma mudança significativa nos critérios de interpretação dos negócios jurídicos, levando-se em conta, principalmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

##### **4.1 O Comportamento das Partes como Critério de Interpretação**

Como dito acima, daqui em diante a análise pontual de cada um dos dispositivos do art. 113 do Código Civil será feita com objetivo de verificar se a alteração legislativa trouxe efetivamente algo de novo para o tema da interpretação dos atos jurídicos em geral. Com esse objetivo em foco, o primeiro critério a ser examinado é o comportamento das partes, pois o art. 113, §1º, inc. I do

---

Código Civil dispõe que: “A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;”.

Nesse aspecto, a alteração legal não trouxe nenhuma novidade, pois o comportamento das partes sempre foi elemento importante na interpretação dos contratos, na medida em que ele é determinado pela boa-fé objetiva<sup>27</sup>. Além disso, há um problema ainda maior no citado dispositivo, pois a regra orienta o julgador a avaliar o comportamento da parte somente durante a fase de cumprimento do contrato, e peca ao supor que a solução dos problemas se resumiria na verificação da boa-fé objetiva apenas na fase de execução da avença, quando se sabe que tal princípio se aplica em todas as fases do negócio<sup>28</sup>.

Dessa forma, a alteração proposta é restritiva e redundante, já que o padrão de comportamento da parte é uma exigência do princípio da boa-fé objetiva, que é parâmetro para interpretação dos negócios jurídicos (artigo 113, *caput*). Inclusive, um recente julgado do STJ é útil para exemplificar o critério de interpretação em análise<sup>29</sup>, e também serve para demonstrar que a regra não muda absolutamente nada, uma vez que os tribunais brasileiros já aplicavam as figuras da *supressio*, *surrectio* e *venire contra factum proprium* nos casos concretos<sup>30</sup>.

#### 4.2 Os Usos, Costumes e Práticas do Mercado

O próximo critério de interpretação dos contratos são os usos, os costumes e as práticas de mercado, como prevê o art. 113, § 1º, inc. II, do Código Civil: “Art. 113 [...] § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio.”. Porém, novamente a alteração legislativa não trouxe algo

---

<sup>27</sup> Como explicam Cavalcanti e Tepedino: [...] a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, do Código Civil, doutrina e jurisprudência, paulatinamente, construíram os padrões de comportamento considerados compatíveis (ou incompatíveis) com a boa-fé objetiva [...]. (2020, p. 495).

<sup>28</sup> Com este mesmo pensar, Cavalcanti e Tepedino entendem que a regra do inciso I restringe a atividade interpretativa, pois confronta-se com a *ratio* do artigo 422 do Código Civil, “[...] que estabelece a incidência da boa-fé na fase pré-contratual, durante a execução do contrato e também sua eficácia pós-contratual [...]” (2020, p. 501).

<sup>29</sup> O caso se resume no seguinte: duas sociedades empresárias celebraram contrato de locação comercial, em 16 de março de 2010, para exploração de ponto em shopping center situado na cidade de Maringá/PR, pelo prazo de 20 anos. No contrato, havia previsão de que o valor do aluguel mensal sofreria certo reajuste anual. Porém, durante os cinco primeiros anos, a locadora recebeu o pagamento dos aluguéis sem o acréscimo do reajuste, e sem fazer qualquer ressalva quanto ao inadimplemento. Foi então que, no ano de 2015, a locadora promoveu uma notificação extrajudicial à locatária, para cobrar desta mais de R\$ 360.000,00 de reajuste retroativo. Inconformada com o fato, a locatária promoveu ação declaratória de inexistência de débito, sustentando que a locadora não teria direito de cobrar os reajustes retroativos, assim como também não teria direito de cobrar os futuros, pois, com a ocorrência da *supressio*, ela teria “perdido” o direito de cobrar os valores. Porém, o STJ e os tribunais de origem entenderam que a locadora realmente não poderia cobrar o reajuste retroativo, mas poderia sim cobrar os valores posteriores à notificação.

<sup>30</sup> Segue um breve trecho da ementa do acórdão: “[...] A *supressio* decorre do não exercício de determinado direito, por seu titular, no curso da relação contratual, gerando para a outra parte, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, a legítima expectativa de que não mais se mostrava sujeito ao cumprimento da obrigação. [...]”. (BRASIL, 2019).

---



de novo, pois o próprio *caput* do art. 113, em sua redação original, já determinava que qualquer negócio jurídico deve ser interpretado segundo os usos do lugar de sua celebração.

Além disso, a desnecessidade de menção do costume como fonte de interpretação de uma norma negocial também decorre do fato de que o costume é, nos termos da vetusta Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), uma fonte supletiva do direito, atuando como mecanismo de integração de lacunas normativas. Muitas vezes é a própria lei, diga-se de passagem, que faz menção aos costumes ou aos usos do lugar como forma de solucionar eventuais questões obrigacionais, como dispõe, exemplificativamente, as regras previstas nos artigos 529 (venda sobre documentos), 628, parágrafo único (depósito voluntário), 658, parágrafo único (mandato), 695 (comissão), 724 (corretagem), 753, §1º (transporte de coisas) etc.

Ademais, os costumes sempre foram importantes na criação das normas empresariais, tanto é assim que as Juntas Comerciais de cada ente federativo são responsáveis pelo assentamento dos usos e costumes do comércio, por expressa disposição do art. 8º, inc. VI, da Lei 8.934/94. De resto, é possível encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inúmeros casos que envolveram conflitos contratuais e que foram solucionados com base no costume<sup>31</sup>, o que mostra que as alterações não promoveram nenhuma mudança no ordenamento jurídico vigente.

#### **4.3 A Boa-fé objetiva.**

A boa-fé também foi mencionada expressamente como critério para a interpretação dos negócios jurídicos em geral. Porém, trata-se de outra norma redundante, pois o *caput* do art. 113 já previa que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. Por isso vários autores, com razão, não identificam qualquer utilidade no dispositivo em apreço, pois, afinal, a boa-fé objetiva cumpre e sempre cumpriu função interpretativa dos contratos, e isso tanto resultava das próprias previsões legais (art. 113, redação original, art. 187, art. 422) como da própria atividade da jurisprudência, que sempre aplicou a boa-fé em todas as fases do contrato. Por tudo isso, mostra-se totalmente pertinente a crítica apresentada por Cavalcanti e Tepedino (2020, p. 500), no sentido de que as alterações promovidas pela Lei 13.874/2019 não

---

<sup>31</sup> A título de ilustração, pode-se citar o REsp 877.074/RJ. O caso envolveu cobrança de sobrestadias geradas pelo atraso no desembarço de mercadorias no ponto de desembarque. Certa transportadora moveu ação de cobrança contra uma exportadora que a contratou para o transporte rodoviário de cargas agrícolas referentes à safra de 2002/2003. O problema é que houve atraso no desembarço das mercadorias no porto de entrega, o que gerou despesas de sobrestadias, que foram pagas ao motorista pelo tempo excedente. Com isso, a transportadora moveu ação contra a exportadora para cobrar o valor referente às sobrestadias, e pediu que fosse produzida prova testemunhal para comprovar que o dever de pagamento de tais despesas, pelo dono da carga, era um costume comercial. No final das contas, o STJ acabou reconhecendo a possibilidade de comprovação do costume por prova testemunhal. (BRASIL, 2009).

---

acrescentaram parâmetros úteis para a interpretação dos negócios jurídicos, pois grande parte dos critérios em análise realmente não são mais do que, como eles bem frisaram, “regras comezinhas de hermenêutica”.

Com essa mesma percepção, Guilherme Nitschke (2020), parafraseando o cantor Cazuza, afirma que a LLE trouxe um “museu de velhas novidades”, ao consolidar, de forma atécnica e criticável, normas de hermenêutica contratual que já existiam na legislação brasileira.

#### **4.4 O Critério da Interpretação *Contra Proferentem***

Passando para o quarto critério, previsto no inciso IV, do §1º, chega-se diante da seguinte regra: “Art. 113 [...] § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável”. Este é o critério que estabelece a regra da interpretação *contra proferentem* para os atos jurídicos em geral, e não apenas para os contratos de adesão.

O critério em análise pressupõe a existência de dúvidas sobre uma ou mais cláusulas em determinado ato ou negócio jurídico. Nesses casos, a interpretação deve favorecer a parte que não redigiu a cláusula, caso seja possível identificar tal fato no caso concreto.

Como já alertado, esse critério já tinha previsão legal, no direito brasileiro, mas sua aplicação era específica para os contratos de adesão, nos termos do art. 423, *caput*, do Código Civil. Também há notícia de previsão deste critério em normas internacionais, pois a interpretação *contra proferentem* é um princípio previsto no Unidroit (Instituto Internacional para Uniformização do Direito Privado, 2010), no art. 4.6: “If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred<sup>32</sup>”.

De acordo com André Santa Cruz (2019), este critério tem profunda relação com a análise econômica do direito, pois seu objetivo é criar incentivo para que as partes redijam as cláusulas com mais clareza, o que contribui para a melhoria dos contratos e para a redução da taxa de litigiosidade.

Porém, apesar das boas intenções legislativas, a regra em comento foi alvo de severas críticas, como as que foram colocadas por Judith Martins Costa (2020). Para ela, a regra equipara a cláusula dúbia à torpeza, sem exigir a presença de algum elemento subjetivo (dolo, por exemplo)

---

<sup>32</sup> Em tradução livre: “Se os termos do contrato fornecidos por uma parte não forem claros, é preferível uma interpretação contra essa parte.”.

---

da parte que elaborou a cláusula. Ademais, a citada autora também propõe a seguinte questão: “Afinal, quem se arriscaria a entregar a minuta à contraparte?”.

Judith Martins Costa também esclarece que nem sempre quem elabora é também aquele redige a cláusula. Assim, no vai-e-vem de e-mails e mensagens trocadas entre as partes, durante as tratativas, as cláusulas acabam sendo “elaboradas” por ambos, mas “redigidas” por apenas um deles, não sendo razoável penalizar somente a parte que ficou responsável pela redação do texto, com uma interpretação que lhe seja desfavorável.

A partir dessas considerações, conclui-se que a regra da interpretação *contra proferentem* aos atos jurídicos em geral pode ser apontada como uma das poucas novidades resultantes das modificações operadas no Código Civil pela Lei 13.874/2019, pois até então este critério se aplicava especificamente aos contratos de adesão (art. 423 do Código Civil). Porém, agora as partes deverão ter ainda mais cautela no trabalho de elaboração e redação das cláusulas contratuais, pois um contratante poderá ser prejudicado por ter elaborado alguma cláusula ambígua, ainda que não tenha agido com a intenção (boa-fé subjetiva) de prejudicar o outro contratante.

#### **4.5 O Critério da Vontade Presumível**

Chegando agora ao quinto critério, passa-se à análise do critério previsto no art. 113, §1º, inc. V do Código Civil<sup>33</sup>. De acordo com André Santa Cruz, este critério está sendo conhecido como a regra da vontade presumível. Por ele, o magistrado deve, diante de uma lacuna contratual, tentar se colocar no lugar das partes, levando em conta a racionalidade econômica de cada uma delas, bem como as informações disponíveis no momento da celebração, para identificar como eles poderiam ter regulado a questão<sup>34</sup>.

Para ilustrar, André Santa Cruz (2019) traz o exemplo do contrato de locação em que as partes não pactuaram expressamente quem seria o responsável pelo pagamento de certa despesa. No caso, supondo-se que todas as demais despesas já estavam por conta do locatário, não faz sentido atribuir a despesa ao locador, pois do contrário a decisão não estaria observando a racionalidade econômica do contrato, nem teria coerência lógica com o negócio como um todo.

---

<sup>33</sup> “Art. 113 [...] § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.”.

<sup>34</sup> Nesse sentido, é a lição deixada por Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2016, p. 16): “[...] na dúvida, deve-se adotar a interpretação compatível com a vontade presumível das partes, levando em conta a racionalidade econômica, a coerência lógica com as demais cláusulas do negócio e o contexto da época (“informações disponíveis no momento” da celebração do contrato).”.

---

Sem desmerecer o esforço dos autores de tentar explicar o critério da “vontade presumível”, o que se pode dizer, por enquanto, é que a “racionalidade econômica das partes” é um conceito jurídico indeterminado, e caberá ao Poder Judiciário a tarefa de lhe atribuir algum sentido mais objetivo. Isso é um problema, pois a regra traz como efeito um resultado totalmente oposto ao pretendido pela LLE, qual seja: a insegurança decorrente da aplicação de conceitos indeterminados nos casos reais.

E mais: a rigor, o critério em apreço também é redundante, pois o artigo 112 do Código Civil já exigia que “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nela consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”, sendo que os juízes e tribunais brasileiros sempre tiveram que identificar qual seria a “vontade presumível” das partes no trabalho de interpretação das normas negociais. Para corroborar esta afirmação, vale analisar recente decisão proferida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>35</sup>, que assentou o seguinte entendimento: “[...] o contrato não pode ser interpretado em tiras, aos pedaços, devendo, em verdade, cingir a totalidade dos interesses instrumentalizados pelas partes.”.

#### **4.6 Critérios Negociais**

Finalmente, chega-se à regra do §2º do art. 113<sup>36</sup>. Apesar das críticas feitas pela doutrina em razão da redundância do texto, já que “preenchimento de lacuna” e “integração” significam a mesma coisa, alguns autores salientaram a importância da regra, que visa a proporcionar maior liberdade para as partes estipularem o conteúdo do contrato, o que não deixa de ser outro importante reforço da autonomia privada nos contratos.

Assim, por exemplo, as partes poderiam evitar a aplicação do polêmico critério da interpretação *contra proferentem*, a fim de evitar futuros problemas com o contrato. Nesse mesmo caminho, Carlos Eduardo Elias de Oliveira traz outros exemplos de aplicação deste critério<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> “[...] nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, devendo ser preservadas as legítimas expectativas criadas pelas partes de boa-fé. 5. Em suma, a referida cláusula contratual deve ser interpretada com base no cânone hermenêutico da totalidade e da coerência, e não de maneira meramente literal, visto que o contrato cristaliza uma totalidade de sentido, não compactuando com perspectiva atomizada, isto é, isolada do contexto em que redigido e do restante do conteúdo do instrumento contratual. 6. Em outras palavras, o contrato não pode ser interpretado em tiras, aos pedaços, devendo, em verdade, cingir a totalidade dos interesses instrumentalizados pelas partes. [...]” (BRASIL, 2020).

<sup>36</sup> Art. 113 [...] § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

<sup>37</sup> Segundo o autor citado, “[...] poderiam as partes pactuar que, no caso de dúvida interpretativa, prevaleceria aquela mais lucrativa economicamente para uma das partes. Poderiam, até mesmo, num exemplo cerebrino, pactuar que, havendo dúvidas interpretativas, as partes decidirão com base na sorte (como por meio do jogo da 'cara ou coroa') a interpretação a prevalecer.”. (2019, p. 16).

---

De qualquer forma, essa ampla liberdade para estipular critérios de interpretação das cláusulas contratuais não pode se transformar em instrumento para a prática de abusividades nas negociações, por isso nada impede que o Judiciário possa reconhecer a nulidade de eventual cláusula contratual, especialmente quando a regra de interpretação pactuada afastar alguma regra de ordem pública (cogente).

Aliás, como dispõe o próprio artigo 421-A, a presunção de simetria e paridade dos contratos civis e empresariais podem ser afastados, ocasionalmente, quando alguns elementos evidenciarem a existência de vulnerabilidades no caso concreto.

## 5 CONCLUSÃO

Ao término deste breve estudo, dedicado à revisão dos princípios e dos critérios de interpretação dos contratos, no direito brasileiro, obteve-se alguns resultados que permitem oferecer uma resposta ao problema enunciado na introdução do trabalho, assim como apresentar outras conclusões relevantes.

A pergunta formulada foi: afinal, o que muda, no direito contratual brasileiro, com as alterações promovidas pela Lei 13.874/2019 nos artigos 421, 421-A e 113 do Código Civil?

Levando-se em consideração o trabalho jurisprudência até então desenvolvido, pode-se afirmar que as alterações não determinaram uma mudança significativa, pois as decisões do Superior Tribunal de Justiça, que foram examinadas no decorrer deste trabalho, revelam que este tribunal superior já adotava os conceitos e os critérios inseridos nas novas disposições legais em seus julgados.

Assim, por exemplo, no REsp 1.409.849/MG, julgado pela 3ª Turma, foi decidido que o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas é mais restrito nos contratos empresariais do que em outros setores do direito privado, pois as negociações são elaboradas entre profissionais da área. Em complemento, no REsp 936.641/GO, da 4ª Turma, o STJ entendeu que, pelo menos nos contratos empresariais, deve prevalecer os princípios da autonomia da vontade e o da força obrigatória das avenças.

Com isso, a análise de tais decisões indica que a inserção do princípio da intervenção mínima do Estado, no parágrafo único do artigo 421, não traz nenhuma novidade, pois a jurisprudência do STJ já aplicava o princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*), com mais rigor, nos contratos interempresariais. Pelo mesmo motivo, a previsão, no artigo 421-A, de que os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos também não traz nada de novo para a

---

disciplina dos contratos, pois o próprio Enunciado nº 21, aprovado na I Jornada de Direito Comercial já estabelecia que, nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.

Fica nítido, então, que as mudanças vieram para consolidar e positivar entendimentos jurisprudenciais e doutrinários em matéria de contratos empresariais, e se há algo de importante nisso, é que as novas regras reforçam o princípio da obrigatoriedade, satisfazendo os interesses de grupos econômicos que pedem mais “segurança” nas decisões judiciais.

Outra regra consagrada pela Lei da Liberdade Econômica, que já era aplicada pelos tribunais brasileiros, é a da excepcionalidade da revisão contratual, prevista na parte final do parágrafo único do artigo 421. Nesse ponto, foi pertinente a crítica apresentada por alguns autores, já que a jurisprudência sempre aplicou com muito rigor os requisitos necessários à revisão ou à resolução dos contratos no direito brasileiro, como ficou claro no exame do REsp 849.228/GO, da 4ª Turma do STJ.

O mesmo pode-se dizer em relação aos critérios de interpretação inseridos nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 113 do Código Civil, pois, como visto ao longo do texto, a maior parte das regras hermenêuticas positivadas já era aplicada pelo STJ nos casos concretos.

Nesse sentido, o REsp 1.803.278/PR, julgado pela 3ª Turma do STJ, demonstrou que o comportamento posterior das partes, um dos critérios de interpretação inseridos no art. 113, §1º, inc. I, do Código Civil, já era aplicado pela jurisprudência, pois o citado tribunal aplicou a figura do *supressio*, no caso concreto, para impedir que o locador pudesse cobrar do locatário o valor decorrente de reajustes retroativos, que não foram cobrados anteriormente, nem objeto de ressalva, em recibo de quitação.

Da mesma forma, o REsp 877.074/RJ, também da 3ª Turma do STJ, foi citado para demonstrar que os costumes, os usos e as práticas comerciais sempre foram utilizados no trabalho de interpretação de normas negociais. No caso, verificou-se que o STJ admitiu a comprovação de um costume por prova testemunhal, em um contrato em que o transportador cobrou do cliente o valor decorrente de sobrestadias geradas pelo atraso no desembarço das mercadorias no porto onde elas seriam despachadas.

Por fim, o AgIn no Agn nos EDI no AREsp 1.475.627/SP, julgado pela 4ª Turma, revelou que o STJ já aplicava o critério que está sendo chamado de “vontade presumível”, que agora está previsto no artigo 113, §1º, inc. V do Código Civil, com base na regra do artigo 112, que já existia na codificação privada.

---

Conclui-se, com isso, que uma das poucas novidades trazidas pelo atual artigo 113 foi o critério da interpretação *contra proferentem*, que agora se aplica aos atos jurídicos em geral, e não apenas aos contratos de adesão, como previa o artigo 423 do diploma privado. Mesmo assim, a regra foi recebida com críticas, pois ela pode contribuir para gerar um clima de desconfiança, entre os contratantes, no momento de elaborar e redigir as cláusulas contratuais.

Ademais, o critério estabelecido no §2º do artigo 113, e no inciso I do artigo 421-A, que permite que as partes criem suas próprias regras de interpretação do negócio também representa inovação, na medida em que ele reforça o princípio da autonomia privada e o *pacta sunt servanda* nos contratos simétricos e paritários.

Porém, como já ressaltado, essa liberdade para a definição de regras de interpretação não é absoluta, de modo que as partes não poderiam, por exemplo, optar pelo afastamento de normas de caráter público/cogente que incidem sobre todo e qualquer tipo de contrato. E nada impede, também, que o Judiciário possa intervir no contrato, pois a lei fixa apenas uma presunção – relativa, é claro – de paridade e simetria dos contratos civis e empresariais, que pode ser afastada caso se verifique a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, como prevê o artigo 421-A do Código Civil.

Fora isso, as alterações foram e estão sendo alvo de severas críticas, muitas das quais são realmente pertinentes. Um dos grandes problemas apontados é a redundância, pois a boa-fé objetiva sempre cumpriu função interpretativa nos negócios jurídicos, em razão da regra prevista originariamente no *caput* do artigo 113. Portanto, não faz sentido repetir a regra no parágrafo primeiro deste dispositivo.

O mesmo se diga em relação aos costumes, usos e práticas comerciais, que sempre foram utilizados como mecanismo de interpretação e integração de lacunas normativas em normas negociais, isso sem contar que os usos também já estavam previstos na regra do *caput* do artigo 113, e também são mencionados em diversas regras espalhadas pelo Código Civil.

Porém, para este autor, a maior polêmica gerada pelas alterações está relacionada com o tema da função social dos contratos, pois a Lei 13.874/2019 promoveu mudanças no artigo 421, que não agradaram muitos civilistas, especialmente aqueles vinculados à escola do Direito Civil-Constitucional.

Assim, a retirada dos termos “em razão”, do *caput* do artigo 421, se deu com um objetivo muito claro: afastar a ideia de que a função social do contrato tem uma eficácia interna/intrínseca, entre as partes, que permite que o juiz possa interferir nos negócios simétricos e paritários em defesa da

---

parte mais vulnerável do contrato.

Para este autor, a mudança representa a vitória da tese de que função social tem apenas uma eficácia externa ou extrínseca, como já previa o Enunciado nº 26, aprovado na I Jornada de Direito Comercial (O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial).

O grande problema é que essa alteração também alcançou os contratos civis, em geral, o que provocou profundo descontentamento por parte de vários civilistas. E não era para menos, pois as mudanças operadas pela Lei 13.874/2019 vieram para atender muito mais as reivindicações de empresários e de autores especializados em contratos empresariais, ambos influenciados pela matriz da Análise Econômica do Direito.

Tudo aconteceu de forma muito rápida, atrapalhada, e sem as devidas reflexões, o que já era de se esperar, pois não é comum, no direito brasileiro, o uso de Medida Provisória para tratar de assuntos ligados ao Direito Privado (contratos, principalmente), de forma que o legislador deveria ter mais respeito com a autonomia e as características de cada ramo do Direito Privado, isso porque a unificação das obrigações, operada pelo Código Civil de 2002, se deu apenas no aspecto formal, sendo que cada ramo conservou seus princípios particulares.

## **BIBLIOGRAFIA**

AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 7ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Renovar: 2008. p. 77.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma (T3). REsp 877.074/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrigui. Julgamento 12.05.2009. DJe 17 ago. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601756504&dt\\_publicacao=17/08/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601756504&dt_publicacao=17/08/2009)>. Acesso em 15 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 849.228/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 03.08.2010, DJe 12.08.2010). Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601065914&dt\\_publicacao=12/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601065914&dt_publicacao=12/08/2010)>. Acesso em 06 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 936.741/GO. Julgado em 03.11.2011. DJe 08 mar. 2012. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200700658526&dt\\_publicacao=08/](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700658526&dt_publicacao=08/)>

---



[03/2012](#). Acesso em 15 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma (3T). REsp 1.409.849/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em 26.04.2016, *DJe* 05.05.2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303420570&dt\\_publicacao=05/05/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303420570&dt_publicacao=05/05/2016)> Acesso em 15 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma (T3). REsp 1.803.278/PR. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 22.10.2019. *DJe* 05.11.2019. Disponível: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201900710351&dt\\_publicacao=05/11/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900710351&dt_publicacao=05/11/2019)>. Acesso em 15 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AgInt no AgInt nos EDI no AREsp 1.475.627/SP. Min. Rel. Luis Felipe Salomão. Julgado em 18.02.2020. *Dje* 05 mar. 2020. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201900858327&dt\\_publicacao=05/03/2020](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900858327&dt_publicacao=05/03/2020)>. Acesso em 16 mar. 2020.

CAVALCANTI, Laís; TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre as Alterações Promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos Artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO; Luiz Felipe; CUEVA; Ricardo Villas Bôas; Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2020. p. 487 a 513.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil. Enunciado 167. Brasília, CJF, 2007. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados-jornadas-1-3-4.pdf>>

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado 360. Brasília, CJF, 2007. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados-jornadas-1-3-4.pdf>>

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Comercial [23-24 de outubro de 2012, Brasília] Enunciado 21. Brasília, 2013. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>>

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. I Jornada de Direito Comercial. Enunciado nº 23. Brasília/DF, 2013a. ISBN 978-85-85572-99-0. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>>. Acesso em 02 fev. 2010

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Comercial [23-24 de outubro de 2012, Brasília] Enunciado 26. Brasília, 2013b. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>>

---

[judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>](#)

COSTA, Judith Martins. Curso Sobre a Lei da Liberdade Econômica. Escola Paulista de Magistratura. São Paulo, março de 2020. Notas de aula.

FIUZA, César. Contribuição para uma nova hermenêutica civil-constitucional. In: Revista Âmbito Jurídico, 01 abr. 2009. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/contribuicao-para-uma-nova-hermeneutica-civil-constitucional/>>. Acesso em 07 mar. 2020.

FIUZA, César. Direito Civil. Curso Completo. 18ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2015.

FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica. Notas Sobre as Alterações Promovidas pela Lei nº 13.874/2019 Nos Artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2020. p. 487 a 510.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). Roma, 2010. ISBN: 88-86449-19-4. Article 4.6 (Contra Proferentem Rule). Disponível em: <<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>> Acesso em 16 mar. 2020.

LIMA, Bruna Nogueira Tosta Machado de; FERNANDES, Jean Carlos. O direito empresarial e a necessidade do regular funcionamento do mercado. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 13, n. 03, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246350>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil. Contratos. 3. ed. Saraiva, São Paulo: 2017.

MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. In: SALOMÃO; Luiz Felipe; CUEVA; Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica. Contribuições da Análise Econômica do Direito para a Lei de Liberdade Econômica Instituições e Custos de Transação. Revista dos Tribunais (Thomson Reuters), São Paulo: 2020, p. 289 a 306.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Aula sobre interpretação do negócio jurídico ministrado no Curso sobre a Lei da Liberdade Econômica, ministrada pela Escola Paulista da Magistratura em 12 mar. 2020.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Lei da Liberdade Econômica: diretrizes interpretativas da nova Lei e Análise detalhada das mudanças no Direito Civil e no Registros Públicos. In: [meusitejuridico.com.br](https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/09/5644cacd-2019-9-lei-da-liberdade-economica.pdf), 21 set. 2019. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/09/5644cacd-2019-9-lei-da-liberdade-economica.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2020.

PORTO, Antônio José Marestello; GRAÇA, Guilherme Mello (colab). Análise Econômica do Direito. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 2013.

---

SANTA CRUZ, André. Curso sobre a Lei de Liberdade Econômica ministrado na rede CP JURIS. Brasília, ago. 2019.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (org.). Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro, Editora Atlas, 2016. p. 1.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Curso sobre a Lei da Liberdade Econômica ministrado na Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, 12 mar. 2019

TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. Segunda parte. In: Migalhas.com.br. disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte>>. Acesso em 16 fev. 2020.

THE FRASER INSTITUTE. Data From Economic Freedom of The World: 2019 Annual Report. Disponível em: <<https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/map?geozone=world&page=map&year=2017>>. Acesso em 15 nov. 2019.

THE HERITAGE FOUNDATION. 2019 INDEX OF ECONOMIC FREEDOM. BRAZIL. Disponível em: <<https://www.heritage.org/index/pdf/2019/countries/brazil.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2019.

THE WORLD BANK. Doing Business 2019. Training for reform. 16<sup>th</sup> edition. Disponível em: <[https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/AnnualReports/English/DB2019-report\\_web-version.pdf](https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/AnnualReports/English/DB2019-report_web-version.pdf)>, p. 05. Acesso em 15 nov. 2019.

SANTA CRUZ, André. Notas do Curso sobre a Lei da Liberdade Econômica ministrado pelo autor citado na rede CP Juris em agosto de 2019.

---

## HUME, DELEUZE E UMA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

### HUME, DELEUZE AND A INTERPRETATION OF LAW

Ester Maria Dreher Heuser<sup>1</sup>

Christian Alejandro Kessel<sup>2</sup>

**RESUMO:** Desde uma perspectiva latino-americana, o artigo examina alguns aspectos que condicionam a configuração atual da sociedade, premida pela pandemia do coronavírus, tal como suscitado pela teoria do artifício de Hume e renovada por Deleuze; evidencia o caráter artificial da justiça, das leis e do Direito, orientados pelo associacionismo; apresenta as razões pelas quais instituições são criadas, bem como a importância de elas serem orientadas pela estima, e não pela simpatia; por fim, sublinha que cabe ao sistema jurídico, às ações de governos e à escolha dos governantes agirem pelo mesmo critério.

Palavras-chave: Teoria do artifício; Instituições; Justiça; Direito.

**ABSTRACT:** From a Latin American perspective, the article examines some aspects that condition the current configuration of society, pressured by the coronavirus pandemic, with the terms contained in the Hume's theory of artifice and renewed by Deleuze; it highlights the artificial character of justice, laws and the Law, guided by *associationism*; it presents the reasons why institutions are created, as well as the importance of them being guided by *esteem*, not *sympathy*; finally, it stresses that it is up to the legal system, the actions of governments and the choice of rulers to act by the same criterion.

Key words: Theory of artifice; Institutions; Justice; Law.

### PRÓLOGO

A conjuntura se impõe. No tempo em que vivemos parece imperativo nos dedicarmos a pensar o isolamento ou a pandemia. Certamente os textos de David Hume (Escócia, 1711-1776) nos

---

<sup>1</sup> Professora Associada do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Curso de Filosofia (Licenciatura e Pós-graduação – Mestrado e Doutorado). Participa da Rede de Pesquisa “Escrituras da diferença em filosofia-educação/CNPq” e do Grupo de Pesquisa da UNIOESTE “Ética e Filosofia Política/CNPq” <http://lattes.cnpq.br/5548908138476554> ORCID ID 0000-0002-1762-7526

<sup>2</sup> Profesor Adjunto de Derecho Público de la Ciudad de Buenos Aires en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Director de un proyecto de investigación DeCyT en el Instituto Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Argentina. Participa da Rede de Pesquisa “Escrituras da diferença em filosofia-educação/CNPq” y del Centro de Estudios en Filosofía de la Cultura con base en la Universidad del Comahue, Argentina. Se desempeña como Prosecretario letrado de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. <http://lattes.cnpq.br/9814761915187856>

---

permitiriam considerar alguns paralelos entre as epidemias passadas e os problemas atuais. Nos vários volumes que dedicou à sua *História da Inglaterra*, em mais de uma ocasião rememorou as pestes de que o Reino padeceu e seus efeitos sobre a atividade política e social<sup>3</sup>. Nessas páginas há referências suficientes, se não para pensar o presente, ao menos para nos perguntarmos em que medida a esteira desses dramas revela o devir de algumas de nossas próprias contradições, estratégias de sobrevivência ou, inclusive, um olhar da vida e da morte que ponha em perspectiva o nosso próprio tempo, neste momento cheio de interrogantes jurídicos de toda índole<sup>4</sup>. No entanto, nos parece tão necessário pôr o foco na emergência, como evitar que sua sombra e seu peso nos impeçam de examinar algumas das condições profundas da sua configuração atual, como aquelas implicadas por nossa concepção de vida em sociedade e do sistema jurídico. Questões que, por sua vez, demandam uma constante atenção, caso se queira atender àqueles problemas cuja existência precedem e, seguramente, subsistem à circulação do vírus.

De todo modo, a obra de Hume nos permite transcender o dilema, uma vez que fornece conceitos, à luz da interpretação de Gilles Deleuze (França, 1925-1995), que nos permitem refletir acerca da procedência e do alcance da constituição do emergente, quaisquer que sejam suas características e intensidades. Em outras palavras, retomar sua teoria dos artifícios, sua concepção das instituições, a estima, a moral e a justiça, implica dotar-nos de ferramentas para distinguir alternativas à parte da ordem imperante e, talvez, até ganhar disposição para sermos atores do acontecer, operadores de sua contraefetuação (DELEUZE, 1989, p. 157).

---

<sup>3</sup> A partir de 1350 “[...] uma epidemia destrutiva, invadiu [a Inglaterra] e o restante da Europa; calcula-se que ela tenha matado cerca de um terço dos habitantes em todos os países que atacou. Provavelmente foi mais fatal nas grandes cidades do que no país como um todo; mais de cinquenta mil almas morreram por causa dela somente em Londres. Essa doença foi descoberta pela primeira vez no norte da Ásia, espalhou-se por todo o país, avançou de um extremo a outro da Europa e despovoou sensivelmente todos os estados pelos quais passou. Uma calamidade tão grave, mais do que a pacífica disposição dos príncipes, serviu para manter e prolongar a trégua entre a França e a Inglaterra” (“[...] a destructive pestilence, invaded [England] as well as the rest of Europe; and is computed to have swept away near a third of the inhabitants in every country, which it attacked. It was probably more fatal in great cities than in the country; and above fifty thousand souls are said to have perished by it in London alone. This malady first discovered itself in the north of Asia, was spread over all that country, made its progress from one end of Europe to the other, and sensibly depopulated every state through which it passed. So grievous a calamity, more than the pacific disposition of the princes, served to maintain and prolong the truce between France and England”) (HUME, 2020, H 16.2).

<sup>4</sup> Entre as referências há uma particularmente interessante. Ao relatar as consequências do grande incêndio de Londres, em setembro de 1666, Hume assinalou que: “[...] apesar da grande calamidade na época, [o que se passou após o incêndio] se provou como benéfico, tanto para a cidade, quanto para o reino. A cidade foi reconstruída em muito pouco tempo; foi tomado o cuidado para tornar as ruas mais amplas e regulares do que antes. Um poder discricionário foi assumido pelo rei para regular a distribuição dos edifícios e proibir o uso de ripas e de madeira, cujos materiais eram usados até então para construir as casas. A necessidade era tão urgente e a ocasião tão excepcional, que nenhuma medida foi tomada no exercício de autoridade que, de outra forma, poderia ter sido considerada ilegal. Se o rei tivesse sido capaz de manter seu poder por mais tempo, conseguir que as casas fossem reconstruídas com perfeita regularidade, totalmente de acordo com um plano, ele teria contribuído muito para a conveniência, bem como para o embelezamento da cidade. Grandes vantagens, no entanto, resultaram dessas alterações, embora isso não seja aplicado em toda a sua extensão. Londres ficou muito mais saudável após o incêndio. A praga, que costumava irromper com grande fúria duas ou três vezes a cada século, e de fato estava sempre

---

Cabe ressaltar que David Hume não foi um amante do Direito, ao menos não de um modo *convencional*. Quatro meses antes de sua morte, escreveu um breve relato autobiográfico: *Minha vida* (HUME, 1985). Em poucas páginas, recapitula pouco mais que a ordem e a incidência de suas publicações, a cronologia de seus ofícios e alguma referência a seu capital econômico. Também, revela que, em sua juventude, pela disposição ao estudo, por sua sobriedade e habilidade, a família Hume pensou que o Direito seria a profissão adequada para ele. Porém, sentia uma insuperável aversão a tudo que não fossem as tarefas da filosofia e o conhecimento em geral. Conta que enquanto sua família supunha que estava examinando os textos de Voet e de Vinnius, os autores que devorava em segredo eram Cícero e Virgílio. Apesar das ironias do destino que fez dele um bibliotecário – mais especificamente exercendo o cargo de conservador da Biblioteca dos Advogados –, ter frequentado uma faculdade de Direito, sem dúvida, tornou as formas jurídicas um tema relevante em seu pensamento, o qual ganhou expressiva atualidade com a filosofia de Gilles Deleuze. Apostamos que o resultado do encontro entre esses dois pensadores revele a precisão, singularidade e intempestividade de ideias que podem pôr luz na urgência de critérios para pensarmos nossos dias.

## **O HUME DE DELEUZE: A TEORIA DOS ARTIFÍCIOS**

É público que o interesse de Deleuze em relação ao Direito é anterior à Filosofia e à Política (DELEUZE, 1992; 2001b). Em *Biografias cruzadas* (DOSSE, 2010), nos é revelado que a monografia sobre Hume, *Empirismo e subjetividade: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume* (2001a), foi escrita por causa do Direito. Para Negri, em *Conversações* (DELEUZE, 1992), ele diz que seu interesse pelo Direito se volta às criações coletivas, mais do que às representações. Não se trata, portanto, da criação dos juízes, nos tribunais, o que ele tem em mente para elogiar a jurisprudência. Para ele, nas instituições, há um movimento distinto das leis e dos contratos (o que Deleuze desenvolve, criticamente, sobretudo nos encontros com Kafka,

---

à espreita em algum canto da cidade, quase nunca apareceu desde aquela calamidade” (“[...] *though at that time a great calamity, has proved in the issue beneficial both to the city and the kingdom. The city was rebuilt in a very little time; and care was taken to make the streets wider and more regular than before. A discretionary power was assumed by the king to regulate the distribution of the buildings, and to forbid the use of lath and timber, the materials, of which the houses were formerly composed. The necessity was so urgent, and the occasion so extraordinary, that no exceptions were taken at an exercise of authority, which otherwise might have been deemed illegal. Had the king been enabled to carry his power still farther, and made the houses be rebuilt with perfect regularity, and entirely upon one plan; he had much contributed to the convenience, as well as embellishment of the city. Great advantages, however, have resulted from the alterations; though not carried to the full length. London became much more healthy after the fire. The plague, which used to break out with great fury twice or thrice every century, and indeed was always lurking in some corner or other of the city, has scarcely ever appeared since that calamity.*”) (HUME, 2020, H 64.43). Claro, houve outros momentos e outras pestes sobre outras terras, porém, em uma época em que incêndios se reproduzem sem sequer motivar alguns governos a se comprometerem com estratégias que os evitem, assim como com a prevenção das epidemias, é centro permanente de controvérsias, ater-se a essas constatações, talvez favoreça o desenvolvimento de certa estima.

---

Masoch e Sade – acerca de tribunais e julgamentos de qualquer tipo e das imagens da lei como limitação de ações. Para pensar a primazia das instituições, é a Hume que ele recorre, uma vez que considera a sua concepção positiva de instituição e de Direito muito interessante. *Empirismo e subjetividade* (2001a), “Instintos e instituições” (2006a) e “Cursos sobre Hume (1957-1958)” (2018) são nossas fontes primárias para tratar da noção de justiça e de Direito que Deleuze parece ter em mente quando elogia a jurisprudência e afirma que “a justiça não existe”. Nos ateremos, primeiro, à teoria do artifício, e o que nela está implicado.

Crítico aos contratualistas, Hume recusa a ideia de direitos naturais. Para ele, direitos sempre implicam uma sociedade civil (DELEUZE, 2001a, p. 42). O estado natural é um estado de falta, de necessidade – fora do social, portanto, está o negativo. O social, por sua vez, é positivo, criador, inventivo<sup>5</sup>. O homem entra em sociedade porque não tem direitos preexistentes, porque lhe é útil estar nela, pois é onde ele inventa “meios originais de satisfação” de suas tendências (2006a, p. 30). Útil em dois sentidos, ao menos: 1) porque é na sociedade que o homem realiza a sua natureza, que é inventar<sup>6</sup>. Para Hume, “o homem é uma espécie inventiva” (DELEUZE, 2018, p. 154), ele inventa artifícios, cria convenções; 2) porque a utilidade de viver em sociedade, para o humano, também está na convenção situada na base da instituição, do sistema cultural, onde ele satisfaz suas necessidades, suas tendências naturais. As instituições são meios sociais que, além de satisfazerem as tendências, promovem a inteligência, uma vez que esta é mais social do que individual. Toda instituição dá à inteligência possibilidades de prever e de projetar, o que possibilita a produção de saberes que contribuem para a realização da natureza humana, a saber: inventar paixões que ultrapassam seus limites naturais, aquilo que Hume chama de artifícios, cuja invenção só é possível entre os homens, e não individualmente (2006a, p. 31; 2018, p. 154).

Enquanto a instituição é um “modelo positivo de ação”, um “sistema organizado de meios” criado pelo humano para a sua satisfação, as leis que sustentam a perspectiva contratualista limitam as ações egoístas do homem, a fim de que os supostos direitos naturais preexistentes à sociedade civil sejam assegurados<sup>7</sup>. Na perspectiva humana, a lei incide sobre as instituições que

---

<sup>5</sup> “A lei, com efeito, é uma limitação dos empreendimentos e das ações, e retém da sociedade um aspecto tão somente negativo. A falha das teorias contratuais é apresentar uma sociedade cuja essência é a lei, que só tem como objeto apenas garantir certos direitos naturais preexistentes e que não tem outra origem a não ser o contrato: o positivo é posto fora do social; o social é posto em outro lado, no negativo, na limitação, na alienação. Toda a crítica que Hume faz do estado de natureza, dos direitos naturais e do contrato equivale a mostrar que é preciso reverter o problema” (DELEUZE, 2001a, p. 42).

<sup>6</sup> “Inventar é distinguir poderes, é constituir totalidades funcionais, totalidades que tampouco estão dadas na natureza” (DELEUZE, 2001a, p. 94).

<sup>7</sup> “O que Hume, precisamente, critica nas teorias do contrato é apresentarem-nos uma imagem abstrata e falsa da sociedade, é definirem a sociedade de maneira apenas negativa, é verem nela um conjunto de limitações de egoísmos e interesses, em vez de compreendê-la como um sistema positivo de empreendimentos inventados” (DELEUZE, 2001a, p. 33-34).

---

garantem a vida dos homens em sociedade, o que, para Deleuze, define critérios políticos que distinguem tirania e democracia, a saber: “a tirania é um regime onde há muitas leis e poucas instituições, a democracia é um regime onde há muitas instituições e muito poucas leis” (2006a, p. 30). Se trata de uma mudança de lógica: enquanto para os contratualistas as conexões se dão entre os direitos e a lei, para Hume os nexos estão entre necessidades e instituições sociais (das quais derivam o Estado), como a tendência de sexualidade que se satisfaz no casamento, a avidez na propriedade, a urgência da fome na reivindicação de ter pão (2001a, p. 43; 2006a, p. 29, 31)<sup>8</sup>.

Também o sentido de sociedade se altera com Hume, uma vez que ele não define a paixão egoísta como preponderante do homem, a qual, segundo os contratualistas, é limitada pela lei na sociedade civil. Natural é a generosidade do homem com o seu clã, com seus amigos e com sua comunidade. Ele toma partido de sua família e de seus próximos porque o que se sobressai, naturalmente, no humano é, primeiro, a simpatia e não o egoísmo (DELEUZE, 2001a, p. 32). Por simpatia o homem é naturalmente parcial, em relação àqueles que ele preza.

Hume reconhece, contudo, que a simpatia, assim como o egoísmo no caso dos contratualistas, se opõe à sociedade, justamente por seu caráter particular e parcial: “simpatia dos pais entre si, simpatia dos pais pela sua progeneritura”. Em sua origem, a sociedade é uma reunião de famílias, cada uma com suas parcialidades e a natural exclusão daqueles que não são partícipes dela (2001a, p. 34). Ocorre, entretanto, que a simpatia contém algo que o egoísmo não tem: é possível compor, integrar simpatias particulares em uma totalidade positiva e inventar empreendimentos capazes de criar um mundo comum que só pode ser constituído pela moral.

Algo raro na filosofia de Deleuze acontece: o encontro com Hume o leva a elogiar a moral. Mas isso se dá porque ela tem um sentido muito diverso daquele que marca grande parte de sua filosofia: a moral como aquilo que remete a existência a valores transcendentos orientados pela oposição entre Bem e Mal, base do sistema de julgamento. Aqui, a moral não é sinônimo de julgamento de Deus, ela é responsável pela extensão dos sentimentos particulares; o seu problema é “fazer com que a *simpatia ultrapasse a parcialidade* para que o homem seja moral – artificialmente” (DELEUZE, 2018, p. 154 [grifos do autor]). Cabe à moral quebrar a lógica da natureza e produzir no humano a consideração ampliada; dar à simpatia um caráter em geral não

---

<sup>8</sup> “Que uma tendência se satisfaça em uma instituição, é um fato. Falamos aqui de instituições propriamente sociais, e não de instituições governamentais. No casamento, a sexualidade se satisfaz; na propriedade, a avidez. A instituição, modelo de ações, é um modelo prefigurado de satisfação possível. Só não se pode concluir disso que a instituição *se explique* pela tendência. Sistema de meios, diz Hume, mas esses meios são oblíquos, indiretos; eles não satisfazem a tendência sem coagi-la ao mesmo tempo. Tem-se *uma* forma de casamento, *um* regime de propriedade. Por que *tal* regime e *tal* forma? Mil outros são possíveis, e que se encontram em outras épocas, em outros países. É essa a diferença entre o instinto e a instituição: há instituição quando os meios pelos quais uma tendência se satisfaz não são determinados pela própria tendência, nem pelos caracteres específicos” (DELEUZE, 2001a, p. 43-44).

---



referente ao seu interesse pessoal, mas à humanidade. Trata-se de, artificialmente, inventar a moral para que ela amplie a simpatia que temos por nossos familiares e amigos e a transforme em “estima”, questão de justiça<sup>9</sup> que “combate o interesse privado” (2018, p. 155).

Em suma, ao ganhar extensão, a simpatia se transforma no sentimento de estima que não tem novos fins; a parcialidade da simpatia é superada e uma inversão de valores ocorre: “o mais longínquo [a ordem social] é valorizado contra os pendores”, cujo sentido é “dar primazia ao mais próximo” (2018, p. 158; p. 148). A justiça, portanto, só se efetiva quando seus envolvidos – dentre eles os juízes e o ministério público – agem por estima e não por simpatia, quando o mais longínquo está em primeiro plano e o particular em último, pois, nas palavras de Hume: “Em suas decisões, a justiça nunca olha se os objetos são ou não adaptados a pessoas particulares; mas ela se conduz por visões mais amplas” (HUME [*Tr.*, p. 678. Cf. *Tr.* p. 620 apud DELEUZE, 2001a, p. 64).

Se trata de uma mudança de percepção semelhante àquela que Deleuze usa para responder, no *Abecedário* (2001b, *G* [*gauche*]), o que é ser e não ser de esquerda, referente ao endereço postal – o que não se refere a um governo, mas a ações de governos, nem a partidos, pois, nesse caso, se trata de ser “simpatizante” de tal ou qual partido, o que, humanamente falando, é excludente, limitativo; afinal, um partido é parte, portanto, não tem em vista a humanidade, ainda que, é verdade, haja partidos mais e menos includentes. Então, se poderia dizer que há partidos com programas orientados pela simpatia e outros pela estima. Parece fazer sentido dizer que, para Deleuze, quem não é de esquerda opera por simpatia e egoísmo: parte de si próprio, de sua família, e depois expande para a rua onde mora e seus vizinhos, posteriormente percebe a cidade, o país, os países e cada vez mais longe, mas sempre com vistas a criar estratégias para que os seus privilégios perdurem. Aqueles que estão distantes da sua percepção, aqueles com quem não simpatiza, devem manter-se assim, distantes, para que a situação confortável perdure o máximo de tempo possível.

Por sua vez, quem é de esquerda, no sentido determinado por Deleuze, parece operar por estima, uma vez que o mais valorizado é o longínquo, o contorno mais distante: primeiro o mundo, depois o continente, o seu país e só então a rua e eu. Primeiro, olha-se para o horizonte e sabe-se que a injustiça da fome e da violência contra pobres, negros, índios e outras minorias, por exemplo, não pode durar, porque é intolerável do ponto de vista da humanidade. Por meio do sentimento de estima, opera-se pela valorização da regra geral que, sem jamais indicar pessoas particulares e nomear proprietários (DELEUZE, 2001a, p. 46), põe em primeiro lugar a “posição de um

---

<sup>9</sup>“A estima é a integral das simpatias. É este o fundo da justiça” (DELEUZE, 2001a, p. 35).

---

interesse geral”, depois a “posição do interesse de outrem” qualquer, mesmo que distante, estranho, diferente, desigual e na “posição do consentimento de outrem” (DELEUZE, 2018, p. 158). Dar determinação à regra geral com a qual o mais longínquo é valorizado exige a criação de outras regras gerais que “devem se estender ao conjunto da sociedade e *não podem se curvar*, nem por malevolência, nem por favor” (HUME apud DELEUZE, 2001a, p. 46-47 [os grifos são nossos]), o que é feito pela teoria do Direito.

Compor as parcialidades em um todo mais ou menos harmônico, criar uma sociedade regida por um sistema invariável é a questão propriamente moral e social (DELEUZE, 2001a, p. 35). Portanto, moral, do ponto de vista positivo, para Deleuze, assim como para Hume, é um problema de organização da sociedade civil; não um problema de limitação nem de intromissão na vida familiar acerca da educação das crianças, mas dos adultos no âmbito estatal. Assim concebida, a moral se confunde com a política: “a consciência moral é a consciência política: a verdadeira moral é a política, como o verdadeiro moralista é o legislador” (2001a, p. 36).

Moral, política e Direito<sup>10</sup> alinham-se, estão em pressuposição recíproca e são a base das formações culturais, do mundo objetivo do artifício. Constituem o sistema artificial de conduta capaz de liberar a restrição das parcialidades produzidas pela simpatia, o que é vantajoso para a sociedade e naturalmente acatado pelos indivíduos, uma vez que ele satisfaz, obliquamente, indiretamente, portanto, as tendências. Assim, é natural que o homem invente artifícios, pois a cultura é o meio que a natureza encontra para atingir seus fins (DELEUZE, 2001a, p. 41). Eis o sentido da afirmação de Deleuze em seu curso sobre Hume: “tudo está na natureza, mas nem tudo é natureza” (2018, p. 123).

O mais difícil, nesse sistema artificial, entretanto, é “desviar a parcialidade, obliquar” (DELEUZE, 2001a, p. 29), para que as condições de coexistência sejam garantidas, a começar pelo respeito à integridade de cada um e à propriedade<sup>11</sup>. Há que se inventar modos de “obliquar” a simpatia e transformá-la em estima. Para isso, a espécie inventiva da natureza criou uma virtude artificial: a justiça. Hume (apud DELEUZE, 2001a, p. 46) justifica que, “em razão de sua universalidade e de sua inflexibilidade absoluta”, as leis da justiça não podem ser oriundas da

---

<sup>10</sup> Nos Cursos sobre Hume, Deleuze afirma: “Se a moral é alguma coisa séria, ela é o Direito. Pois não se trata de mudar a natureza humana, mas de instaurar condições objetivas tais que os lados maus da natureza não possam triunfar” (DELEUZE, 2018, p. 156). Algo aproximado ele já havia publicado cinco anos antes em *Empirismo e subjetividade*, mas referindo não o Direito e sim a Filosofia política: “Reencontramos aqui o princípio de toda filosofia política séria. A verdadeira moral não se dirige às crianças na família, mas aos adultos no Estado. Ela não consiste em mudar a natureza humana, mas em inventar condições artificiais objetivas tais que os maus aspectos dessa natureza não possam triunfar” (2001a, p. 48).

<sup>11</sup> “Não há dúvida de que a convenção para a distinção das propriedades e para a estabilidade da posse é a circunstância mais necessária para o estabelecimento da sociedade humana, e que, após realizado o acordo para se fixar e observar essa regra, resta pouco ou nada a fazer para o estabelecimento de uma perfeita harmonia ou concórdia” (HUME, 2000, p. 532).

---

natureza, “nem ser criações diretas de uma inclinação e de um motivo naturais”. Confirma, assim, o caráter estritamente artificial da justiça e das leis; evidencia que o senso de justiça não é natural, mas artificial, produzido socialmente, embora o senso de sua moralidade seja sim natural. Reafirma a inexistência de direitos naturais, entretanto ressalva que a justiça e as leis cumprem um princípio da própria natureza: “A justiça não é um princípio da natureza, é uma *regra*, uma lei de construção [artificial, portanto], cujo papel é organizar em um todo os elementos, os princípios da própria natureza” (DELEUZE, 2001a, p. 36).

Portanto, a justiça é propriamente “o artifício do mundo da moral” (DELEUZE, 2018, p. 123) que promove a extensão da simpatia ao ponto de “estimar alguém sem ter atualmente simpatia por ele” (DELEUZE, 2018, p. 153). Dessa perspectiva, a justiça não é restritiva, não limita as paixões, mas as amplia, dilata-as em direção ao interesse do todo; o que ela coage é o movimento parcial das paixões, corrigindo uma limitação da natureza (DELEUZE, 2001a, p. 40).

### **MORAL, POLÍTICA E DIREITO: COMO FAZER JUSTIÇA?**

Posta a perspectiva deleuziana da lógica da constituição da teoria do artifício de Hume, podemos agora nos ocupar da seguinte questão: como funcionam a moral, a política e o Direito com vistas a inventar condições artificiais objetivas, de tal modo que os maus aspectos da natureza humana não triunfem? Ou: como compor as parcialidades, as simpatias, em um todo mais ou menos harmônico, pela estima, com vistas a criar uma sociedade regida por um sistema invariável? Ou: como fazer justiça?<sup>12</sup>

Tudo o que é prático – a moral, a política e o Direito – se orienta pelo associacionismo<sup>13</sup>: “O Direito, todo ele, é associacionista. O que pedimos a um árbitro, a um juiz, é que *aplique* a associação de ideias, que diga com quem, com o que a coisa está em relação no espírito de um observador em geral” (DELEUZE, 2001a, p. 60 [grifos do autor]). Para responder o que fazem o Direito e um juiz, no uso legítimo do cargo, é preciso explicitar o associacionismo tal como pensado por Hume. Em seu projeto de fazer uma ciência do homem, Hume é movido pela questão

---

<sup>12</sup> Na conclusão de *Empirismo e subjetividade*, Deleuze (2001a, p. 151) antecipa o que será, em 1967, o tema de sua exposição à Sociedade francesa de Filosofia “O método de dramatização” (2006b): “A filosofia deve se constituir como a teoria do que fazemos, não como a teoria do que é. O que fazemos tem seus princípios; e o Ser só pode ser apreendido como objeto de uma relação sintética com os próprios princípios daquilo que fazemos”. Se com Hume ele deu ênfase à filosofia prática, à teoria da ação, em “O método de dramatização” afirma que também a metafísica é pensada e produzida não tanto pela questão “que é?”, mas mais pelas questões “onde?”, “quando?”, “como?”, “quanto?”, “quem?”, “em que caso?”. Justamente as questões usualmente manejadas pelo Direito com vistas a alcançar a determinação do caso em questão – e é Leibniz que Deleuze tem em mente quando refere tais questões: “há nele [em Leibniz] toda uma topologia, toda uma casuística que se exprime notadamente em seu interesse pelo direito” (2006b, p. 143). Assim, uma ideia só poderá ser determinada positivamente “em função de uma tipologia, de uma topologia, de uma posologia e de uma casuística transcendentais” (2006b, p. 131).

<sup>13</sup> “De fato, o associacionismo é somente a teoria de tudo o que é prático, é a teoria da ação, da moral, do direito” (DELEUZE, 2001a, p. 149).

---

“*como o espírito devém uma natureza humana?*” (DELEUZE, 2001a, p. 12 [grifos do autor]). Antes de qualquer coisa, cada um de nós é um espírito dado; uma coleção de ideias que não são mais do que impressões do dado; um conjunto de coisas chamado imaginação, sem sistematização alguma; imaginação que ainda precisa devir uma faculdade, porque antes disso ela é um lugar não fixado, que necessita de localização.

Nessa condição, a imaginação tem uma única atividade, “que carece de constância e uniformidade”: puro delírio, fantasia. Delírio que reúne ideias ao acaso e, ao percorrer o universo, é capaz de ligar a ideia de asa com a ideia de cavalo, a ideia de fogo com a ideia de réptil e fazer seres monstruosos como cavalos alados e dragões de fogo. Ainda não se é uma natureza humana. Para tanto, é preciso constranger “a imaginação e a fantasia que recusa deixar-se constranger” (DELEUZE, 2018, p. 125). Esse constrangimento se dá por leis, por regras que garantem a constância e a uniformidade da imaginação. Tais leis são os princípios de associação: semelhança, contiguidade e causalidade, cujo sentido e função é nos fazer “passar de uma ideia a outra” e estabelecer “relações entre as ideias das relações”, o que implica “buscar o que é universal e constante, uma natureza humana”. A universalidade e a constância não estão, portanto, nas ideias, que nada mais são do que a representação de impressões, puro dado, mas “na maneira de passar de uma ideia a outra – segundo certas regras, passo a certas ideias” (DELEUZE, 2018, p. 124).

A associação é, então, distinta da imaginação, ela a afeta e faz com que cumpra um papel: o de generalizar as ideias. Por seus princípios de contiguidade, semelhança e causalidade<sup>14</sup>, a “associação ultrapassa a imaginação”, a torna uniforme em qualquer tempo e lugar (DELEUZE, 2001a, p. 14), realizando uma dupla ação: “selecionam certas ideias de sensação” e produzem na imaginação uma “impressão de reflexão” a partir da ideia complexa (DELEUZE, 2018, p. 127). Por exemplo: “pelo princípio de semelhança, dou um mesmo nome a vários objetos: esse nome desperta em mim uma ideia particular, e junto a essa ideia, a impressão de um poder, de uma virtualidade: poder-se-ia, portanto, substituir qualquer outra ideia à qual o mesmo nome conviria” (DELEUZE, 2018, p. 129). É o princípio de semelhança que permite que uma ideia desperte na imaginação uma ideia semelhante a ela e a ponha em contiguidade com outra.

O mesmo se dá com os corpos: “Quando colocamos corpos em ordem, nunca deixamos de posicionar contíguos uns aos outros aqueles que se assemelham ou que, pelo menos, sejam vistos sob pontos de vista correspondentes”. Segundo Hume, fazemos isso “porque experimentamos uma satisfação em unir a relação de contiguidade à de semelhança, ou a semelhança das situações

---

<sup>14</sup> “Parece que cada um deles dirige-se a um aspecto particular do espírito: a contiguidade, aos sentidos; a causalidade, ao tempo; e a semelhança, à imaginação” (DELEUZE, 2001a, p. 113).

---

à semelhança das qualidades” (HUME apud DELEUZE, 2001a, p. 17). Dentre os três princípios de associação, contudo, a causalidade tem um privilégio basilar. Além de produzir uma relação, como a semelhança e a contiguidade fazem, a causalidade produz também uma inferência a partir da experiência da repetição dos casos semelhantes. Pela causalidade ultrapassamos o dado, inferimos, cremos, passamos “à ideia de uma coisa que nunca foi dada”, dizemos mais do que aquilo que foi dado. É o que nos permite dizer “sempre”, “todas as vezes que” (DELEUZE, 2001a, p. 132). Em suma, as relações que estabelecemos são efeito dos princípios de associação que dão constância ao espírito, tornando natural a passagem de uma ideia a outra.

Embora a imaginação seja coagida pelos princípios de associação que lhe dão fixidez, uniformidade e universalidade, ela os utiliza para ultrapassar os seus limites, a ponto de, frente à coerência das mudanças produzidas pelos princípios, fingir mais coerência ainda<sup>15</sup>. A imaginação passa a admitir a existência contínua dos corpos, apesar da descontinuidade de suas aparições, o que leva a criar a ficção da identidade dos objetos, a qual “não concerne a tal ou qual objeto, mas sim ao sistema, o mundo criado pelas nossas percepções”. A partir daí a “fantasia pode doravante dizer: o princípio dos sentidos sou eu”. A crença na existência desse suposto EU cria a identidade pessoal que, apesar do fluxo variável de impressões que experimentamos, cremos na “invariabilidade de uma coleção variável” (DELEUZE, 2018, p. 139). A ficção se tornou princípio de nossa existência e da existência do mundo.

Além dos princípios de associação, há ainda os princípios da paixão, que se manifestam nos sentimentos estéticos, moral e jurídico (DELEUZE, 2018, p. 148). Tais princípios podem ser expressos sob a forma geral de um “princípio de utilidade”, o que nos faz perseguir um alvo, uma intenção e organizar meios com vistas a um fim (DELEUZE, 2001a, p. 110). Princípios da paixão “são aqueles que escolhem as impressões de prazer e dor” (DELEUZE, 2001a, p. 128). As paixões são divididas em diretas, que nascem imediatamente do bem e do mal, da dor e do prazer (organizadas em dois grupos: orgulho e humildade – “quando a emoção agradável ou desagradável produz a ideia do eu”; amor e ódio – “quando ela produz a ideia de uma outra pessoa”); e indiretas, cuja procedência é a mesma das anteriores – o bem e o mal, a dor e o prazer –, mas são compostas por outras qualidades, é preciso que uma relação de ideias se junte à relação de impressões (alegria, tristeza, esperança, medo, desejo, aversão, vontade: “quando o bem e o mal são certos, há alegria ou tristeza; quando são incertos, há esperança ou temor; quando são apenas considerados, há desejo ou aversão; quando depende de nós, há vontade” (DELEUZE, 2001a, p. 133). O problema das paixões é que elas nos tornam parciais: “gostamos do que é

---

<sup>15</sup> “Ouço um ruído de porta, e um carteiro surge diante de mim entregando-me uma carta de um amigo distante. Sou forçado supor que a porta, a escada, o oceano que me separa do amigo, *continuarão* a existir, mesmo que eu não os percebesse. Quer dizer, a partir de um grau de regularidade, infiro um mais elevado grau. Confiro aos objetos mais coerência do que aquela que observo em minhas percepções [...] afirmo a existência do outro mesmo quando não o percebo” (DELEUZE, 2018, p. 141).

---

contíguo, semelhante, causa (o vizinho, o irmão, o pai)”. Em poucas palavras, são as paixões que nos fazem agir por simpatia. O desafio é estender as paixões, “chegar a estimar ou censurar uma ação ultrapassando a parcialidade da paixão” (DELEUZE, 2018, p. 145).

Se, de um lado, os princípios de associação explicam que as ideias se associam, dão conta do pensamento em geral, de “*hábitos do pensamento, das noções cotidianas do bom senso, das ideias correntes, dos complexos de ideias que respondem às necessidades mais gerais e mais constantes, e que são comuns a todos os espíritos assim como a todas as línguas*” (DELEUZE, 2001a, p. 115 [grifos do autor]); de outro, os princípios da paixão asseguram a singularidade do caso, dão precisão às circunstâncias, pois explicam que tal ideia e não outra “esteja associada a tal outra ideia em tal momento”. Como parte imprescindível de uma casuística, os princípios da paixão também são universais e constantes, “definem leis onde as circunstâncias desempenham apenas o papel de variáveis” (DELEUZE, 2001a, p. 117).

Em nossa leitura, quando Deleuze afirma que o Direito é associacionista, além de ter que aplicar os princípios de associação para fixar as ideias e dar um mínimo de constância e uniformidade às relações estabelecidas, se trata de aplicar também os princípios da paixão, a fim de dar sentido prático aos arranjos das ideias, bem como determinar as circunstâncias do caso. Isso tanto no que diz respeito ao Direito, quanto à moral e à política, esses artificios inventados para que a vida em sociedade seja possível. No campo da ação, que é o da moral, da política e do Direito, as circunstâncias são sempre determinadas pela afetividade, uma vez que são elas as “variáveis que definem nossas paixões, nossos interesses”. Assim como um conjunto de circunstâncias singulariza “um sujeito, pois representa um estado de suas paixões e de suas necessidades, uma repartição de seus interesses, uma distribuição de suas crenças e de suas vivacidades” (DELEUZE, 2001a, p. 116), também acontece com o Direito que, para Deleuze, inventa “as condições para a vida em comunidade e a criação de modelos institucionais de atividade, o que deve estar associado a um trabalho de casuística, a capacidade de especificação em casos particulares, detalhando a topologia social” (BECKER, 2018, p. 157).

## CONCLUSÃO

Apesar de o pensamento jurídico de Gilles Deleuze ultrapassar suas análises da filosofia de David Hume, assim como a própria obra do filósofo escocês contar com matizes que se diferenciam da leitura do francês, sua conjunção, o devir de seus pensamentos, apresenta uma concepção singular, distinta dos elementos que a compõem, tal como acontece com as cores secundárias. Aspiramos ter facilitado o encontro com ela e, talvez, por que não, realizar aquilo que Deleuze fez com os autores que amava e nos encoraja a fazer também: operar pelo *roubo*, capturar forças do já pensado e produzir algo para além dele, a fim de pensar os problemas que são os nossos (DELEUZE; PARNET, 2013).

---

A associação desses conceitos a diferentes aspectos da realidade constitui uma tarefa vasta e complexa. Se pode observar, sem maiores dificuldades, que em cada sistema jurídico, apesar de suas peculiaridades, há instituições que oferecem a oportunidade de estender as paixões e que, ao menos em algumas ocasiões, tendem a ultrapassar a simpatia, obliquá-la, transformando-a em uma cabal estima. Assim acontece com os processos judiciais em que a própria consagração de tribunais colegiados permite o debate entre magistrados e a consideração de suas propostas de resolução. Tal instituição permite que, assim, se espere uma mínima comunhão de simpatias. Em uma chave similar, por exemplo, se pode interpretar a garantia judicial reconhecida aos imputados de delitos a recorrerem a outra instância, diante de um magistrado ou tribunal superior, o que é estabelecido pelo artigo 8º, inciso 2.h<sup>16</sup>, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969), com vistas a evitar que a resolução de um caso possa depender de qualquer simpatia.

Com semelhante intenção, algumas jurisdições latino-americanas, como a República Federativa do Brasil<sup>17</sup> ou a Cidade de Buenos Aires<sup>18</sup>, entre outros meios de controle de constitucionalidade, antecipam a possibilidade de iniciar, ante o seu máximo tribunal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de leis e certa classe de atos normativos, em processos ideados com vistas a prevenir os prejuízos de uma legislação injusta, mediante o ditado de sentenças que resolvam em abstrato sua invalidez. Em alguns casos, como o portenho, qualquer pessoa física ou jurídica está legitimada para iniciar esse processo<sup>19</sup>. Ou seja, qualquer indivíduo que não esteja afetado pela norma jurídica impugnada, porém, por estima, pode pleitear sua inconstitucionalidade, a fim de evitar que sua validade afete direitos de terceiros.

A lista de instituições criadas com o objetivo de tentar promover “a verdadeira” justiça, tal como pensada por Hume, aquela fundamentada e orientada pela estima, poderia prolongar-se indefinidamente. Nos termos desenvolvidos, incluiria um profuso número que nada teria a ver com o meio judicial. De fato, as instituições sociais, até mesmo quando se limitam a denunciar associações que alguns setores mantêm na obscuridade, forçam à *dramatização* - no sentido

---

<sup>16</sup> “2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

<sup>17</sup> Ver artigos 102 (inciso 1, alínea a) e 103 da *Constituição Federativa do Brasil* <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf)>

<sup>18</sup> Tal como se pode observar no artigo 113 da *Constituição da Cidade de Buenos Aires* <[http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=166](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=166)>.

<sup>19</sup> No caso brasileiro, como é sabido, conforme artigo 102, inciso 1, alínea a, da *Constituição Federativa do Brasil*, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade estão restritas a: “I- o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI- o Procurador-Geral da República; VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- partido político com representação no Congresso Nacional; IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” <[https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_06.06.2017/art\\_102\\_.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_102_.asp)>

---

deleuziano do método referido anteriormente -, pondo em cena, justamente, algumas associações que, de outro modo, ficariam veladas.

De qualquer modo, sabemos que, em geral, a situação é extremamente complexa e, em particular, em épocas de crise é triste observar como as instituições se fragilizam e, em muitas ocasiões, as simpatias particulares predominam sobre os processos que deveriam ultrapassar as parcialidades e visar à humanidade, sem novos fins, o que só o sentimento de estima permite. Não nos parece possível rastrear uma causa única, nem explicar o fenômeno em um único traço, porém, talvez se ganhe algo refletindo acerca das causas *morais* e *físicas* que, segundo Hume, incidem na composição de nossas respectivas idiosincrasias nacionais.

Hume expressou que as causas *morais* são aquelas circunstâncias que atuam na mente como motivos ou razões e nos habituam a um conjunto de costumes determinados. Na lista que compôs, incluiu a natureza do governo, a abundância ou a penúria em que vive o povo, bem como sua situação em relação às nações vizinhas. Entre as causas físicas, arrolou as qualidades da água e do clima, que, se supõe, atuam sobre o temperamento dos habitantes. Destacou que a incidência das causas morais é evidente, dado que, quando um governo é muito opressivo<sup>20</sup>, no seu entender, as opressões terão efeito proporcional no temperamento e na inteligência do povo (HUME, 2008, p. 218).

Nesse marco, é possível assumir que, entre outros elementos que condicionam a aptidão dos indivíduos para estimar os outros mais distantes e atuar conseqüentemente, há uma particular relevância da ação do governo e, portanto, das aptidões daqueles que o integram. Se considerarmos que Hume ressaltou que essas causas morais determinam o caráter de profissões diferentes e, inclusive, alteram a disposição que diferentes membros recebem da mão da natureza, talvez devamos atentar à sua incidência no temperamento de nossos políticos. A esse respeito não há fórmulas, ainda que se pudesse considerar um interessante começo passar a observar o caráter dos candidatos e suas propostas políticas sob o prisma dos conceitos abordados. Sobre um particular, em seus *Ensaaios morais e literários*, Hume se dedica a avaliar certas regularidades nas tipologias nacionais e suas causas, mas não agrega muito mais acerca da incidência das causas morais no caráter das diferentes profissões, apenas se limita a comparar sacerdotes e soldados, a quem reconhece importantes méritos, ainda que julgue que os segundos “normalmente são irreflexivos e ignorantes” (HUME, 2008, p. 219).

---

<sup>20</sup> Embora Hume (2008) refira-se a um governo opressivo ao ponto de extinguir as artes liberais, sabemos que há muitos meios de oprimir, dentre eles pode estar a inação de um governo, quando não age justamente nos casos em que cabe a ele atuar. Na crise pandêmica em que vivemos, ainda que não haja a extinção das artes liberais, se assiste, em muitos governos, a redução das chances de se obter justiça e, assim, de a natureza alcançar os seus fins.

---



## REFERÊNCIAS

BECKER, Rafael Cataneo. *Natureza e Direito em Gilles Deleuze*. O problema da forma nos seus primeiros escritos. (Tese de Doutorado em Direito PUC/Rio). 2018.

DELEUZE, Gilles. *Lógica del sentido*. Tradução: Miguel Morey. Barcelona: Paidós, 1989.

DELEUZE, Gilles. *Conversações, 1972 – 1990*. Tradução: Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DELEUZE, Gilles. *Empirismo e subjetividade: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume*. Tradução: Luiz Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2001a.

DELEUZE, Gilles. *O abecedário de Gilles Deleuze*. Vídeo. Editado no Brasil pelo Ministério de Educação, “TV Escola”, 2001b.

DELEUZE, Gilles. Instintos instituições [1955]. Tradução: Hélio Rebello Cardosos Júnior. In. *A ilha deserta e outros textos*; edição preparada por David Lapoujade; organização da edição brasileira e revisão técnica Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Iluminuras, 2006a, p. 29-32.

DELEUZE, Gilles. O método de dramatização [1967]. Tradução: Luiz Orlandi. In. *A ilha deserta e outros textos*; edição preparada por David Lapoujade; organização da edição brasileira e revisão técnica Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Iluminuras, 2006b, p. 129-154.

DELEUZE, Gilles. Curso sobre Hume (1957-1958). In. *Cartas e outros textos*. Tradução: Luiz Orlandi. São Paulo: n-1 edições, 2018.

DELEUZE, Gilles; PARNET, Claire. *Diálogos*. Tradução: José Vázquez Pérez. Valencia: Pre-Textos, 2013.

DOSSE, François. *Gilles Deleuze e Félix Guattari: biografia cruzada*. Tradução: Fátima Murad. Porto Alegre: Artmed, 2010.

HUME, David. *Mi vida. Cartas de un caballero a su amigo de Edimburgo*. Tradução: Carlos Mellizo. Madrid: Alianza, 1985.

HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Tradução: Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2000.

---

HUME, David. *Ensayos morales y literarios*. Tradução: Estrella Trincado Aznar. Madrid: Técnos, 2008.

HUME, David. *History of England*. Disponível em [davidhume.org](http://davidhume.org). Acesso em: 12 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

---

**WORLD CUP AND OLYMPIC GAMES: RIGHT OF EXCEPTION OR  
INSTRUMENT FOR DEVELOPMENT?**

**COPA DO MUNDO E JOGOS OLÍMPICOS: DIREITO DE EXCEÇÃO OU  
INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO?**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Federal do Paraná

Marcia Carla Pereira Ribeiro<sup>1</sup>

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves<sup>2</sup>

**ABSTRACT:** The meaning of property and the transformations that have occurred in the course of history are recurrent and controversial themes in Law. This article focuses on the reasons for granting the privilege over a trademark. The objective is to evaluate the potential effects of the exceptions provided in the Brazilian immaterial property Law, in favor of the FIFA, during the 2013 Confederations Cup and the 2014 World Cup. Those exceptions seek to ensure the protection of symbols considered not registrable as trademark. The theme involves peculiarities depending on the kind of asset, stability and social benefits.

Keywords: property; privilege; trademark; world cup; effects.

**RESUMO:** O sentido do termo propriedade e as transformação que ocorreram no curso da história são temas recorrentes e controversos no Direito. O artigo tem por foco as razões de se atribuir privilégio sobre marca. O objetivo é avaliar os potenciais efeitos das exceções impostas à Lei de Propriedade Industrial, em favor da FIFA durante a Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de Futebol de 2014. As exceções buscam assegurar a proteção de símbolos tidos como não registráveis na categoria marca. O tema envolve particularidades que dependem do tipo de bem a ser titulado, estabilidade e ganhos sociais.

Palavras-chave: propriedade; privilégios; marca; copa do mundo; efeitos.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutora em Direito pela UFPR, Professora de graduação, mestrado e doutorado, titular da PUCPR e Professora Associada da UFPR. Pós-doutoramento pela EDESP/FGVSP, UNIVERSIDADE DE LISBOA e UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE. Advogada.

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, Professor das Faculdades da Indústria e Coordenador da Pós-Graduação em Direito Aplicado da FIEP.

---

## 1. INTRODUCTION

The meaning of property – material or immaterial – and the transformations that have occurred in the course of history are recurrent and controversial themes in Law. This is because the theme involves peculiarities depending on the kind of asset to be owned and therefore protected. If immaterial, for example, a legal regime rules the criteria, which depends on the degree of innovation of the countries' economies.

Within the branches of industrial property, patents for invention, utility models and trademarks stand out. The registration of a product's or service's trademark, or its rejection, may be associated to two different objectives. They are: to reassure the owner of a registered trademark exclusive use of the sign chosen as reference of a product or service; or to prevent any agent from taking as its own and exclusive use a visually perceptible sign that has already been registered and is therefore no longer legally available.

In this sense, this article presents an overview of this scenario and focuses on the reasons for granting someone the privilege over a trademark (which is not rivalrous, as reinforced further). To this end, we propose an analysis of intellectual goods that cannot be registered as trademarks according to the Brazilian Law of Industrial Property (Law 9279/96 - LPI), such as FIFA (Fédération Internationale de Football Association). The objective is to evaluate the potential effects of the exceptions provided for in the sole paragraph of article 3 of Law 12.663/2012 (Brazilian General Law of the World Cup - LGC), in favor of the federation, during the 2013 FIFA Confederations Cup and the 2014 FIFA World Cup. These exceptions seek to ensure the protection of symbols that are considered, in principle, as not registrable in the trademark category by the Brazilian Law of Industrial Property.

Thus, this article is permeated by the perception that FIFA is the only one enabled to own as trademark in the country a name, prize or a symbol of sports event (specifically in relation to the FIFA World Cup and the FIFA Confederations Cup). This is done through *ex officio*, with the rights recognized in all kinds of use, regardless of the payment of the fees that are normally involved.

In this context, the findings of this analysis allow us to move forward on some considerations about the potentials of granting some parties exception due to a particularist behavior of the legislators. The easy access conceded to the international entities are not equivalent to the discipline imposed to other agents interested in registering trademarks. Therefore, this article seeks to encourage critical thinking in relation to public policies, so that legal decisions are compared to real and economic aspects.

---

## 2. WHY DOES PROPERTY EXIST?

There are a number of discussions involving property and, in particular, property rights. Its origin, nature, obligations, duties and functions have been discussed. From Aristotle to Bentham, or from Hobbes to Marx, property is the subject of heated discussions, having always involved, directly or indirectly, the figure of the State, since it is not possible to have property rights without law, and there is no law without the State (PINHEIRO, 2005, p. 101). In Economics, the subject is also the object of studies that seek to predict the effects of alternative forms of ownership on efficiency and distribution (COOTER; ULEN, 2010, p. 90). In the twenty-first century, little doubt remains as to the importance of property rights. The failure of socialist models shook the pillars of a set of States that intended, *ultima ratio*, the abolition of private property (MARX; ENGELS, 1999 [1848]). It occurred simultaneously with the consecration of the capitalist paradigm, which has private property as one of its central claims. In this sense, common questions regarding property rights, whose answers can be as varied as possible, concern the reasons for protecting property and the reasons for understanding property as a good that can or cannot be owned. In relation to the first question, the reasons to protect property refer to motivations that are, at the very least, similar to the ones that justify the existence and need for State and Law. Property is protected so that individuals live together in harmony, knowing the sphere where they are and the goods that they can use, enjoy, and dispose of freely. On the other hand, the consolidated assumption of the importance of defining property rights also arises from the potential of minimizing the monitoring costs of the good that has ownership. Just as the state of nature does not contribute to the management of a society capable of encompassing spaces for the general development of the well-being of its members, the systems with weak property rights are also inefficient in generating wealth from negotiations.

When acting individually, agents are limitedly rational. They act in pursuit of self-satisfaction, choosing individual maximizing conducts that cannot, at reasonable costs, delimit the scope of action of each agent over each resource. From this impossibility emerges the need for a fiscalizing and organizing entity (State) that, at the same time that it is governed, is also the source from which the rules of behavior (Law) emanate.

The establishment of a sufficiently simple and clear system in order to promote understanding and confirmation of property rights depends on the State, especially due to its normative competence. However, it is from this same order and consecration of the property rights that the delimitations in relation to other owners are originated.

As for the second question (reasons why certain goods can be private and others not), the focus of the traditional analysis lies in the rivalrous or non-rivalrous character of the good, that is, if

---

the consumption of a good by one subject prevents simultaneous consumption by others (or at least similar) or not. Air, for example, cannot be private, since the act of someone breathing will not prevent a neighbor or the most isolated hermit on the planet from also acting likewise.

Another perspective of analysis is through scarcity and strategies of social maximization of resources. In this view, it becomes possible to reflect upon the importance of protection of property and granting exclusive right in comparison to the recognition of resources with no exclusive ownership, which was dealt with in the passage known as Tragedy of the Commons.

The Commons were pieces of land (grazing) on which herders raised their cows. Any herder had free access to this piece of land, once it was not owned by anyone. Then, each one of them began to put more animals in the herd (AGUSTINHO, 2011, p. 52), in order to obtain the greatest personal benefit as possible – which is a behavior innate to human nature. Since all herders came to the same conclusion (to enlarge the herd for personal gain), the grazing became insufficient to feed all the animals. This caused not only the ruin of the herds, but also the tragedy of the Commons (land) (AGUSTINHO, 2011, p. 52), that is, the depletion of the common resource. The Tragedy of the Commons allegory shows that individual freedoms can lead to extinction of resources.

In the light of the economic perspective, Cooter and Ulen explain the reasons for public goods and private goods: “*efficiency requires that rivalrous and excludable goods should be controlled by individuals (...), whereas nonrivalrous and nonexcludable goods should be controlled by a large group of people such as the state*” (COOTER; ULEN, 2010, p. 120).

Hence, it is understood that the needs for protection of property and recognition of ownership by someone are therefore directly related to the rational maximization of its profit as well as to the impossibility of all consumers using the same goods. The classic assertion is reproduced: resources are finite, but human needs are infinite, that is, they create scarcity.

In the same way, it is possible to conclude that the definition of private property, when exclusive to material goods, has as its fundamental basis the minimization of monitoring costs and the adoption of a strategy compatible with measures of maximization of (individual and social) profits of the good. It is worth mentioning, however, that at first, the right of property had only the immaterial goods as concern. Nevertheless, from the gradual recognition of the importance of the immaterial goods for society, new forms of ownership have appeared to Law, arising from the world of facts as a consequence of technological innovations, and – why not? – from the world of ideas, too.

---

Therefore, Law was faced with the need to reward the creator of a work or invention as a form of recognition and retribution for the expenses that were necessary to reach the result/product. Such need began to serve as a stimulus for other creators to do the same. After a long time consolidated, the concept of corporeal property has become part of the reflections on the protection of incorporeal properties. Thus, by protecting incorporeal goods, Law responded to a need in the field of innovation and of new products offer as well as in the scope of incentive for production.

Immaterial property is studied in Law in the area of Intellectual Property, which encompasses Copyright and Industrial Property. The difference between them is centered on how these objects of analysis in Industrial Law (BERTOLDI; RIBEIRO, 2020, p. 126) are applied in the business field. In this study, the analysis is restricted to the issues concerned to Industrial Property and, more specifically, to trademark.

Until the beginning of the seventeenth century, the protection of intellectual property was solely and exclusively dependent on the decisions of the people in the sovereign power, for there were no laws that regulated the matter objectively (DI BLASI; GARCIA; MENDES, 1997, p. 04). The authorities would issue letters patent authorizing one person to make use of his/her intellectual work exclusively, usually in exchange for particular favors<sup>3</sup>. Protection, then, used to be mistaken for granted privileges.

Having a patent for invention, a trademark or brand would not automatically exclude the consumption of goods by another agent, since they are goods of unlimited potential use. Thus, in a first stage, exclusivity was forged by the granting of privileges by the rulers.

In England, the reaction to this model culminated in the enactment of the *Statute of Monopolies by the English Parliament in the seventeenth century*. In addition to stipulating legal requirements for granting privilege to the inventor/creator, the document determined for how long these benefits would exist (DI BLASI; GARCIA; MENDES, 1997, p. 04). Although the system was maintained, the criteria for conferring benefits became more objective, since the state granted the privilege to the person once the requirements had been met.

Therefore, the protection of immaterial goods is related to the recognition, by the State, that one person is the creator/inventor of a particular good. As a prize, he/she will retain the exclusive right, for a certain time, and/or in certain conditions. Third parties may only use the property after concessions, which are normally negotiated upon payment of *royalties* to the creator. Once the term of exclusivity expires, in the case of patent for invention and utility model, the creation

---

<sup>3</sup> POSNER has an interesting approach on the subject. (POSNER, 2009, p. 42-51).

---

becomes part of public domain. It is therefore accessible to all, regardless of concessions. In Brazil, for trademark and other registration forms, it is possible to renew the registration when the requirements established in the Brazilian Industrial Property Law are met. If these requirements are not met, the creator loses the right, which had been protected up to that date.

As previously mentioned, protection of intellectual property encourages new creations by conferring *royalties* to the creator, who had to expend intellectual and financial effort to achieve the creative result. On the other hand, this fee limits the use of the creation, since a smaller number of people will be able to afford it after the payment of *royalties* is required.

Therefore, since the *Statute of Monopolies*, a limited time is fixed for the individual to hold exclusivity on his/her creation, with no possible extension for the works that have impact on the state of the art. This is true regardless of the invention and the utility model. Successive time extension is possible for trademarks, products and services.

This way, access to formulas and schemes of inventions and utility models is provided to society after the limited time is expired. Such period must consider the time the investment takes to be paid off without preventing development in society. After this liberation, society, now having access to these formulas and schemes, can improve them, by contributing to social and economic development, regardless of payment to their inventors.

Nevertheless, the aforementioned logic (limited period and benefit granted by the state) prevails only partially in relation to the protection of immaterial goods, called trademarks. In this respect, a trademark may be taken as a set of visually perceptible signs (BERTOLDI; RIBEIRO, 2020, p. 128) that distinguishes certain products or services, or, in other words, the nominal or figurative sign applied to certain goods (DIBLASI; GARCIA; MENDES, 1997, p. 161).

Such logic exists in what concerns the necessary recognition by the state, so that the conferral of privileges to the creator occurs. However, unlike inventions and utility models, as previously discussed, trademarks can be renewed – meaning that they are of exclusive use and enjoyment by their owner – for as long as the agent who created it desires, if the requirements for the renewal of registration are met.

Trademark is an element that distinguishes a particular product or service from another. It is fundamental for the consumer to recognize what is being offered. However, trademarks do not have an innovation character that can favor future innovations, such as occurs with inventions and utility models. This element therefore departs from the notion of social and economic development, even though it is strongly related to the defense of consumers interest and to the protection against unfair competition.

---



### 3. WHO IS INTERESTED IN TRADEMARK PROTECTION? WHY PROTECT IT? SOME ABSTRACTION EXERCISES

As we have presented in this article, ownership by someone can be explained by the impossibility of people to make use of the same goods equally. This phenomenon is called rivalry in economics, as occurs with material goods.

However, regarding immaterial goods, this reasoning is not fully valid. Taking the trademark for example: the fact that a third party uses it will not prevent its creator from making the same use. In view of this apparent conflict, the doctrine have discussed for a long time whether it would be appropriate to confer the immaterial goods<sup>4</sup>, such as trademarks, the quality of property.

Concerning trademark protection, the reasons for protection are different as well as its ownership is distinct from other kinds of intellectual property. The argument that trademark contributes to new inventions, which, in turn, would contribute to technological development of society, could not be used. This is because these are justifications for the protection of other assets protected by industrial property, but not for the trademark.

Thus, a trademark is protected not for the benefit of the development of a new technology or its improvement, but to ensure exclusive ownership of a visually perceptible sign. This sign is related to certain qualities of the product or service. The protection may also prevent certain signs from being used as trademarks. Because of its associative potential, the trademark allows the acquirer of the product or service to quickly take into account the quality of what is offered, considering its characteristics – the material used, durability and expectations about the acquisition, for example. It is the creator's job to guarantee the credibility of the trademark.

In contemporary society, in which marketing and its persuasive power must also be taken into account, there is something more important than the characteristics presumed by the mere projection of a trademark. It is the perception that the consumers have of these characters as a fundamental element.

Yet, whether it is by the real characteristics, or by the perception of people and social groups, the use of certain trademarks is an element of leverage in businesses. This gives the immaterial goods their own *trademark* value – for transfer or authorization (for use) purposes – as well as it adds value to the good in which the trademark is reproduced.

---

<sup>4</sup> Regarding the subject: CERQUEIRA, 1946, p. 148; CORREIA, 1999, p. 291.

---

Therefore, it is from the recognition attributed to certain trademarks that wealth is generated, whether it is relative to the trademark itself (industrial property), or in relation to the goods or services identified by the trademark. It is important to remember, however, that in its origin, the trademark involves only a visually perceptible sign.

In this sense, in order for the value of a trademark to better establish in a given market, there must be a distinction between the generality of products or services and those associated to the trademark. That is to say, it is necessary to determine a clear distinction between those elements and the other offers. As an example, bottled water, under a given product trademark, incorporates attributes of surplus value when compared to tap water. These attributes are only sustained because the water is displayed in a bottle under a particular trademark, instead of being simply drawn from a faucet.

Nevertheless, not all symbols and emblems, products of the human intellect, are prone to be registered as a trademark. It is not possible, for example, that the letter “A” is registered as a trademark, since if it were feasible, any person that made use of this letter would have to pay royalties to the trademark owner. There is a restriction to prevent the use of common goods as a source of wealth of a particular individual.

Regarding these restrictions, it is important to mention the fact that the art. 124 of the Brazilian Industrial Property Law (Law no. 9279/96) prohibits the registration of coats of arms, weapons, emblems and others, in item I, letters and dates, in item II, name, prize or sports event symbol, in item XIII. Each restriction has a meaning and a justification, since it consists of an expressed option of the legislator, in the sense of the impossibility of registration of certain elements that would be visually perceptible as trademarks.

In this context, there are two approaches to be considered: (i) the impossibility of the acknowledgement of ownership and exclusive use – sharing it would imply the payment of remuneration to the owner; and (ii) the use of a visual element so as to characterize a particular product or service would be impeded.

It is possible to suppose, in relation to item I, for example, that the registration of the Brazilian flag as a trademark is restricted in order to prevent a patrimony that belongs to all Brazilians to be a source of wealth for individuals in a position of owners of a patriotic symbol. Moreover, as to item II, the restriction can be discussed towards the registration of letters, numbers, and dates as trademarks, to prevent an individual from taking ownership of something that will imperatively be used by all citizens.

---

Thus, regarding the object of this study, an analysis of the content in item XIII of the art. 124, mentioned above, should be emphasized, which claims not to be possible to register as a trademark “*names, prizes or sports events symbols (...), except when authorized by a competent authority or entity promoting the event.*” Initially, the following question can be posed: what is the existing restriction?

With the purpose of understanding the content of item XIII, the resource of abstraction can be used once more. In relation to the scope of restriction, it is noticeable that, unlike the other items mentioned, it does not restrict, in a general manner, the registration of a given sign as a trademark. On the contrary, it only aims at restricting a third party from taking the trademark as their own, in order to take advantage of the benefits generated by the guarantee of exclusivity and its subsequent potential to be marketed, without an authorization issued by a competent authority or entity promoting the event, in order to carry out the registration of a name, aw or sports event symbol.

Therefore, the purpose of the Law seems to have been to confer protection towards the competent authority or the promoter of the sports event, in case an individual sought to take advantage, without any creative or previous input, of the notoriety of a sports event, with the aim of obtaining profit for themselves.

For example, without the restriction, Paulo and José, knowing how emblematic and striking are the distinguishable visual elements that characterize the Brazilian Soccer Championship, could, in the view of the legislator, register them as a trademark, and everyone who intended to make use of the elements would be compelled to pay royalties to Paulo and José. Considering this point of view, the restriction expressed in the Law seems justifiable.

Despite the existence of a specific regulation, mentioned above, related to sports events, which would be perfectly adequate for the 2014 World Cup, for purposes of regulation of the well-established event that will be held – now for the second time – in Brazil, the topic of trademark registration was addressed specifically in the General Law of the World Cup (LGC).

#### **4. GENERAL LAW OF THE WORLD CUP: CASUISMS X NEEDS**

After a summary of the regulation's guidelines regarding trademark registration, a comparison can be made between the rules stipulated in the LPI and in the LGC, in art. 3 and in its only item, when disregarding the application of the restriction from the already-mentioned item XIII of art. 124 of the LPI. In addition to the exception, the legislator attributed the obligation of doing to the INPI, in the sense that the institute would promote the notation of the trademarks owned by FIFA,

---

among them, “*the emblems of the 2013 FIFA Confederations Cup and the 2014 FIFA World Cup*”, while well-known trademarks.

These trademarks, it is worth mentioning, will be inserted into the category provided for in art. 125 of the LPI. Special protection will be ensured to these elements in all branches of activity, by ex officio act on the part of the Brazilian Institute of Industrial Property – INPI.

As to the well-known condition, it is a specific regulation in relation to the general regulation provided by the LPI. In this regulation, the right of the agent is recognized, over a brand whose originality and exclusivity rights refer to a specific branch of activity – and not to all the branches of activity. This extension is only recognized in the Law to well-known trademarks, whose consolidation depends on the registration and recognition by the INPI.

Thus, the recognition of the effects of the well-known aspect finds its justification in the protection of consumers, as well as to prevent the practice known as “free rider” - those who, even without having contributed to the success of a certain venture, take advantage of its success in order to become successful (by riding along) (COOTER; ULEN, 2010, p. 120-121). In consumer protection, it is also justified that there can be an induction to believe that it represents a related product or service, to which characteristics can be attributed associated with the product or service belonging to the original, attached with another branch.

It is important to consider that the establishment of a trademark in the market involves investments related to the creative activity, and, above all, to consolidation strategies in the market, which means time and resources expenditure. The acceptance, on the other hand, of the free rider figure in this field would act as a discouragement for entrepreneurs to invest in the creation and maintenance of their reputation, considering the free advantage of third-parties (that did not share the entry costs). Consequently, this discouragement would remove the potential for wealth generation, opposing the ideals of economic growth.

On the other hand, the determination that indicates the INPI, ex officio, to make note of the registration of various forms of intellectual property linked to sports events, disregards some of the regulations established in LPI, regarding who can request the trademark filing and the requirements it demands. The LPI determines, in its art. 128, that trademark registration can be requested by natural persons or juridical persons of public or private law. The legislation provides in § 1º that

persons under private law may only apply for registration of a trademark that relates to the activity in which they effectively and lawfully engage, either directly or through companies they control directly or indirectly, declaring the condition on the application itself, under the penalties of law.

---

The Law determines the need for an *application* submitted by a natural or juridical person, while the LGC determines the *notation* of well-known trademarks. The LPI determines that the requests submitted by legal persons of private law have to refer to products and services within the scope of the activity performed – it is important to observe that FIFA is a juridical person of private law registered in Switzerland. Therefore, the conclusion is that the person interested, be it a natural or juridical person, because of their position as an interest holder, is the one who should submit the request for registration.

In the LGC, the legislative requires a federal agency linked to the Ministry of Development, Industry and Foreign Trade (agency of the executive), to perform an action, for the benefit of an entity (in this case with the aggravating factor of being foreign and privately-held), notably to make the process of registration quicker and more comprehensive when regarding visually perceptible signs related to FIFA. The type of registration determined is directly in the category of well-known trademarks, with the purpose of producing effects concerning all branches of activities.

This topic leads to another derogation of the LPI. The Law addresses the “registration” of trademarks, including in the category of well-known trademarks. The LGC mentions an *ex officio* “notation” by the INPI. However, the LPI provides in its art. 136, aiming at the trademarks, that the notations are restricted to the acts of assignment, limitation, alteration and not requirements of well-known marks, in clear opposition to the already-established orientation in Brazilian law.

Based on the provisions in the LPI, there would be an impropriety in the determination contained in the LGC, when providing a hypothesis of notation that would, in fact, be a request for registration - with the formal consequences resulting from of it.

There is not a way, however, to interpret the law as solely being the “notation” of the trademark's notoriety, as mentioned in the LGC, in regard to trademark registration.

On the other hand, as the duty of *notation* is imposed on the INPI, it can be concluded that the owner of the intellectual assets will be exempted from the expenses that are usually associated with the registration request, representing another privilege for FIFA.

In addition, there is a question of legislative technique that should also be considered. By the wording of the single paragraph of art. 3° of the LGC (which is repeated in the single paragraph of art. 4° of the same law), the prohibition addressed in item “*XIII of art. 124 of Law n° 9.279 of 14 May 1996*” “*does not apply to the protection provided for in this article*”.

---

The above mentioned prohibition is thus worded:

Art. 124. The following are not registrable as marks(...) XIII - names, prizes or symbols of sports, artistic, cultural, social, political, economic or technical official or officially recognised events, as well as imitations likely to cause confusion, **except when authorised by the competent authority or entity promoting the event.**

From the provision of the item XIII of art. 124 of the LPI, it can be apprehended that a third party is prohibited to register a name, prize or symbol of a sports event *without the authorization* of the entity promoting the event or competent to do so. Thus, in a simple logical exercise, through a literal interpretation of the single paragraph of art. 3 of the LGC, the prohibition is being withdrawn. This means that it allows any person to register as a trademark, regardless of an authorization of the entity promoting the event, visually perceptible elements related to the prize, name or symbol of a sports event.

It is certain that this was not the aim of the legislator, mainly due to the systemic interpretation of the LGC, which makes clear the intention of the legislators to grant all kinds of benefits and advantages to FIFA, the organizer of the Football World Cup, on behalf of the alleged (and desirable) benefits that should result from the fact that Brazil had been chosen as a host for sports events, especially the 2014 World Cup.

Thus, undoubtedly, the only possible interpretation is that FIFA is the only one enabled to own as a trademark a name, prize or symbol of sports event in the country (specifically in relation to the Football World Cup and the Confederations Cup), by an *ex officio* act. These rights are recognized in all branches of activities, regardless of the payment of the fees normally involved<sup>5</sup>.

It has to be considered and questioned that, indirectly, other procedural rules of the LPI have also been disregarded by the LGC. There are time limits and procedures determined in the Law because the INPI's technicians and other interested parties should have the opportunity to analyze the originality of the material submitted, its relevance in relation to the condition of the requester and if the request does not imply any legal conflicts, among other aspects. Decisively diverging from the general regime, the LGC even makes it possible for FIFA to add new elements to the *notation* by adding to the list.

---

<sup>5</sup> It should be emphasized that the number of registrations of well-known trademarks was historically smaller than the number of well-known trademarks registered in favor of FIFA in this simplified process. According to the INPI website, the FIFA trademark is registered since 1994, although not in the well-known category. The regulation commented in this article of the LGC includes the trademarks related to the 2014 World Cup and the Confederations Cup. (INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2018).

---

In addition, it is worth mentioning that there was a particular normative edition for sports events of a special nature. When considering the demands of FIFA, this edition has partially revoked the current regulations on various topics and, constituting the object of this study, on the legal regime acknowledged for trademarks in Brazil.

With that, legitimacy, costs, and procedures were disregarded. Current regulations were also temporarily revoked, without any discussion on whether or not there was any violation of the national sovereignty (creating an exception), or loss of revenue to the State (which, ultimately, could be the owner, even through an entity created for this purpose) of the rights on some of these trademarks, without mentioning the imposition of the *ex officio* notation on INPI and regardless of the payment of any fees.

Perhaps, the ends justify the means. Perhaps, there is no interest in questioning the impositions of FIFA taking into account a population dazzled by the possibility of hosting the World Cup. However, the idea itself of particularism interferes with that of rule of law that is presumably established on general and stable foundations, not on particularisms that justify the acknowledgement of privileges that conflict with the difficulties faced by other professionals interested in making use of the registration of patents, utility models, and trademarks. Usually, these professionals are faced with a system considered to be time-consuming, which requires a minimum of two years for obtaining a registration. The justification for the time period is usually attributed to an alleged insufficiency of technical staff<sup>6</sup>.

There are those who indicate the benefits that the hosting of the World Cup in Brazil would generate, the desired infrastructure improvements in general and the ones aimed at sports. However, it would be interesting to consider that an effective improvement – and not casuistic – of the registration regime in Brazil could reflect positively for our creative minds to have more agility in the registration of patents, as well as the regime defining ownership of an industrial property reaching a stage of development that would allow us to get out of the uncomfortable 64th position in the world ranking of innovations of the World Intellectual Property Organization. The classification was published in 2018 and presents Brazil behind much smaller countries with less strong economies, such as Ukraine and Moldova, among others (VALENTE, 2018).

---

<sup>6</sup> According to specialized websites, the average time for obtaining the registration of a trademark at INPI is of 4 to 5 years. (MACHADO; LEITE, 2014)

---

## 5. POTENTIAL BENEFITS ON THE LOCAL ECONOMY

In March 2010, the Ministry of Sports released a study commissioned by the 2014 World Cup Consortium, led by Value Partners Brasil Ltda. (2014), addressing the economic impacts of the sports event execution. According to the projections presented, the country would receive an addition of approximately R\$183 billion, of which R\$47,5 billion would be in direct impacts (investment in infrastructure, increase in the demand of goods and services, and additional expenses on tourism) and R\$135,7 billion in indirect impacts (multiplier effects<sup>7</sup> and future demands).

However, it is necessary to look at these numbers with a cautious dose of skepticism. Since it is a preliminary study, the published data refer to *projections* of investments that may or not be confirmed. In addition, usually companies that organize the information disclosed by the sports entity concerned – and confirmed by the government – are closely associated to the promotion, organization and even the campaigning for the execution of events, which indicates an exaggeratedly optimistic expectation, and that may not find support in further evaluations (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 10).

Thus, by comparing the figures released by the organizers for the cups in 2006 (Germany) and 2010 (South Africa) (FAUSTINO; PRONI; SILVA, 2014, p. 49-51) with those obtained in post-events surveys, such numbers were not confirmed. There are still those who say that, in the example of the German case, in which the country already relied on developed infrastructure and, consequently, the investment was lower, the economic return of an event of that proportion tends to be higher. However, in the examples of developing countries, such as South Africa and Brazil, the cost would certainly be higher than the benefit (FAUSTINO; PRONI; SILVA, 2014, p. 48).

In this context, a study presented by the Federal University of Minas Gerais (UFMG) pointed out that, although it is possible to observe some immediate results in the increase of income and employment in host cities, undesirable economic effects, such as public debt, underutilization of structures and inflation should also be considered (BETARELLI JÚNIOR; DOMINGUES; MAGALHÃES, 2011, p. 04). The same study had data that demonstrated that, even if a positive economic impact is perceived, it would be below the projections presented.

Similarly, a report produced by the credit risk rating agency, Moody's, published by the newspaper Financial Times in the three months prior to the event, indicated that the actual

---

<sup>7</sup>Stimulation of other productive sectors through recirculation of money in the economy.

---



impacts on the economy would be negligible. Only a 0.4% increase would be generated in the Gross Domestic Product (GDP), in a period of 10 years (LEAHY, 2014).

### **3. CONCLUSIONS**

Denominated intellectual property, this modality of intangible property had its recognition in History while relying on the grant of privileges on the part of leaders. This had as a goal to ensure exclusivity to the owner. Regarding intellectual property, the purpose was to enable the negotiation of rights through onerous transfers of use or cession of ownership.

In this sense, the granting of privileges conflicts with the need to establish objective criteria, which would be able to convey the message that it is worth investing in the creation of these intangible assets, under the guarantee of exclusive ownership to be proven by the comparison with such criteria. This was the motivation for the legal orders to move from the regime of privilege to the registration regime, creating control mechanisms for the registration applications and assurance of minimum rights to the legitimate owners.

The ownership of intangible property needs to be ensured efficiently by the Law. This is necessary to, simultaneously, minimize the litigation costs over the goods, in order to discourage the abusive use of intangible property and assure the acknowledgement of exclusivity over the goods to economic agents. Thus, it becomes possible for these agents to be compensated and remunerated appropriately, creating an environment of innovation.

Brazil, in this context, still holds a very low position in the ranking of countries that stand out for innovation. The current regime of registration of trademarks and patents is far from being sufficient to change this situation. It can also be observed that the very definition of ownership, in the case of patents, is a system of construction, such as, for example, the Federal and State Innovation Laws, which are being edited. Moreover, the structure of the INPI has been considered unsatisfactory, and the registration time period excessively long.

However, the short description performed in this article demonstrates that, in regard to the trademarks associated with the World Cup, the regulation provided for in the LPI was legislatively modified in several aspects: (i) when determining the well-known trademark notation – without mention of trademark registration; (ii) when providing for the duty of the INPI in proceeding with the notation (without defining how the costs of the proceedings will be compensated to the registration agency); and (iii) when eliminating the requirements that are imposed on any other interested parties. And in addition to these particular aspects to which others could be added, privileges and advantages, that are not similar to the treatment given to any

---

other entrepreneur, Brazilian or foreigner, are established.

This situation requires a reflection on some issues: (i) why grant the benefit, exclusively to a foreign entity, of two specific sports events, neglecting the principle that rules should be general and abstract?; (ii) ultimately, what are the effects of this extensive interpretation of the rights conferred under an exception to FIFA? Are there any losses for the country?

It is not necessary to make a detailed analysis over the principle of equal treatment and how exceptions may be damaging to the legal system. Essentially, it would be enough to say that this situation could be close to the regime of the period previous to the promulgation of the Statute of Monopolies, when the letters patent were assigned only to the friends of the king, on the basis of an exchange of favors. And more than that: to accept shifts in the principle of equal treatment can be a dangerous precedent for future relativisms of other fundamental rights and assurances.

Breaking the rules of the game, creating particularisms through special and contingency laws can be considered a menace to democracy. The potential benefits generated by a sports event in the country are not being put into discussion, but the need to comprehend that the legislative particularism, even though having, in the current situation, the best of intentions (tourism, income, economic and social development, etc), can interfere with the basic principles of a society that aims to be fair and equal. If there are changes to be done in our institutions, they have to be performed through normative modifications of a general character, and result in improvements that can benefit all entrepreneurs, Brazilians and foreigners interested in investing in Brazil.

## REFERENCES

AGUSTINHO, Eduardo. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

BETARELLI JÚNIOR, Admir Antônio; DOMINGUES, Edson Paulo; MAGALHÃES, Aline Souza. **Copa do mundo 2014: impactos econômicos no Brasil, em Minas Gerais e Belo**

---

Horizonte. Belo Horizonte: CEDEPLAR/UFMG, 2011.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**, v. 1, parte I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1946.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo. **Direito Comercial**, 6 ed. Lisboa: Ediforum, 1999.

DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Marcio S.; MENDES, Paulo P. M. **A Propriedade Industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FAUSTINO, Raphael Brito; PRONI, Marcelo Weishaupt; SILVA, Leonardo Oliveira da. **Impactos Econômicos de Megaeventos Esportivos**. Belo Horizonte: Casa da Educação Física, 2014.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Available in <<http://www.inpi.gov.br>>, access on 26 November 2018.

LEAHY, Joe. World Cup will have little impact on Brazil, says Moody's. Financial Times Online. March 30th, 2014. Available in <<https://www.ft.com/content/770b70c8-b6b7-11e3-8695-00144feabdc0>> Access on 27th November 2018.

MACHADO, José Mauro D.; LEITE, Marcio Junqueira. Demora do INPI em analisar pedidos não respeita a razoável duração do processo. Revista Consultor Jurídico, 27 de agosto de 2014. Available in <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-27/demora-inpi-nao-respeita-razoavel-duracao-processos>> Access on 26 November, 2018.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. Edição Ridendo Castigat Mores (Versão para EbooksBrasil). Rocket Edition, 1999 [1848]. Available in <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>> Access on October 7th, 2012.

OLIVEIRA JÚNIOR, Ricardo César Gadelha. **Megaeventos esportivos: aspectos econômicos, urbanísticos e simbólicos**. Porto Alegre: FEE – Fundação de economia e estatística, 2015.

---

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

VALENTE, Jonas. Brasil fica em 64º lugar em ranking mundial de inovação. Agência Brasil, Brasília, July, 10th, 2018. Available in: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-07/brasil-fica-em-64o-lugar-em-ranking-mundial-de-inovacao>> Access on November, 26th, 2018.

VALUE PARTNERS BRASIL. Impactos Econômicos da Copa do Mundo 2014. Ministry of Sports. World Cup Consortium, 2014. Available in <<http://www.esporte.gov.br/arquivos/futebolDireitosTorcedor/copa2014/estudoSobreImpactosEconomicosCopaMundo2014.pdf>>. Access on 7 August 2018.

---

## O ART. 303 DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA: UMA REFLEXÃO A LUZ DA LEI 9.614/98 NOS CASOS DE AERONAVES SEQUESTRADAS

Bruno Ferraz Nobre<sup>1</sup>  
Humberto José Lourenção<sup>2</sup>

**RESUMO:** Discute-se muito sobre a constitucionalidade da Lei 9.614/98, denominada Lei do Abate, que alterou o art. 303 da lei 7565/86, para incluir a hipótese de destruição de aeronaves. Observa-se que mesmo após a regulamentação da lei 9.614/98 pelo Decreto 5.144/2004, não houve menção aos ilícitos que deveriam ser considerados ameaças à segurança nacional para efeito de destruição de aeronaves. Este artigo analisa de modo qualitativo e teórico a ausência de previsibilidade expressa do art. 303 para a hipótese de sequestro e verifica a possibilidade de uma interpretação sistemática da lei para os casos de aeronaves sequestradas no território nacional.

Palavras-Chave: Lei do Abate – Sequestro de Aeronaves – Abate de aeronaves - CBA

**ABSTRACT:** There is much debate about the constitutionality of Law 9,614 / 98, called the Slaughter Law, which alters art. 303 of Law 7565/86, to include an aircraft destruction hypothesis. The same was observed after the approval of law 9.614 / 98 by Decree 5.144 / 2004, there was no mention of the illicit acts that would be considered a threat to national security for the purposes of aircraft destruction. This article analyzes in a qualitative and theoretical way the absence of express predictability of art. 303 for a hijacking hypothesis and verify the possibility of a systematic interpretation of the law for cases of aircraft hijacked in the national territory.

Keywords: Slaughter Law - Aircraft Hijacking - Aircraft Slaughter - CBA

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Aeroespaciais com ênfase em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). Membro Efetivo da SBDA - Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial. Sócio da Associação Brasileira de Estudos de Defesa - ABED. Elemento Credenciado SIPAER - Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos / CENIPA - Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. Elemento credenciado AVSEC pela ANAC. Especialização em Gestão de Manutenção em Aeronaves (em andamento). Possui Especialização em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública (2014). Possui Graduação em Direito pela Faculdade Baiana de Direito (2013). Formação em Piloto Privado e Comercial de Avião pelo Curso de Formação Aeronautas (CFA). Experiência de mais de 8 anos, ministrando instruções teóricas nas disciplinas de motores e teoria de voo no Curso de Formação Aeronautas (CFA). Atuação por mais de 5 anos na área operacional, instruções pré-voo e inspeções de aeronaves, pelo Curso de Formação Aeronautas e Aeroclube da Bahia (2001 - 2007).

<sup>2</sup> Pós-doutorado em Ciências Militares pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME, 2015). Research Fellow na National Defense University (NDU, 2013). Pós-doutorado em Psicologia pela USP, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto (FFCLRP-USP, 2010). Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp, 2007). Professor Associado IV da Academia da Força Aérea (AFA). Professor de Ciência Política do Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeroespaciais da Universidade da Força Aérea (UNIFA). Líder do grupo de pesquisa em Estudos estratégicos e Política Internacional.

---

## INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da Lei do Abate e o Código Brasileiro de Aeronáutica<sup>3</sup>, (CBA), analisando sua abrangência e previsibilidade nos casos de aeronaves sequestradas. Observa-se que o Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565/86<sup>4</sup>, não aborda de forma expressa a hipótese de aeronaves sequestradas, muito menos traz em seu rol quais seriam os procedimentos a serem adotados diante desse fato. Constata-se ainda que a Lei 9.614/98, conhecida como a lei do abate de aeronaves, mesmo após ter sido regulamentada pelo decreto 5.144/2004, também não menciona a hipótese de sequestro, perdendo inclusive a oportunidade de elencar os ilícitos considerados ameaças à segurança nacional que fundamentassem o abate de aeronaves.

Diante da omissão legislativa sobre o tema, estaríamos diante de uma norma penal em branco. Poder-se-ia questionar: quais seriam os fatos ilícitos considerados pelo Estado Brasileiro ameaças à segurança nacional ou atentatórios à soberania do país que viessem a autorizar a destruição de uma aeronave civil? Quais seriam os procedimentos a serem adotados diante dessas hipóteses de sequestros? Oportunizando-se, ainda, analisar qual o limite constitucional previsto para a aplicação das medidas previstas no art. 303, § 2º da Lei 7565/86?

À luz dessas reflexões, indaga-se: seria possível utilizar-se de uma interpretação abrangente, sistemática, da Lei 7565/86<sup>5</sup> e da Lei 9614/98, assim como, do Decreto 5.144/2004, para disciplinar essa hipótese de sequestro, ou faz-se necessária uma análise maior, como por exemplo, da 'lei antiterrorismo' nº 13.260/2016, 'da lei de segurança nacional' e/ou do 'código penal' brasileiro no intuito de se alcançar um enquadramento legal sobre o tema? De que forma se

---

<sup>3</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm). O novo Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) passou por uma criteriosa revisão da Comissão de Especialistas de Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica (CERCBA), criada em junho de 2015 e composta por 25 integrantes, entre eles o vice-reitor do ITA, Claudio Jorge Pinto Alves e o professor da divisão de Engenharia Aeronáutica do ITA, Donizete de Andrade. A comissão foi presidida pelo professor e aviador Georges de Moura Ferreira, teve como relatora a doutora em Direito Espacial Maria Helena Fonseca Rolim, e como vice-presidente o especialista da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) Dorieldo Luiz dos Prazeres. O principal objetivo da CERCBA foi sugerir a modernização do CBA, elaborado em 1986, atualizando e ajustando os potenciais cenários vislumbrados no marco legal da aviação civil brasileira. O anteprojeto já foi encaminhado para exame do Congresso e deve ser analisado pela comissão especial de senadores na próxima semana, devendo seguir para avaliação da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e, depois, para o Plenário. Disponível em: <http://www.ita.br/noticias82>.

<sup>4</sup> Projeto de lei que altera o código Brasileiro de Aeronáutica seguiu para a Câmara sob a PL 6716/09. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/215651-plenario-vota-hoje-o-novo-codigo-brasileiro-de-aeronautica/>. Projeto de Lei que trata da atualização do Código Brasileiro de Aeronáutica, segue para a aprovação do Senado PLS n. 258 de 2016. Em caso de aprovação, o novo CBA seguirá para análise do Plenário do Senado. O texto do senador, com 372 artigos, trata de diversos assuntos, que vão da infraestrutura do setor de aviação aos direitos do consumidor e a responsabilização civil. Como lembrou o senador, o CBA vigente é de 1986, portanto "anterior à Constituição (1988), ao Código de Defesa do Consumidor (1990) e à lei que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC-2005), necessitando de atualização". Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126231>

<sup>5</sup> Em 17 de Junho de 2019, por meio da Lei 13.842, altera-se os art. 181; 182; 184; 185 e 186 da Lei 7.565/86, os quais versavam sobre a restrição da participação de empresas aéreas estrangeiras na exploração de serviços de transporte aéreo regular e de autorização para transporte aéreo não regular ou serviços especializados.

---

daria o abate de uma aeronave sequestrada, tendo em vista a lacuna legislativa sobre os procedimentos específicos, a serem adotados para essa hipótese. Poderá se abater qualquer aeronave em situação de sequestro?

Nesse compasso, uma alteração na lei seria suficiente ou faz-se realmente necessária a existência de uma lei específica para tratar do tema? Nesse diapasão, o objetivo é analisar o art. 303 da Lei 7565/86, alterado pela Lei 9614/98, conhecida como a “Lei do Abate” e verificar a possibilidade de uma interpretação sistemática desses dispositivos frente a hipótese ora aventada.

Propõe-se, assim, explorar as hipóteses legais previstas, lançando um olhar crítico, mas não definitivo, sobre o tema. O problema central dessa pesquisa surgiu a partir de uma análise do art. 303 da Lei 7565/86, combinado com a modificação promovida pela Lei 9614/98, a qual introduziu o § 2º do art. 303, viabilizando o abate de qualquer aeronave considerada hostil e que preencha os requisitos descritos nos incisos do artigo ora analisado.

Notou-se que, mesmo antes da alteração mencionada, o rol do art. 303 da Lei 7565/86 já era limitado e não abarcava, de modo expresso, a hipótese ora ventilada, de sequestro de aeronaves. Depreende-se, que a lei não exauriu as possibilidades de aplicação do dispositivo, deixando o dispositivo aberto, amplo, caracterizando uma lacuna legislativa, o que levou ao questionamento imediato sobre a hipótese de aeronaves sequestradas.

Muito se discute sobre a constitucionalidade da Lei 9614/98, em observância aos valores envolvidos, como por exemplo: a soberania nacional e o direito à vida. Não obstante, a lei supracitada não descreve qual ou quais seriam os procedimentos, a serem adotados no caso de enfrentamento com aeronaves nacionais e pilotos brasileiros. Como sustentar o argumento da preservação da soberania nacional nesses casos?

Salienta-se, desta forma, que essa omissão legislativa pode gerar inúmeras interpretações o que poderá possibilitar a aplicação de medidas desarrazoadas frente a ordem jurídica e humanitária vigente.

O presente estudo justifica-se, portanto, a partir da necessidade de pensar e refletir sobre as hipótese de aeronaves sequestradas e até onde pode-se valer de uma interpretação sistemática para abarcar os ilícitos que ameacem a segurança nacional e atentem contra a soberania do Estado Brasileiro.

---

## 2 CONTEXTO HISTÓRICO

O primeiro sequestro de aeronave comercial do mundo foi datado em 1948, logo após o final da Segunda Guerra Mundial. Teria ocorrido na cidade Chinesa de Macau, na época, colônia portuguesa; do outro lado do continente, tínhamos Hong Kong, na época, colônia inglesa. O comércio de ouro era grande entre essas duas cidades, e o transporte era feito por aviões para garantir a segurança no transporte. De acordo com o contexto histórico, o plano inicial era sequestrar o avião, desviar a rota para uma pista de pouso clandestina, desembarcar os passageiros e seguir viagem para outro destino, onde sua carga seria descarregada. No entanto, os pilotos reagiram, e o avião acabou caindo no mar. (BOTAS, 2010)

Na década de 1960, os sequestros de aeronaves passam a ser impulsionados por motivações políticas. Particularmente os voos americanos, após a guerra do Vietnã, passaram a ser alvo dos sequestros de aeronaves. Sobre estes sequestros, a jornalista americana Brenda I. Koerner, 2014, no seu livro: "The Skies Belong to Us"<sup>6</sup>, destaca um pensamento do editorialista da Pittsburgh Press de 1968:

especialistas davam de ombros para a epidemia, convencidos de que nada podia ser feito para impedir sua disseminação. Parece que o melhor que podemos fazer é incluir o sequestro de aviões na lista de coisas de que não gostamos, juntamente com pecado e impostos altos, e rezar para que não haja tragédias.

Nota-se a que ponto chegou a crise de aviões americanos sequestrados entre os anos de 1968 e 1972, na medida em que a autora do livro: "o céu nos pertence" salienta que:

... em resposta ao 22 sequestro aéreo do ano nos Estados Unidos, a Time criou um guia de viagem debochado intitulado 'O que fazer quando o sequestrador aparece'. Uma das recomendações começava assim: 'Não entre em pânico. Embora não sejam bem-vindos, os sequestradores podem ser agradáveis (KOERNER, 2014).

Tempo em que as regras de segurança nos aeroportos praticamente não existiam, pessoas desesperadas com a crise política e economia americana, sequestravam e tomavam o controle de aviões comerciais quase que uma vez por semana, usando armas e bombas.

Em 1959, no Brasil, um movimento organizado por militares da ativa, utilizando aviões da própria força; motivados pela renúncia de Jânio Quadros a candidatura à presidência da república, teve a intenção de bombardear os dois palácios: Laranjeiras e Catete, no Rio, e seguir para ocupar as bases no Estado do Pará. O Estado de Goiás teria sido escolhido por ser uma rota importante para a navegação. Contudo, os sequestradores foram delatados e acabaram fugindo para os países vizinhos como a Argentina em apenas 36 horas de movimento. (MIGUEZ, 2008).

---

<sup>6</sup> "o céu nos pertence", em tradução livre.

---



No auge da década de 1970, havia uma média de mais de 40 sequestros por ano, operações de pirataria e terrorismo eram constantes. Ademais, com o advento do 11 de Setembro de 2001, novos procedimentos foram adotados, melhorando a segurança nos aeroportos, o que tornou esse evento quase que escasso, não se ouve mais falar em sequestro (LIASCH, 2011).

Todavia, vale lembrar que novas ameaças à segurança da aviação estão sempre surgindo, sendo mister um olhar cuidadoso para todas as hipóteses. Ainda segundo Koerner:

Era um erro tratar o sequestro aéreo como um risco controlado. A estratégia de redução de danos das companhias aéreas dependia da suposição de que as características básicas da epidemia nunca iriam mudar, que os criminosos sempre seriam incompetentes...

Outrossim, já tivemos, no Brasil, o que se poderia chamar da tentativa do 11 de setembro brasileiro, fazendo menção ao 11 de setembro de 2001 nos EUA. Foi considerado o primeiro caso com avião comercial que se tem notícia no Brasil. O ano era o de 1988, um brasileiro conhecido com Raimundo Nonato planejou sequestrar uma aeronave e jogá-la sobre o palácio do planalto. Na época, o presidente em exercício era José Sarney<sup>7</sup>. O voo e a aeronave escolhidos foram o VASP – 375, Boeing 737-300, prefixo PP-SNT. O voo saiu de Belo Horizonte, tendo como destino a cidade do Rio de Janeiro. Ao avistar a cidade, Raimundo Nonato invade o cockpit e mata o copiloto, ordenando o piloto a seguir para Brasília. Entre vários procedimentos, o piloto consegue evitar o que seria, talvez, o maior acidente aéreo da história do país. Desviada a rota para Goiânia, o sequestrador é preso (LIASCH, 2011).

Além dos aviões, passaram-se a utilizar helicópteros como meio para a prática de atos altamente repugnantes, o que só faz aumentar o alerta sobre o sequestro de aeronaves em dias atuais. Em 2002, um helicóptero comercial foi fretado por dois homens que tinham a intenção de realizar voo panorâmico. No entanto, com o helicóptero já em voo, anunciaram o sequestro e determinaram ao piloto que fosse para um presídio de segurança máxima, indicado por eles. Nessa investida, dois presos foram resgatados, todos os quatro sequestradores fugiram, e ninguém ficou ferido. Esse episódio ficou conhecido como o primeiro sequestro de helicóptero utilizado para o resgate de presos em um presídio de segurança máxima no Estado de São Paulo (SILVA, 2002).

Em março de 2018, mais uma vez, o país foi alvo de sequestradores de aeronaves. O alvo novamente foi um helicóptero contratado para realizar voos panorâmicos e que veio a ser utilizado com o fito de resgatar um preso de uma penitenciária localizada no estado de Santa

---

<sup>7</sup> Biografia disponível em: [https://www.ebiografia.com/jose\\_sarney/](https://www.ebiografia.com/jose_sarney/)

---

Catarina. Durante o trajeto, a aeronave teve perda de sustentação e veio a cair em uma área urbana. (Portal G1, 2018).

### **3 ANÁLISE DA CONSTITUCIONAL E DA INCONSTITUCIONAL DA LEI 9614/98**

Observa-se que a Lei 9.614/98<sup>8</sup>, conhecida como a Lei do Abate, vem para alterar a Lei 7.565/86, denominada Código Brasileiro de Aeronáutica, incluindo a hipótese de medida de destruição para aeronaves consideradas hostis, nos casos descritos pelo art. 303 da referida lei, a qual veio a ser regulamentada no ano de 2004 pelo Decreto 5.144<sup>9</sup>, estabelecendo os procedimentos a serem seguidos para aeronaves consideradas hostis ou suspeita de tráfico de drogas.

Ademais, destaca-se que o Decreto 8.265/2014, o qual delegou ao comandante da aeronáutica a competência para tratar e decidir sobre as aeronaves sujeitas à medida de destruição, foi revogado em 18 de Julho de 2019, pelo Decreto 9.917<sup>10</sup>. A Lei do Abate, como é conhecida a Lei 9.614/98, levanta inúmeras discussões a respeito da sua legitimidade perante o sistema jurídico posto, tornando-se objeto de análise de estudiosos, pesquisadores, juristas, operadores do direito, entre uma gama de interessados no tema.

Ressalta-se que o momento da criação da Lei 9.614/98 convergia para um plano de execução estratégico da grande potência norte americana, pós guerra fria. O Brasil, como grande aliado, veio sofrendo pressões internas e externas para a criação de medidas que viessem a impedir o avanço do narcotráfico no país, medidas que dificultassem o deslocamento dessas drogas, especialmente, do tráfico para o território americano. No entanto, a justificativa oficial para a criação da lei veio expressa na exposição de motivos n. C-004/GM-3<sup>11</sup>, datada de 3 novembro de 1995, pautada na legitimidade do direito de exercer a soberania no espaço aéreo nacional, inibindo práticas hostis ou atentatórias contra a segurança da Nação Brasileira. (FEITOSA, 2012)

No decorrer da pesquisa, ficou evidente a dualidade entre os que defendem a constitucionalidade da lei e os que defendem a sua inconstitucionalidade. Os dois posicionamentos trazem argumentos fortes, o que torna ainda mais interessante o debate. Os que defendem a constitucionalidade da lei baseiam-se nos princípios constitucionais de saúde pública, soberania nacional, defesa e segurança nacional.

---

<sup>8</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9614.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9614.htm).

<sup>9</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm).

<sup>10</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20192022/2019/Decreto/D9917.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2019/Decreto/D9917.htm#art1).

<sup>11</sup> Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1B7ABCEB4693D6F664432F8B4E5BBB6A.proposicoesWebExterno2?codteor=1133342&filename=Dossie+-PL+1229/1995](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1B7ABCEB4693D6F664432F8B4E5BBB6A.proposicoesWebExterno2?codteor=1133342&filename=Dossie+-PL+1229/1995).

---

Como pode verificar-se, ao analisar o pensamento de José Viegas Filho, a Lei 9614/98 cumpriu os princípios e regras de constitucionalidade, tendo sido verificada e votada pelas duas casas do Congresso Nacional, além de ser uma “legítima aspiração da sociedade”, afirma o autor. Ademais, a medida de destruição “é a última etapa de uma série de nove procedimentos, clara e detalhadamente definidos, ao cabo dos quais ficaria patente a determinação da aeronave suspeita em resistir, de modo inequívoco, a comandos da autoridade do Estado brasileiro”. Afirmou, ainda, que a regulamentação se pautou não só por apurados critérios técnicos, mas também pelo sentido de respeito aos direitos humanos que inspira o povo e o governo brasileiro. (FILHO, 2004)

Nesse ínterim, vale acentuar os procedimentos mencionados, objeto do art. 303 da lei 7565/86 e suas alterações:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V - para averiguação de ilícito.

§ 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. ([Incluído pela Lei nº 9.614, de 1998](#)) (Vide Decreto nº 8.265, de 2014)

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório. ([Renumerado do § 2º para § 3º com nova redação pela Lei nº 9.614, de 1998](#)).

Observa-se que, em consonância com a previsão do inciso V, combinado com a redação do parágrafo 2 do referido artigo, alterado pela da Lei 9614/98, denominada de Lei do Abate, qualquer ilícito estará sujeito ao seu mandamento; previsão que motiva ainda mais autores a irem de encontro a previsão legal do mencionado parágrafo e da lei que o originou. Diante de tal cenário, encontramos os que defendem a inconstitucionalidade da lei, e, por isso, são contra a Lei do Abate, baseiam-se nos princípios constitucionais de preservação da vida, da inviolabilidade do direito a vida, da vedação constitucional referente a pena de morte em tempos de paz.

---

Quanto aos princípios constitucionais violados com surgimento da Lei 9614/98, exhibe-se o art. 4º, II, “prevalência dos direitos humanos”; VI – “defesa da paz”; VII – “solução pacífica dos conflitos”. Na esteira desse pensamento destaca-se o art. 5º, *caput*: “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”.

Apontam-se ainda os incisos II, III e XXXVII do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”; “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Nos incisos XLVI, XLVII, LIII, do referido art. 5, observa-se que: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:”; O inciso XLVII “não haverá pena de morte”; LIII “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Já o inciso LIV estabelece que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e § 2º “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (GOMES, 2009)

No contraponto, em defesa da constitucionalidade da aludida lei, depara-se com o raciocínio do professor Dr. Ivan Muniz de Mesquita:

talvez não seja possível a aplicação plena dos referidos princípios constitucionais, o que não significa dizer que o infrator não tenha chance de se defender. Claro que tem, basta que ele cumpra as determinações da aeronave interceptadora e que o piloto desta, proceda de acordo a Lei nº 9.614 de 1998 (LTD) e seu regulamento. (MESQUITA, 2009)

Ainda nesse contexto, o autor afirma que o princípio do devido processo legal não foi violado pela medida do tiro de destruição, uma vez tratar-se de uma circunstância *sui generis*. Afirma:

É claro que em situação normal todo brasileiro tem direito ao juiz natural, à ampla defesa e ao contraditório. Todavia, a aplicação plena desses princípios, nesta hipótese, não é possível, em virtude das circunstâncias anormais de que se reveste o caso, o que não significa dizer que o infrator não tenha chance de se

---

defender. Claro que tem, desde que cumpra as determinações da aeronave interceptadora e que esta tenha agido na forma da Lei e de seu regulamento. (MESQUITA, 2009)

Observa-se, portanto, que não são poucas as análises e os argumentos sobre a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade da Lei 9614/98. Sendo assim, o que se propõe é uma análise sobre tais fundamentos, pois o que nota-se é a utilização da legitimidade do ato de abater as aeronaves civis, embasada, exclusivamente na suspeita de transporte de drogas ilícitas, o que de fato, por si só, não afrontaria a soberania do país.

No mais, se o argumento da lei é a defesa do território, a manutenção da soberania nacional, como justificar tal posicionamento em relação ao abate de aeronaves de nacionalidade brasileira? Seriam essas um risco ou um perigo à defesa nacional, seriam de fato, uma ameaça real?

Vejamos o que nos traz FEITOSA, 2012: “No contexto da Guerra Fria, argumentava-se que a derrubada de aviões civis se devia à violação do espaço aéreo; contudo, no abate brasileiro ou colombiano, não se trata efetivamente de violação do espaço aéreo, pois pode ocorrer inclusive com aviões oriundos do próprio território nacional.

#### **4 O ART. 303 DO CBA, ALTERADO PELA LEI DO ABATE E REGULAMENTADO PELO DECRETO 5.144/86: HIPÓTESE DE SEQUESTRO DE AERONAVES**

O art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica foi alterado pela lei 9.614/98, conhecida como a lei do abate de aeronaves. Naquela oportunidade alteraram o § 2º do artigo ora mencionado, incluindo a hipótese de destruição de aeronaves consideradas hostis, vejamos o que diz o dispositivo:

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada ([Incluído pela Lei nº 9.614, de 1998](#))

Ademais, a lei 9614/98, permaneceu por seis anos inalterada até o advento do Decreto 5.144/2004, o qual regulamentou §§ 1, 2 e 3 do art. 303 do CBA. Nota-se, portanto, que a lei do abate não faz alusão à hipótese de sequestro de aeronaves, deixando uma lacuna legislativa ao não contemplar esse tema. Por outro lado e não menos importante, o Decreto não disciplinou quais seriam os atos ilícitos considerados uma ameaça à segurança nacional e/ou um atentado à soberania nacional. Decisão, na qual materializar-se-iam os tipos de ilícitos apontados como de extrema relevância frente a aplicação das medidas elencadas pelo art. 303 da Lei 7.565/86. Previsão que poder-se-ia limitar ou reduzir as diversas interpretações atuais sobre o que poderá ser objeto de destruição pelo art. 303 do CBA.

---

Ainda sim, não há previsão da hipótese de sequestro de aeronaves na Lei 13.260/2016<sup>12</sup>, Lei Antiterrorismo. Seguindo na omissão, constata-se, ao analisar da Lei 7.170/83<sup>13</sup>, que versa sobre os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, também não prevê tal hipótese.

Nesse compasso, outro ponto de inflexão que se observa sobre a atuação do dispositivo acima analisado é uma lei que autoriza a destruição de aeronaves consideradas hostis. Todavia, o intuito de criação da lei foi a proteção da soberania nacional. Ainda assim, não raro deparamo-nos com aeronaves com registro nacional e pilotos brasileiros sendo alvo dessas medidas. Como lidar com essa realidade, sem perder a essência da exposição de motivos que fez criar a Lei do Abate brasileira?

Nesse ínterim, ressalta-se ainda que a “Lei do Abate de Aeronaves”, em vários países, já levou à perda de milhares de pessoas inocentes pelo chamado “erro de julgamento”, como aborda Matthews no seu artigo intitulado: “7 times militaries have shot down civilian planes”. Na oportunidade, o autor demonstra o impacto que pode ter uma lei que permite, mas não avalia as possíveis variáveis dessa decisão em diversos seguimentos, como por exemplo: no campo social, político, econômico e financeiro que podem ser altamente impactados.

Na Alemanha, em 2003, motivados pelos atentados às torres gêmeas nos Estados Unidos, em 2001 e, após sofrer uma ameaça de ter o banco central europeu destruído por uma aeronave, aprovou-se a lei de abate para aviões sequestrados, a qual previa que o ministro da defesa poderia ordenar o abatimento de aviões sequestrados ou considerados perigosos. (NIEDERNHOEFER, 2006)

A lei de segurança aérea autorizava a destruição de um avião sequestrado por terroristas, caso estes pretendam utilizá-lo como arma, dirigindo-o, por exemplo, contra um arranha-céu ou usina nuclear. No entanto, em 2005, essa lei foi revista pela corte suprema alemã de Karlsruhe, devendo observar outro parâmetros como a análise da intenção do sequestrador-terrorista de colidir contra um alvo, bem como a certeza de que a morte dos passageiros fosse certa, além de contar de forma precisa com as condições dos jatos militares de abater a aeronave. Segundo Otto Schily, ministro do interior, à época, esses parâmetros jamais coincidirão na prática e a aplicação prática da lei reduz-se a praticamente zero. (DEUTSCHE WELLE, 2005)

---

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm)

<sup>13</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm)

---

Em 2010, o Governo Brasileiro teria recebido um telegrama da embaixada americana, alertando sobre o risco de ataque com aviões a prédios públicos, destacando-se a vulnerabilidade do espaço aéreo de Brasília a um ataque terrorista. De acordo com o documento, o embaixador dos EUA, em Brasília, na época, Clifford Sobel, fazia comentários sobre a lei do abate, mencionando, inclusive, um caso recente, à época, de um homem que havia roubado um avião monomotor na cidade de Luziânia (GO), cidade a 56 km de Brasília, que pilotava a aeronave e tinha a bordo sua filha de apenas 5 anos de idade. O diplomata norte-americano seguiu, sinalizando sobre a existência de uma lacuna na lei do abate no Brasil. A norma descreve sobre a hipótese de ataque a aviões hostis, especialmente os envolvidos no transporte de drogas ilícitas, todavia, nada diz sobre potenciais ataques a cidades. (RODRIGUES, 2010)

De lá para cá, pouco ou nada foi feito para aperfeiçoar os procedimentos de enfrentamento dessa hipótese de sequestro; nossa legislação atual não abarca essa hipótese, de forma objetiva e específica. A Lei do Abate não prevê esse possível desmembramento, mesmo diante das “novas ameaças”, como os avanços tecnológicos e cibernéticos, não se observa um movimento, um empenho, na tentativa de mitigar esse “gap” legislativo.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante todo o exposto, verifica-se que há, de fato, uma lacuna legislativa, e que, diante do contexto atual, inúmeros posicionamentos antagônicos continuarão a ser manifestados até que se reformule ou se crie nova legislação para o tema.

Ressalta-se, assim, a relevância deste estudo para toda a sociedade, tendo em vista a atual conjuntura aeroespacial brasileira, agravada, ao passo em que cresce exponencialmente o setor aéreo no país. É justamente, a partir dessas reflexões e análises aqui estimuladas, que o presente artigo destaca sua importância no mundo prático e jurídico, lançando um olhar crítico a essas falhas, lacunas, que podem gerar consequências irreparáveis para toda a sociedade.

Em franca convergência com as informações, até aqui mencionadas, é prudente observar a importância dessa pesquisa para toda a sociedade, em especial para o transporte aéreo, no intuito de descortinar e despertar para a necessidade de se reformularem algumas práticas, conceitos e regulamentos para o bem da segurança aérea, contribuindo cada vez mais para um desenvolvimento eficaz e seguro. A ameaça de sequestro é iminente, é real e pode surgir a qualquer momento. Consciente dessa hipótese, é salutar o cuidado e atenção às hipóteses, muitas vezes ignoradas, tidas como impossíveis ou remotamente possíveis de ocorrer.

---

Inevitável não se questionar após analisar e refletir sobre tudo até aqui exposto, deixando, infelizmente, alguns pontos de interrogação sem respostas legítimas que satisfaçam os anseios de toda comunidade aeronáutica e toda a sociedade brasileira.

Seria possível o abate de uma aeronave sequestrada, caso tenha como objetivo, como alvo, uma grande cidade ou um prédio público como a Câmara de Deputados ou a residência presidencial?

Seria possível o abate de uma aeronave sequestrada com um grande empresário por ter invadido área restrita? Seria possível o abate de uma aeronave sequestrada com 200 passageiros a bordo, totalmente sem rumo definido?

Quais seriam os procedimentos adotados, os elementos necessários, suficientes, para analisar a hipótese de abate de uma aeronave sequestrada em rota de colisão com o centro financeiro da cidade de São Paulo, por exemplo?

Seria possível sopesar o valor da vida humana dentro ou fora do avião, diante do iminente desastre? Seria possível o sacrifício de 200 vidas em voo para salvar, por exemplo, 900 vidas humanas em solo?

De que forma se poderia valorar qual dessas vidas humanas seria mais valiosa? Como o Direito vai lidar com casos dessa envergadura? Estamos preparados para isso?

Nem de longe, a intenção desse artigo é esgotar os posicionamentos e perspectivas sobre o assunto, entretanto espera-se que as reflexões sobre o tema sejam cada vez mais estimuladas e discutidas, pois, só assim, acredita-se que possamos contribuir para o fomento à segurança da aviação de forma mais consciente, sempre atentos a novas ameaças.

## **REFERÊNCIAS**

\_\_\_\_\_. Código Brasileiro de Aeronáutica. 5. ed. Coord.Emilio Sabatovski, Iara P. Fontoura. Karla Knihs. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_.Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei 9614, de 5 de Março de 1998. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para

---



incluir hipótese destruição de aeronave.

BOTAS, João. **1 sequestro da história da aviação comercial**. Disponível em: <<http://macauantigo.blogspot.com/2010/01/1-hijacking-da-historia-da-aviacao.html>>. Acesso em: 02 de Junho de 2018.

DEUTSCHE WELLE. **Lei do abate aéreo**. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/lei-do-abate-aereo-diante-do-tribunal/a-1771645>>. Acesso em: 25 de Junho de 2019.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de oliveira. **Lei do abate, guerra às drogas e defesa nacional**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292012000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005)>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do abate: inconstitucionalidade**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 10 de Agosto de 2019.

L I A S C H , J o n a s . **V o o V a s p 3 7 5** . Disponível em: <<http://culturaaeronautica.blogspot.com/2011/09/voo-vasp-375-como-quase-tivemos-um-11.html>>. Acesso em: 12 de Nov. de 2019.

MESQUITA, Ivan Muniz de. **Lei do Tiro de Destruição**. In: II Seminário de Estudos: Poder Aeroespacial & Estudos de defesa. V.I. Rio de Janeiro. Anais. UNIFA, 2009.

MIGUEZ, José Mario. **O Primeiro Sequestro Aéreo da História da Humanidade**. Disponível em: <<https://www.skoob.com.br/livro/pdf/o-primeiro-sequestro-aereo-da-historia-d/114293/edicao:126900>>. Acesso em: 15 de Julho de 2019.

PORTAL DE NOTÍCIAS G1. Sequestro de helicóptero que caiu em Joinville. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2018/08/08/pf-indicia-5-pessoas-por-sequestro-de-helicoptero-que-caiu-em-joinville-e-deixou-3-mortos.ghtml>>. Acesso em: 20 de Ago. de 2019.

RODRIGUES, Fernando. Espaço aéreo em Brasília é vulnerável, dizem EUA. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1212201009.htm>>. Acesso em: 10 de Jul. de 2019.

SILVA, Alessandro. Quadrilha Sequestra Helicóptero e Resgata 2 de Presídio em Guarulhos.

---

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1801200201.htm>. Acesso em: 24 de Jul. de 2019.

KOERNER, Brendan I. **O Céu nos Pertence**: o maior sequestro aéreo de uma época insana, tradução Alexandre Martins. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

VIEGAS FILHO, José. **A Lei do Abate é uma forma de pena de morte?**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/fz2407200409.htm> >. Acesso em: 14 Ago. de 2019.

---

**PARÂMETROS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA *PERFORMANCE*  
ARTÍSTICA A PARTIR DO CASO “SELVAGEM”, DO FILME *RUTAN***

***PARAMETERS OF FREEDOM OF EXPRESSION IN THE ARTISTIC  
PERFORMANCE OF THE “SAVAGE” CASE FROM THE MOVIE RUTAN***

Tarsila Rorato Crusius (UniRitter)<sup>1</sup>  
Fernanda Nunes Barbosa (UniRitter)<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este estudo tem como objetivo principal verificar em que medida elementos trazidos pela *performance* “Selvagem”, apresentada no filme *Rutan*, podem sugerir critérios limitativos à liberdade na *performance* artística. Utilizando metodologia dedutiva de caráter bibliográfico e exploratório, em um primeiro momento, situa-se a *performance* artística como manifestação do direito humano à liberdade de expressão; posteriormente, elementos da *performance* “Selvagem” são utilizados como suporte fático para a reflexão. Conclui-se que os elementos analisados contribuem para a proposição de parâmetros à liberdade de expressão na *performance* artística a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção aos direitos de personalidade.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Direitos humanos; Arte contemporânea; Performance artística.

**ABSTRACT:** This study aims to verify to what extent the elements brought by the performance "Savage", presented in the movie *Rutan*, can suggest criteria to establish limits for artistic performance freedom. Using the deductive methodology of bibliographic and exploratory character. Firstly, artistic performance is situated as a manifestation of the human right to freedom of expression; subsequently, elements of the “Savage” performance are used as factual support for reflection. It is concluded that the analyzed elements contribute to the proposal of parameters to freedom of expression in artistic performance based on the principle of human dignity and the protection of personality rights.

Key-words: Freedom of Speech; Human rights; Contemporary art; Artistic performance.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Humanos pela UniRitter, com bolsa CAPES. Psicóloga, com especialização em Gestão do Trabalho e da Educação em Saúde pela ENSP-FIOCRUZ.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter. Advogada.

---

## INTRODUÇÃO

A construção de parâmetros à liberdade de expressão artística mostra-se desafiadora, especialmente considerando o caráter constitutivo de tal direito e sua posição - por alguns defendida como preferencial - no rol dos direitos humanos e fundamentais. Esse desafio torna-se especialmente complexo quando se abordam novas formas de arte e expressão, que rompem paradigmas e limites, como é o caso das formas de expressão artística contemporâneas.

Se (quase<sup>3</sup>) nenhum direito humano tem caráter absoluto, tampouco o terá o direito à liberdade artística<sup>4</sup>. É nesse sentido que a construção de parâmetros e limites a seu exercício torna-se relevante, criando condições para que o exercício do direito se dê com um nível razoável de previsibilidade, condição indispensável para que se garanta um mínimo de segurança jurídica e se assegure a cientificidade do Direito.

Seguindo esta lógica, o presente estudo busca contribuir para a construção de parâmetros para a liberdade de expressão, mais especificamente em relação à forma de arte contemporânea expressa nas *performances* artísticas, utilizando para isso elementos para análise buscados na *performance* “Selvagem”, apresentada no filme *Rutan* (lançado no Brasil com o título de *The Square: A Arte da Discórdia*, em 2017), trabalhando-se com a hipótese de que é possível construir parâmetros para a liberdade artística a partir de elementos aportados pela situação fática fictícia apresentada.

Assim, por meio de metodologia dedutiva de caráter bibliográfico e exploratório, em um primeiro momento, a *performance* artística é situada como manifestação do direito humano à liberdade de expressão. Em um segundo momento, após a apresentação do caso e da análise dos elementos nele presentes, propõe-se a fixação de alguns parâmetros para a liberdade de expressão na *performance* artística.

---

<sup>3</sup> Cf. Norberto Bobbio, que identifica como absolutos os direitos a não ser escravizado e a não ser torturado (BOBBIO, 2004. Edição do Kindle, posição 674).

<sup>4</sup> Não se confunda *liberdade artística* com *liberdade cultural*. Tampouco se deve confundir *liberdade cultural* com *multiculturalismo*. Enquanto o multiculturalismo expressa uma ideia de *diversidade cultural*, a liberdade cultural reflete a ideia de permissão e incentivo para que cada pessoa, singularmente, viva no mundo do modo como valoriza a sua vida. É a liberdade para questionar tradições e reconhecer a diversidade dentro de um universo hegemônico. Aqui cultura não tem o sentido de arte, mas sim de identidade, considerando, ainda, que cada pessoa comporta, na sua individualidade, uma pluralidade de identidades. (SEN, 2015).

---

## **1 A PERFORMANCE ARTÍSTICA NO CONTEXTO DO DIREITO HUMANO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A primeira parte deste estudo situa a *performance* artística no contexto do direito humano à liberdade de expressão. Para isso, primeiramente, faz-se indispensável compreender a centralidade da liberdade como direito humano e as características da proteção à liberdade de expressão em sentido estrito. Em um segundo momento, caracterizar a liberdade artística no contexto da liberdade de expressão, considerando as suas especificidades. Por fim, apresentar as rupturas aportadas pela arte contemporânea e pela *performance* artística no campo da arte teatral, bem como os desafios para a construção de parâmetros e limites para essa forma de expressão artística.

### *1.1 Liberdade de expressão e seu conteúdo nas normativas nacionais e internacionais*

A liberdade de expressão, em todas as suas formas, é dotada de relevância tanto instrumental quanto constitutiva (SIMÃO, 2017). Pedra angular das democracias, sua defesa intransigente relaciona-se à defesa da dignidade humana e ao desenvolvimento e consolidação de uma sociedade democrática e plural.

A liberdade de expressão é direito humano protegido por instrumentos e normativas nacionais e internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, Artigo 19), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP, Artigo 19) e o Pacto de San José da Costa Rica (Artigo 13) constituem instrumentos internacionais primordiais de proteção dos Direitos Humanos nas Américas, garantindo a liberdade de informação, opinião e expressão a todas as pessoas, por todos os meios. No contexto nacional, o direito à liberdade de expressão está positivado na Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, incisos IV (liberdade de pensamento), IX (liberdade de expressão) e XIV (acesso à informação), bem como no artigo 220 (liberdade de comunicação e informação).

É nesse contexto que o estabelecimento de parâmetros limitadores da liberdade de expressão representa uma tarefa desafiadora, que vem merecendo amplo espaço de discussão entre diferentes setores da sociedade em situações nas quais seu exercício afronte outros direitos fundamentais. Se a liberdade de expressão, como os demais direitos, não tem caráter absoluto, necessária se faz a reflexão sobre parâmetros mínimos para a atuação estatal na colisão entre direitos fundamentais.

---

Bobbio demonstra a complexidade desta tarefa ao analisar a questão da tolerância sob uma perspectiva histórica. Demonstra o autor que, em sociedades democráticas, pode-se encontrar boas razões tanto para a defesa de uma concepção extensiva<sup>5</sup> quanto para uma concepção restritiva<sup>6</sup> da tolerância - reforçando, portanto, o caráter não absoluto desse direito e a necessidade de análise a partir de cada caso concreto.

Nesse sentido, Barbosa e Castro contrapõem-se aos defensores da existência de um caráter aprioristicamente prevalente da liberdade de expressão frente a outros direitos de vocação mais privada. Defendem, assim, que a prevalência de um direito fundamental sobre outro seja resultado de um “sopesamento concreto dos interesses em jogo, configurando-se, assim, uma relação de prevalência condicionada” (BARBOSA e CASTRO, 2017, p. 3).

Owen Fiss (2005) aponta para uma recente transformação de alguns setores do pensamento liberal, atualmente mais receptivos à necessidade de regulação da liberdade de expressão em situações que representem uma efetiva ameaça a outros valores também caros aos indivíduos e à sociedade. Para o autor, a intervenção estatal junto a discursos de incitação ao ódio, à pornografia e ao financiamento de campanhas eleitorais justifica-se a partir de “uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos” (FISS, 2005, p. 48).

Sarlet e Molinaro (2012, p. 42), ao mesmo tempo em que afirmam não haver assunto cuja discussão deva ser interdita, enfatizam a impossibilidade de que qualquer direito fundamental tenha caráter absoluto. Para os autores, “liberdade de expressão exige tolerância e comedimento” (SARLET e MOLINARO, 2012, p. 60), demandando o estabelecimento de limites e restrições na medida em que seja utilizada como instrumento de violação aos mesmos princípios fundamentais e democráticos do Estado Democrático que a sustentam.

O caráter não absoluto do direito à liberdade de expressão é também expresso nos principais instrumentos e normativas nacionais e internacionais. Limites à liberdade de expressão foram estabelecidos pelo PICDP em caso de colisão com os direitos de personalidade, proteção da segurança nacional ou ameaça à ordem pública, à saúde ou à moral (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, Artigo 19), bem como a proibição de “toda propaganda a favor da guerra (e de) toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966,

---

<sup>5</sup> Concepção própria do liberalismo radical, representada pela afirmativa segundo a qual “a tolerância só é tal se forem toleradas também as más ideias” (BOBBIO, 2004, posição 3810).

<sup>6</sup> Segundo a qual “todos devem ser tolerados, salvo os intolerantes” (BOBBIO, 2004, posição 3829).

---

Artigo 20). No mesmo sentido, o Pacto de San José da Costa Rica estabelece a proibição da propaganda em favor da guerra e do discurso de ódio, e prevê a possibilidade de censura prévia em caso de ameaça à proteção da infância e da adolescência, bem como de responsabilização em caso de ofensa aos direitos de personalidade, à proteção da segurança nacional, à ordem pública ou à saúde e moral públicas (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, Artigo 13).

Já no Brasil, o exercício da liberdade de expressão encontra suas limitações constitucionais, de forma genérica, no princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III)<sup>7</sup>, no direito de acesso à informação (Art. 5º, XIV), na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (Art. 5º, X) e no direito de resposta (Art. 5º, V)<sup>8</sup>. Por outro lado, pode também ser reconhecido, de forma mais concreta, na proteção aos vulneráveis e hipervulneráveis, como crianças e adolescentes (Art. 227), e na promoção da igualdade (art. 5º, *caput*), da qual decorre, por exemplo, o direito à não discriminação<sup>9</sup>.

Os limites à liberdade de expressão, com efeito, apresentam parâmetros legais não exaustivos ou mesmo de compreensão evidente, e cada situação deve ser ponderada a partir dos casos concretos apresentados, sem, no entanto, cair-se no "casuísmo" jurídico tão prejudicial a um sistema democrático. Nesse contexto, a proteção à liberdade artística encontra especificidades que merecem ser esmiuçadas.

### *1.2 Liberdade artística como manifestação da liberdade de expressão*

A arte é forma de expressão que constitui subjetividades, e sua proteção, no contexto da liberdade de expressão possui características diferenciadas. Assim, o primeiro desafio para a caracterização do direito à liberdade de expressão artística passa pela própria definição de seu objeto: a arte.

---

<sup>7</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que ampara a liberdade de expressão também ampara outros direitos que com ela colidem. Nesse sentido, “ao que nos parece, trata-se de contrapor, em última análise, liberdade *versus* privacidade (e, mais amplamente, personalidade), sem deixar de apontar que a complexidade do problema que a partir daí surge passa por reconhecer que ambos os valores (liberdade e privacidade) concretizam – e também põem em risco – a proteção da dignidade da pessoa humana” (BARBOSA, 2015, p. 100).

<sup>8</sup> Fábio Carvalho Leite defende, para além de uma posição preferencial do direito à liberdade de expressão, também defendida por diversos autores e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), uma posição preferencial para o direito de resposta em relação a outras consequências jurídicas, como a proibição do discurso/expressão e a indenização pecuniária. Para Fábio Leite, [...] “O quadro problemático descrito até aqui é um daqueles fenômenos que resultam de diferentes causas, e acredito que uma delas está relacionada à resolução dos casos concretos a partir de um sistema binário que diferencia *liberdade de expressão* e *abusos na liberdade de expressão* a partir da chave “discurso protegido x indenização pecuniária”, deixando de lado o direito de resposta, com todas as suas potencialidades. Como sustento no tópico a seguir, a inclusão do direito de resposta – ainda que apenas para auxiliar na tomada de decisão – pode contribuir um pouco para tornar o quadro menos problemático.” (LEITE, 2018, p. 10).

<sup>9</sup> Sobre o direito da antidiscriminação, confira-se o trabalho de Roger Raupp Rios (RIOS, 2008, *passim*).

---

A complexidade desse desafio é exemplificada pela problematização apresentada por Ernst Gombrich, que introduz sua obra de referência em História da Arte afirmando nada existir realmente a que se possa dar o nome de Arte (GOMBRICH, 2015, p. 15). Assim, como salienta Martins, “chegar a uma definição inequívoca de arte tem sido tarefa considerada, cada vez mais e mesmo pelos especialistas, como inexequível” (MARTINS, 2015, p. 42), tornando-se, a área de proteção ao direito fundamental à livre expressão artística, um conceito tão aberto quanto o é o próprio conceito de arte (MARTINS, 2015, p. 55).

O caráter constitutivo da arte é destacado por Mascaro, não tendo somente por função “abstrair a sociedade da realidade concreta, num sentido diversionista, como também tem um sentido de constituição daquilo que se possa pensar, desejar, contestar, repudiar, sacralizar, afastar” (MASCARO, 2015, p. 20).

Em uma abordagem jurídica, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão propõe que a distinção entre a expressão artística constitucionalmente protegida e objetos e manifestações que não gozam da mesma proteção seja feita a partir de três diferentes concepções. Primeiramente, em uma concepção formal, a definição do que possa ser considerado como “arte” relaciona-se ao gênero ou tipologia utilizada pelo artista em sua manifestação (pintura, teatro, música etc., em um rol não taxativo e permanentemente aberto a novas formas de expressão, como a performance, o grafite, entre outras). De maneira distinta, uma abordagem material ou idealista distinguirá como obra de arte aquela manifestação na qual o artista expressa aspectos únicos de sua subjetividade no processo de criação. Por último, a Teoria dos Sinais introduz um conceito aberto de arte no qual a manifestação artística está relacionada à perspectiva de sua leitura e sua interpretação em uma multiplicidade de significados, redefinindo-se e ressignificando-se continuamente (cf. MARTINS, 2015, p. 41; e JAYME, 2014, p. 146).

Para Erik Jayme, a Teoria dos Sinais reveste-se de especial relevância por estabelecer *standards* que contribuem tanto para o processo de ponderação entre a proteção constitucional da personalidade e a liberdade de arte quanto para a distinção entre arte e não-arte, ao estabelecer que “quanto mais uma obra aparece distante da realidade, quanto mais ficcional ela seja, tanto mais essa obra apresenta-se como protegida pela Constituição” (JAIME, 2014, p. 147).

Essa abordagem foi consolidada pelo Tribunal Constitucional alemão em 1971, no julgamento do Caso *Mephisto*, no qual a peça teatral de mesmo nome teve sua circulação proibida devido à excessiva proximidade de sua personagem principal com a pessoa que lhe serviu de inspiração. Não tendo sido encontrados suficientes elementos que indicassem a criação livre, a partir da qual poder-se-ia nela reconhecer a “expressão mais direta da personalidade individual do artista”

---



(SCHWABE, 2005, p. 497), não foi reconhecida sua proteção jurídica no contexto da liberdade artística.

O tratamento jurídico especial atribuído à liberdade de expressão artística expressa-se no não estabelecimento de limitações constitucionais a seu exercício, diferentemente de outras liberdades tuteladas no âmbito da liberdade de expressão<sup>10</sup>. Para Martins, essa ausência de reserva legal representa fator estruturante da própria liberdade artística (MARTINS, 2015. p. 37-39). Assim, a possibilidade de diferenciar quando uma manifestação ocorreu ou não em um contexto artístico traz importantes repercussões para a análise dos casos concretos de colisão entre direitos fundamentais, a exemplo: “presentes os elementos estruturais de uma obra artística, a obra chauvinista que reproduza preconceitos continuará sendo arte e, com isso, protegida pelo Art. 5º, IX, da CF, pelo menos enquanto direito de resistência” (MARTINS, 2015. p. 73).

Outro exemplo pode ser apontado no julgamento do HC 83.996-7/RJ pela 2ª Turma do STF. Na ação, o dramaturgo Gerald Thomas respondia pela prática de ato obsceno (Cód. Penal, art. 233) por haver simulado masturbação e exibido as nádegas ao receber vaias do público presente ao término da apresentação do espetáculo “Tristão e Isolda”, no Teatro Municipal do Rio de Janeiro. O empate na decisão da 2ª Turma do STF, suficiente para o trancamento da ação penal, teve como um de seus principais pontos de discussão a definição referente a se a manifestação ocorrera ou não no contexto de um espetáculo teatral, situando-a no âmbito da liberdade de expressão artística (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus 83.996-7/RJ).

A ruptura representada pela arte contemporânea trouxe novos elementos e formas de expressão artística, entre elas a *performance*, que traçam novos desafios para a construção de parâmetros à liberdade artística.

### *1.3 Performance artística: a arte contemporânea testando os limites da arte*

A *performance* artística, forma de expressão desenvolvida a partir da década de 1960 sob a influência, dentro do gênero do Teatro, de elementos da arte *pop* e da arte conceitual, carrega as marcas da ruptura paradigmática representada pela arte contemporânea. Nesse sentido, para Heinich “a arte contemporânea é mais do que um novo período artístico e mais do que uma nova categoria estética. Trata-se de um novo paradigma, que transforma completamente o mundo da arte” (HEINICH, 2014, p. 376).

---

<sup>10</sup> Tanto a Constituição Brasileira quanto a Lei Fundamental Alemã, que tanta influência exerceu no ordenamento constitucional brasileiro, reservam o mesmo alcance de proteção à liberdade artística (SCHWABE, 2005. p. 498).

---

Ainda segundo a autora, a arte contemporânea rompe tanto com o paradigma da arte clássica quanto com o da arte moderna através de distintas e fundamentais transgressões, que resultaram na redefinição do próprio conceito de *obra de arte*<sup>11</sup> e permitiram a experimentação e a utilização de novos materiais e modos de apresentação e representação. A atribuição de uma nova função ao discurso artístico, situando-o como parte da própria obra, trouxe uma nova função e relevância à mediação entre os espectadores e a obra de arte (HEINICH, 2014, p. 373-390).

A arte performática propôs novas estéticas corporais, independentes do texto dramático tradicional, ressignificando o conceito de cena (que torna-se mais impermanente, fluida e corpórea) e valorizando o caráter singular, espontâneo e imediato da experiência cênica (RIBEIRO, 2017, p. 87-88). Imediaticidade e improviso na relação entre o artista e o público são marcas da performance artística (MATHIAS, 2015, p. 163), sendo a obra de arte o produto de uma interação. A performance artística exige do público uma nova atitude para com a obra, que não raramente tem no desconforto e estranhamento uma parte importante de sua matéria-prima.

Entre as distintas apresentações e estéticas do teatro performativo, Martha Ribeiro destaca a radicalidade do *antiteatro*, no qual,

expurgando do teatro tudo que lhe faz o nome, o palco, o personagem, a fábula, o texto se institui como uma anticena que almeja se assemelhar com nossas vidas desprovidas de ilusão, oferecendo, por intensificação do real, um real vazio e extático. Eliminando do palco a ilusão, o teatro se vê substituído por esda (sic.) anticena, que se quer cada vez mais real, hiper-real, com uma clara orientação para a eliminação de todo segredo, de toda ausência, do jogo entre mostrar e esconder, próprios ao teatral (RIBEIRO, 2017, p. 89).

Ao longo das últimas décadas, significativos debates sobre limites da arte pela *performance* teatral foram travados, especialmente em virtude do advento da *body art* e suas performances marcadas pelo uso do corpo em situações por vezes marcadas por crueldade, violência, morbidez, automutilação, sadomasoquismo<sup>12</sup>, entre outros. Para Leonardo Martins, o direito fundamental à incolumidade física legitima a automutilação e o suicídio como formas de expressão – na medida em que cabe somente ao próprio artista, titular do direito, a opção por deixá-lo ao exercer seu direito fundamental à liberdade de expressão (MARTINS, 2015, p. 78).

---

<sup>11</sup> Que “já não consiste exclusivamente no objeto proposto pelo artista, mas em todo o conjunto de operações, ações, interpretações etc. provocadas por sua proposição” (HEINICH, 2014, p. 377).

<sup>12</sup> Destacam-se Rudolf Schwarzkogler e Gina Pane, cujas performances envolvendo automutilação foram marcantes durante as décadas de 1960 e 1970, sendo até hoje referências para artistas e grupos de arte performática (especialmente *body art*).

---

Assim, a ponderação sobre os limites do exercício da liberdade de expressão por meio da *performance* artística torna-se especialmente desafiadora devido às próprias características dessa forma de expressão artística, na qual o discurso se constrói e transmite no próprio desenrolar da ação/intervenção.

## **2 O “SELVAGEM”: ELEMENTOS PARA A PROPOSIÇÃO DE PARÂMETROS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERFORMANCE ARTÍSTICA**

A primeira parte do presente estudo situou a *performance* artística no contexto do direito humano à liberdade de expressão artística. A problematização acerca da perspectiva de construção de parâmetros para esta forma de expressão será realizada a partir dos elementos trazidos pela situação fictícia que será apresentada a seguir.

### *2.1 Apresentação do caso*

*Rutan* (lançado no Brasil com o título de *The Square: a arte da discórdia*, 2017) é um filme de longa metragem dirigido pelo cineasta sueco Ruben Östlund e lançado no mercado brasileiro em 2018. Vencedor de diversos prêmios, entre eles a prestigiada Palma de Ouro do Festival de Cinema de Cannes, o filme questiona o lugar e os limites da arte em um mundo marcado por rápidas e intensas transformações, a partir de situações vivenciadas por Christian, curador do Museu X-Royal de Arte Moderna e Contemporânea de Estocolmo.

Na trama do filme, *The Square* é uma instalação adquirida pelo museu com recursos doados por um casal de mecenas. Em uma sociedade na qual a palavra “solidariedade” parece vazia de conteúdo e sentido, o quadrado demarcado no chão “é um santuário de confiança e cuidado. Dentro de seus limites, todos dividimos direitos e obrigações iguais” (00:09:15). A instalação, forma de arte contemporânea, propõe uma reflexão crítica acerca do individualismo que domina as relações sociais e propõe, dentro de seus limites, um novo contrato social, no qual os sujeitos não sejam invisíveis e a confiança mútua e a solidariedade sejam a regra<sup>13</sup>.

A *performance* é apresentada em uma cena com pouco mais de 10 minutos de duração. Nas dependências do museu, em um grande salão de arquitetura e decoração clássicas, uma recepção é oferecida para apoiadores da instituição, em um gesto de valorização da recente aquisição e de

---

<sup>13</sup> Mostra-se curioso, neste caso, que a obra/instalação que também dá nome ao filme ("The Square") esteja gerando, na vida real, uma disputa judicial cuja consequência pode levar à proibição da exibição do filme. A artista Lola Arias acusa o diretor de atribuir a ela a criação da obra ficcional sem sua permissão e o está processando em Berlim. Segundo o site *Nordicdrama*, o principal objetivo, segundo os advogados da autora da ação, é proibir a produtora de continuar exibindo o filme referenciando a artista como criadora da obra "The Square". Assim em: <http://nordicdrama.com/lola-arias-files-lawsuit-against-the-square/>. Acesso em 19 de abril de 2020.

---

merecido reconhecimento aos mecenas que a proporcionaram. No momento em que algumas dezenas de convidados encontram-se sentados às suas mesas, confraternizando e brindando, ainda antes de iniciado o serviço de jantar, a interação entre os convivas é interrompida por uma voz no alto-falante. Os presentes são alertados:

Peço que tenham muito cuidado durante a *performance*. Bem-vindos à floresta. Logo vocês serão confrontados por um animal selvagem. Como sabem, o instinto de caça é ativado pela fraqueza. Se demonstrarem medo, o animal vai sentir. Se tentarem escapar, o animal vai caçar vocês. Mas, se permanecerem parados, sem mexer um músculo, o animal talvez não note vocês, e vocês poderão se esconder no rebanho, seguros de que outra pessoa será a presa

(RUTAN. Direção de Ruben Östlund. Suécia, Alemanha, Dinamarca, França: Plattform Produktion, 2017, 01:41:50).

O “selvagem”, personagem incorporado por um artista dramático, ingressa, de início cautelosamente, naquele ambiente asséptico, elitizado e desconhecido. Crescentemente, vai dominando o ambiente e incrementando sua agressividade, ocupando espaços e impondo-se perante o “rebanho” dócil que o observa. Inicialmente curiosos, relaxados e interessados, os presentes vão se tornando cada vez mais confusos e perplexos na presença da personagem, percebendo-se impotentes para estabelecer limites em uma linguagem que o “selvagem” possa, mais do que compreender, respeitar.

As interações que o “selvagem” trava com os presentes são brutas, primitivas e incivilizadas, próprias da natureza da personagem. Ele vai testando e rompendo limites, insensível às manifestações dos presentes para que modifique seus comportamentos e atitudes, inadequados para aquela situação. O rechaço dos presentes só faz com que responda de maneira cada vez mais brutal às tentativas individuais de barrar seus avanços. Para reafirmar sua liderança, sobe na mesa, quebra vidros e louças, ameaça e provoca a saída daqueles convidados que, desconfortáveis e amedrontados, abandonam a cena e o jantar ao se verem escolhidos como “as próximas presas”.

O “selvagem” aproxima-se de uma das mulheres presentes ao evento, eleita por ele como a próxima “presa”. Aproxima-se inicialmente com um interesse que logo evolui para o assédio. Um apelo tímido e assustado por ajuda não recebe resposta dos convidados, e a cena evolui para um ataque sexual, quando enfim o “selvagem” é detido por um grupo de convivas que, unindo-se, recorre à força bruta, passando a espancá-lo violentamente.

Como eventuais violações a interesses protegidos juridicamente podem ser caracterizadas em situações como a apresentada? Se os direitos não são absolutos, tampouco o será o direito à

---

liberdade de expressão artística por meio da *performance*. Em que medida, entretanto, é possível construir parâmetros à liberdade de expressão em *performances* artísticas nas quais ameaça, violência e assédio estejam presentes?

## 2.2 Reflexões sobre parâmetros à liberdade de expressão a partir do material apresentado

O tratamento jurídico diferenciado atribuído à liberdade artística torna necessário que a análise dos elementos presentes à cena apresentada passe, primeiramente, por identificar se a manifestação em questão encontra, de fato, proteção jurídica no direito à liberdade de expressão artística. Em caso afirmativo, deve-se identificar em que medida pode ser caracterizado o abuso do direito<sup>14</sup> de expressão artística no caso concreto.

Tomando como base as concepções estabelecidas pela jurisprudência alemã (que tanto influenciam nosso ordenamento jurídico), a *performance* apresentada atende aos parâmetros estabelecidos em suas três concepções de arte: formal (que, em seu rol aberto e não-taxativo, reconhece como formas de arte a *performance* artística e outras formas contemporâneas), material (pois expressa, em seu processo de criação, aspectos únicos da subjetividade do artista) e aberta, dada pela Teoria dos Sinais (devido à perspectiva de interpretação da obra em múltiplos significados).

Ainda, a sequência traz vários dos elementos característicos da arte performática conforme descrita por Martha Ribeiro: apresentação de uma nova estética corporal, descolamento em relação ao texto dramaturgic tradicional, ressignificação do conceito de cena e espontaneidade e improviso na produção da obra (RIBEIRO, 2017, p. 87-88). Imediaticidade, improviso e interatividade na relação entre o artista e o público também são marcas da *performance* artística apontadas por Pérola Mathias (2015, p. 163) que se mostram presentes na manifestação analisada.

Não há dificuldade, portanto, para enquadrar a cena apresentada no contexto de uma forma de expressão artística juridicamente protegida: a *performance* artística. A proposição de parâmetros para a liberdade artística a partir da situação fática apresentada demanda, portanto, a identificação das situações de colisão desse direito com outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

---

<sup>14</sup> O Código Civil brasileiro assim conceitua a ilicitude por abuso do direito: art. 187 do CCB. "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

---

É nesse momento que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser dissecado e densificado, de modo a melhor promovê-lo. Nesse sentido, reconhecer o direito à autodeterminação e à integridade psicofísica sobre o direito à liberdade de expressão artística (ainda que também este dê sentido à dignidade humana) parece ser a solução que melhor afirma a dignidade, que antes de ser um direito é o que, em realidade, os suporta. Assim restou estabelecido, *mutatis mutandis*, na jurisprudência nacional pelo julgamento do HC 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro<sup>15</sup>. Assim, é no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual confere coerência, unidade e legitimidade ao sistema jurídico (cf. BARBOSA e CASTRO, 2017, p. 6; e SARLET, 2015, posição 2446), que o direito à liberdade de expressão artística encontra seus possíveis limites.

Uma abordagem kantiana sobre a dignidade humana implica, fundamentalmente, que o ser humano jamais seja reduzido a um meio para o atingimento de determinado objetivo (ainda que o objetivo aparente legitimidade). Uma aplicação deste princípio ao caso concreto abordado representará, portanto, que os participantes de uma *performance* teatral na condição de público ou espectador não ocupe o lugar de “matéria-prima” ou mero “instrumento” para a criação de determinada obra de arte por parte do artista. O artista não pode dispor do público da maneira que bem entender, e isso deve repercutir no planejamento e execução da obra de arte, especialmente quando, como na situação ora em análise, a obra de arte resulta da interação deste público com o artista e com os elementos (bastante heterodoxos) por ele propostos.

A partir desta abordagem, constata-se que o artista performático ofende o princípio da dignidade humana ao desconsiderar, reiteradamente, os pedidos dos indivíduos que em diferentes momentos ao longo da performance apelam, com gestos e palavras, para que cesse sua interação da forma até então proposta. O abuso do direito à liberdade de expressão artística fica caracterizado nessa ofensa à autodeterminação das pessoas envolvidas na cena, pela qual o público é utilizado como veículo para produção da obra planejada pelo artista, em total desconsideração à sua liberdade e autonomia.

Por outro lado, em uma aproximação jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, Sarlet atribui destaque a seu alto grau de abstração e indeterminação. Partindo da premissa segundo a qual os direitos fundamentais constituem explicitações daquele princípio, o autor aponta para a

---

<sup>15</sup> O julgamento do HC 82.424/RS representou um *hard case* no qual pleno do STF reconheceu a primazia dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica sobre direito à liberdade de expressão ao julgar como crime de racismo a edição, distribuição e comercialização ao público obras de conteúdo antissemita, ao estabelecer que “O preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 82.484/RS, p. 526).

---

conveniência de que, diante de um caso concreto, busque-se inicialmente sondar a existência de uma ofensa a determinado direito fundamental em espécie, simplificando o caminho da análise e reduzindo a margem de arbítrio do intérprete (SARLET, 2015, posição 2878). Nesse sentido, destaca com especial ênfase a articulação entre a dignidade da pessoa humana e as seguintes categorias de direitos fundamentais em espécie: direitos fundamentais inerentes à proteção do exercício da autonomia e das liberdades fundamentais; direito à vida; direitos de personalidade; direito geral de igualdade; direito de propriedade; direito ao mínimo existencial e aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais; direitos políticos; e direitos-garantia em matéria processual (SARLET, 2015, especialmente capítulo 5.5, posições 2980-3346).

Dentre os direitos fundamentais em espécie destacados por Sarlet, os direitos de personalidade adquirem particular relevância para o autor, para quem “o reconhecimento de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade [...] pode ser diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2015, posição 2900). E é nesse contexto que o autor elenca a proteção da integridade física e psíquica no rol dos direitos de personalidade abrigados pelo princípio da dignidade humana (SARLET, 2015, posição 3094).

A proteção do direito à liberdade artística, assim, não deve ser reconhecida quando da violação aos direitos de personalidade, expressos no direito à vida e à incolumidade física e psíquica, como em casos de mutilação e morte de terceiros em *performances* teatrais (MARTINS, 2015, p. 78). Tampouco o estupro verdadeiro, ao representar um ataque ao bem jurídico “liberdade sexual”, encontraria proteção constitucional em uma manifestação teatral ou performática (MARTINS, 2015, p. 78)<sup>16</sup>.

A ofensa aos direitos de personalidade na *performance* em análise materializa-se nas diversas ameaças concretas de agressão física por parte do artista, que, aparentemente, somente não foram concretizadas pelo comportamento dos indivíduos que terminaram ou por abandonar o ambiente ou por recolher-se. O assédio sexual seguido de um ataque de fato, mesmo inserido no âmbito da

---

<sup>16</sup> Caso diverso (e de repercussão nacional no Brasil) pode ser apontado na performance que ficou conhecida como “Xereca Satânica”. No ano de 2014, no âmbito da disciplina Corpo e Resistência, do departamento de Artes e Estudos Culturais, um coletivo performou, no *campus* da Universidade Federal Fluminense (UFF), em Rio das Ostras, uma atuação denominada “Xereca Satânica”, na qual uma das mulheres teve suas partes íntimas cortadas. A performance deu ensejo a um inquérito da Polícia Federal, remetido ao MPF, indiciando professores/as e alunos/as nos tipos penais dos arts. 319 e 234, par. único, II, do Código Penal, por ato obsceno. O parecer do MPF, no entanto, concluiu pela inoccorrência de crime e pela legitimidade da performance, amparada na liberdade de arte, o que fora confirmado pelo Poder Judiciário. No caso, destaque-se, todas as pessoas envolvidas na performance estavam de acordo com ela. Conforme o parecer ministerial, “a performance questionada foi repleta de elementos inquestionavelmente artísticos”, e exemplifica: alusão ao ritual indígena; músicas cantadas com letras de protesto, pessoas cobertas com argila; exposição do corpo feminino em protesto; temática de denúncia e performance por artistas. Nesse caso, as atrizes, alunos/as e professores/as envolvidos/as na atividade sofreram forte ataque por parte de membros da comunidade acadêmica, de autoridades públicas e de parte da mídia, que os/as descreveu, entre outros adjetivos, como “comunistas”, “satânicos” e “feministas”, num evidente juízo moralista sobre o fazer artístico.

---

manifestação artística, tampouco encontra proteção constitucional por sua colisão com os direitos de personalidade.

É possível inferir diferentes intenções e interpretações para uma *performance* como a do “Selvagem”, apresentada no contexto de uma obra cinematográfica. Sua categorização no contexto de uma manifestação artística, entretanto, não justifica a violação de outros direitos constitucionalmente e internacionalmente protegidos. Nunca é demais lembrar o que prescreve a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo de abertura: *todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscando contribuir para a construção de parâmetros para a liberdade de expressão, este estudo primeiramente situou a *performance* teatral, forma de expressão da arte contemporânea, no âmbito do direito humano à liberdade de expressão, e que encontra proteção especial quando inserido no contexto da liberdade artística.

A partir disso, utilizou elementos aportados pela *performance* “Selvagem”, apresentada no filme *Rutan*, como subsídio para a reflexão sobre os limites da *performance* artística e a perspectiva de construção de parâmetros orientadores para a aplicação do Direito em situações de colisão entre o direito à expressão artística e outros direitos fundamentais protegidos no âmbito global.

A partir dessa análise, constatou-se que o caso apresentado trouxe elementos fáticos para a construção de parâmetros à liberdade de expressão na *performance* artística, fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana e ancorados nos direitos de personalidade.

Se, por um lado, o exercício proposto demonstra que é possível avançar na construção de parâmetros à liberdade artística pela análise de situações concretas, percebe-se que esse é um processo de construção aberto e em permanente transformação – como o são o próprio conceito e as formas de arte, e como o é o próprio Direito.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Biografias e Liberdade de Expressão**: critérios para a publicação de histórias de vida. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2015. 336p.

BARBOSA, Fernanda Nunes; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Dilemas da liberdade de expressão e da solidariedade. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civillistica.com/dilemas-da-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 06 de jan. de 2020.

---



BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle.

FISS, Owen. **A Ironia da Liberdade de Expressão**: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 148p.

GOMBRICH, Ernst Hans Josef. **A História da Arte**. Rio de Janeiro: LTC, 2015. 506p.

HEINICH, Natalie. Práticas da Arte Contemporânea: uma abordagem pragmática a um novo paradigma artístico. Tradução de Markus Hediger. **Sociologia & Antropologia**, Rio de Janeiro, v. 04.02, p. 373-390, out/2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sant/v4n2/2238-3875-sant-04-02-0373.pdf>>. Acesso em: 27 de jan de 2020.

JAYME, Erik. Liberdade de Arte no Direito Constitucional: repercussões no direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 143-149.

LEITE, Fábio Carvalho. Por uma posição preferencial do direito de resposta nos conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-uma-posicao-preferencial/>>. Acesso em 10 de mar de 2020.

MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à Expressão Artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Org.). **Direito da Arte**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29-86.

MASCARO, Alysson Leandro. Sobre Direito e Arte. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Org.). **Direito da Arte**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17-28.

MATHIAS, Pérola. Arte contemporânea: do que se trata? Notas feitas através da leitura do livro The contingent object of contemporary art de Martha Buskirk. **Visualidades**, Goiânia, v.13, n.2, p. 144 - 167, jul - dez 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/VISUAL/article/view/34101>>. Acesso em: 27 de jan de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948**. Artigo 19. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Resolução Adotada pela Assembleia Geral. 1966. Disponível em: <[http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo2/2pidcp.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html)>. Acesso em: 14 de jun de 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Pacto de São José da Costa Rica. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 30 de ago de 2019.

---

RIBEIRO, Martha. Teatro contemporâneo brasileiro: a narrativa como estratégia ao real: Batistério e O pão e a pedra. **O Eixo e a Roda**, Belo Horizonte, v. 26, n. 1, p. 85-102, 2017. Disponível em: <[http://www.periodicos.letras.ufmg.br/-index.php/o\\_eixo\\_ea\\_roda/article/view/11667](http://www.periodicos.letras.ufmg.br/-index.php/o_eixo_ea_roda/article/view/11667)>. Acesso em: 27 de jan de 2020.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de expressão! [Superando os limites do “politicamente (in)correto”]. **Revista da Ajuris**, v. 39, n. 126, p. 39-62, jun. 2012. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/-index.php/REVAJURIS/article/view/776>>. Acesso em: 23 de jan. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Edição do Kindle.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência o Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. 993 p.

SEN, Amartya. **Identidade e Violência**: a ilusão do destino. Trad. José Antonio Arantes. São Paulo: Iluminuras, 2015.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do Direito à Liberdade de Expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS**, v. XII, n. 1, p. 203-229, 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72978>>. Acesso em: 23 de jan de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.484/RS**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 24 de jan de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 83.996-7/RJ**. 2004. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/620\\_Gerald%20Thomas.PDF](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/620_Gerald%20Thomas.PDF)>. Acesso em: 23 de jan de 2020.

---

## UM ESTUDO ACERCA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE EM JOHN RAWLS

### A STUDY ON JUSTICE AS EQUITY IN JOHN RAWLS

Paulo César Nodari<sup>1</sup>

Cleide Calgaro<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho analisa alguns conceitos principais da concepção da justiça como equidade em John Rawls, lançando mão de três obras importantes do autor: Uma teoria da justiça, A justiça como equidade, O liberalismo político. Para alcançar tal propósito, utiliza-se o método analítico. Entende-se que Rawls vislumbra uma forma de conceber a sociedade, para que a mesma fosse bem ordenada, partindo dos princípios de justiça, na qual as pessoas estariam em posição original sob o véu da ignorância, possibilitando, assim, por meio da cooperação social, alcançar e efetivar uma sociedade democrática liberal, alicerçada sobre os valores da liberdade e da igualdade.

Palavras-chave: John Rawls; justiça como equidade; igualdade; liberdade; princípios da justiça.

**ABSTRACT:** The present work analyzes some main concepts of the conception of justice as equity in John Rawls, using three important works by the author: A theory of justice, Justice as equity, Political liberalism. To achieve this purpose, the analytical method is used. It is understood that Rawls envisions a way of conceiving society, so that it could be well ordered,

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Filosofia (Bacharelado e Licenciatura) pela Universidade de Caxias do Sul (1991), graduação em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1994), mestrado em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998) e doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2004), com período sanduíche na Universidade de Tübingen, Alemanha. Atualmente é professor Adjunto III na Universidade de Caxias do Sul. Foi professor no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de Caxias do Sul (PPGED-UCS). É professor no Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul (PPGFIL-UCS). É professor no Programa (Mestrado e Doutorado) de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDIR-UCS). Tem experiência nos seguintes temas: ética, liberdade, direitos humanos, paz, antropologia, educação. De 02/2011 a 07/2011, Pós-Doutoramento, em Filosofia, em Bonn (Alemanha).

<sup>2</sup> Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara. É membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2021). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>.

---

based on the principles of justice, in which people would be in an original position under the veil of ignorance, thus enabling, through social cooperation, to achieve and effect a liberal democratic society, based on the values of freedom and equality.

Keywords: John Rawls; justice as equity; equality; freedom; principles of justice.

## **1 INTRODUÇÃO**

Este texto buscará trabalhar e articular as ideias principais de John Rawls, proporcionando um debate acerca de alguns dos temas relevantes de sua teoria da justiça. John Rawls é um conhecido filósofo político norte-americano que viveu e conviveu, direta ou indiretamente, por assim dizer, os grandes acontecimentos do século XX. Ele assume a perspectiva de um liberalismo igualitário a partir de sua ideia basilar, a saber, a justiça como equidade. Trata-se, pois, de uma posição original de igualdade, correspondente a um estado de natureza na teoria tradicional moderna pautada pelo contrato social. E nessa posição original haveria dois princípios de justiça a partir dos quais as pessoas livres e racionais, preocupadas não só, mas, também, em promover e garantir os seus interesses, e, para tanto, seriam convencidas a aceitar uma posição inicial de igualdade, para que, com a aceitação dos princípios de justiça, todos pudessem chegar ao alcance e à efetivação mais equânime de uma teoria da justiça, e, por conseguinte, uma sociedade bem ordenada e cooperativa.

O livro, *Uma teoria da justiça*, publicado em 1971, ao trazer à tona a ideia de justiça como equidade, expõe e abre a todo o público o debate e as imbricações existentes entre as diversas áreas do saber, especialmente, o direito, a política, a moral e a economia. Buscando complementar as ideias ainda não suficientes e tão bem compreendidas, em 1985, Rawls publicou o livro, *Justiça como equidade: uma teoria política e não metafísica*, e, por sua vez, em 1993, vem à tona o livro, *O liberalismo político*, com o qual Rawls busca responder aos críticos de sua magistral obra, *Uma teoria da justiça* (1971), sobre diversos pontos e aspectos desenvolvidos na primeira obra (1971), que, porventura, tenham gerado críticas, polêmicas e tenham sido mal compreendidos. A ideia básica de Rawls consiste na maneira de como compreender a sociedade bem ordenada a partir de uma concepção política de justiça alicerçada e estruturada sobre princípios de justiça com vistas a uma maior cooperação social, na qual justiça seja a primeira virtude.

## **2 UMA SOCIEDADE COOPERATIVA E BEM ORDENADA**

Para Rawls, a justiça é virtude central e da organização da vida social cooperativa e bem ordenada, de modo a ser afirmada e defendida a tese de que se uma teoria de justiça for injusta em

---

uma sociedade, ela dever ser abolida e ela não pode estar sujeita a negociações políticas e nem mesmo a interesses das partes. Afirmo ele desde início de sua argumentação:

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aquiescer uma teoria errônea é a falta de uma melhor; de maneira análoga, uma injustiça é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos. (RAWLS, 2008, p. 04).

Cada indivíduo possui uma inviolabilidade fundada na justiça, a qual nem mesmo o bem-estar geral da sociedade pode ignorar. Os direitos são assegurados pela justiça e não podem estar sujeitos a negociações políticas e também não sujeitos aos cálculos de interesse social. Logo, segundo Rawls, o objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade. Ou seja, a forma de como as instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais vai determinar a divisão de vantagens e compromissos que surgem da cooperação social. Ao demonstrar o tipo de sociedade bem ordenada, na qual a justiça como equidade tem primazia, Rawls está submetendo suas ideias de uma teoria de justiça para uma análise dos princípios e das consequências de uma tal teoria com relação e em confronto com outras teorias, especialmente, as de cunho e orientação utilitarista, tão frequentes e badaladas nas sociedades ocidentais contemporâneas, especialmente, no século XX. Para Rawls, uma sociedade bem ordenada, ordenada pela ideia de justiça, é planejada e intencionada a promover o bem comum de seus membros. Trata-se, pois, “[...] de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral se sabe que atendem, a esses princípios”. (RAWLS, 2008, p. 05).

Embora os indivíduos possam fazer exigências mútuas, eles reconhecem, agora, mais facilmente, quais de suas reivindicações podem ser melhor consideradas mais procedentes e justas, porque todos se sentem e precisam sentir-se cooperativos, tornando, por conseguinte, a associação dos indivíduos mais participativa e colaborativa, não mirando e mitigando senão com sempre mais clarividência e interesse mútuo a justiça. Nesse interim, emerge, também, entre os indivíduos, a consciência da convivência cívica, propiciando, assim, uma sociedade bem ordenada. Por isso, faz-se urgente que o hábito, vindo, por assim dizer, se possível, a tornar-se uma virtude comum entre os participantes sociopolíticos de um sociedade, de modo que o esquema e a organização da cooperação social venha a tornar-se cada vez mais estável, de modo a consolidar as orientações e

---

as regras de ação, visando a realização de uma sociedade bem organizada e bem ordenada, e, portanto, justa. Mas, para tanto, há um caminho a ser percorrido, uma vez que, segundo Rawls, há não apenas atitudes de pessoas, de instituições, mas, também, leis e sistemas sociais, que, eventualmente, podem ser injustos e precisam, urgentemente, de revisão e discussão em que os posicionamentos das sociedades diversas possam estar diálogo, não esquecendo, porém, que o objeto ordenador e articulador não é outro senão a justiça. Para tanto, ou seja, para buscar aperfeiçoar as relações sociais, Rawls entende que o objeto primário da justiça deva ser, justamente, a discussão acerca da estrutura básica da sociedade.

Existem, para Rawls, três características fundamentais para uma concepção política de justiça. Da primeira procede o objetivo da concepção política de justiça, ainda que tal concepção seja uma concepção moral: “[...] trata-se de uma concepção moral que se aplica a um tipo específico de objeto, a saber, as instituições políticas, sociais e econômicas” (RAWLS, 2011, p. 13). Essa concepção se aplica à estrutura básica da sociedade em uma democracia constitucional, sendo que essa estrutura básica da sociedade vem a ser entendida e ter como fomo inicial de justiça política “[...] a estrutura de instituições básicas e os princípios, padrões e preceitos que a ela se aplicam, bem como a forma como essas normas devem se expressar no caráter e nas atitudes dos membros da sociedade que realizam os ideais dessa concepção.” (RAWLS, 2011, p. 13). Logo, o ponto fulcral da concepção política de justiça seria a estrutura básica das instituições, e, por sua vez, os princípios e os critérios, que se aplicam a essa tal estrutura. Outra questão a ser considerada é como se ela contivesse uma estrutura básica de sociedade fechada e autossuficiente, à qual indivíduos poderiam nela ingressar só pelo nascimento e dela sair pela morte, podendo, por conseguinte, os indivíduos nela permanecerem durante toda a sua vida (RAWLS, 2011, p. 14).

A segunda característica seria a forma ou o modo de apresentação da concepção política de justiça, que apareceria como uma visão que se sustentaria por si própria (RAWLS, 2011, p. 14). Embora se queira que uma tal concepção política encontre uma justificação com referência “[...] a uma ou mais doutrinas abrangentes, ela não é formulada como tal nem deriva de uma doutrina desse tipo aplicada à estrutura básica da sociedade, como se essa estrutura fosse simplesmente outro objeto ao qual a doutrina em questão é aplicada.” (RAWLS, 2011, p. 14). E isso é assim, porque uma coisa é o modo e como uma doutrina política de justiça é elaborada e bem outra é se ela pode ser derivada de uma doutrina abrangente. Logo, para Rawls, uma concepção política de justiça se difere das doutrinas morais, “pois estas são comumente consideradas visões gerais e abrangentes.” (RAWLS, 2000, p. 55). Veja-se, pois um exemplo por demais conhecido.

O utilitarismo é um exemplo conhecido: o princípio de utilidade, como quer que seja entendido, costuma ter uma aplicação estendida a todos os tipos de objeto, da conduta dos indivíduos e das relações pessoais à organização da sociedade como um todo, bem como ao direito dos povos. Uma concepção política, ao contrário, tenta elaborar uma

---

concepção razoável somente para a estrutura básica e tanto quanto possível não envolve nenhum compromisso mais profundo com qualquer outra doutrina. (RAWLS, 2011, p. 15).

E, por fim, a terceira característica de uma concepção política de justiça está referenciado em seu conteúdo que se expressa por meio de ideias fundamentais, implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática. “Esta cultura compreende as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação (incluindo-se as do Judiciário), bem como os textos e documentos históricos que constituem um acervo comum.” (RAWLS, 2000, p. 16). Portanto, percebe-se que a justiça como equidade “[...] tem como ponto de partida certa tradição política e toma como ideia fundamental dessa tradição a de sociedade como um sistema de cooperação ao longo do tempo, de uma geração às seguintes.” (RAWLS, 2011, pp. 16-17).

Rawls não se cansa de afirmar que a estrutura básica da sociedade precisa constituir-se em objeto primário da justiça. Por isso, é imprescindível a discussão em torno dos princípios de justiça que deveriam regular uma sociedade bem ordenada, uma vez presumir-se a concepção e a confiança de que “[...] que todos ajam de forma justa e façam sua parte na sustentação das instituições justas.” (RAWLS, 2008, p. 10). O autor norte-americano não deixa de insistir e atentar para a tese de não ser possível o entendimento de uma teoria de justiça sem a discussão da natureza, dos princípios e dos objetivos de uma sociedade justa. Logo, segundo Rawls, “[...] a concepção de justiça social fornece em primeiro lugar um padrão por meio do qual se devem avaliar os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade”. (RAWLS, 2008, p. 11). Assim sendo, não há dúvidas de que, para entender a concepção de justiça, faz-se urgente entender que a necessidade de cooperação social é crucial e determinante. Ou seja: “[...] o conceito de justiça é definido, então, pelo papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das vantagens sociais.” (RAWLS, 2008, p. 12).

Rawls salienta que um dos objetivos que a justiça como equidade possui seria dar uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas, atendendo aos critérios de liberdade e igualdade, tão candentes e prementes para as sociedades modernas. Portanto:

Para tanto, voltamo-nos para a cultura política pública de uma sociedade democrática, e para as tradições de interpretação de sua constituição e de suas leis básicas, em busca de ideias familiares que possam ser trabalhadas e transformadas numa concepção de justiça política. Supõe-se que os cidadãos de uma sociedade democrática tenham pelo menos uma compreensão implícita dessas ideias, o que se revela na discussão política cotidiana, em debates sobre o significado e os fundamentos dos direitos e liberdades constitucionais, e outras coisas afins. (RAWLS, 2003, p. 07).

Os indivíduos de uma sociedade democrática devem ter a ideia do significado e dos fundamentos tanto dos direitos quanto das liberdades constitucionais. A ideia principal é a da conjugação com a ideia de cidadãos que coopera como pessoas livres e iguais e a ideia de que uma sociedade bem

---

ordenada seria uma sociedade regulada efetivamente por uma ideia pública de justiça, considerando-se, pois, que essas ideias sejam familiares a uma cultura política pública de uma sociedade democrática. Pois bem, se os princípios da justiça visam a dar uma resposta à questão da filosofia política e social, então, a questão a saber é acerca de qual seria a concepção política de justiça mais correta para especificar os termos equitativos de cooperação social entre os cidadãos livres e iguais, em uma sociedade pautada pela e na desigualdade social acentuada, como poderia ser o caso da sociedade brasileira. Nesse quadro de desigualdade social e cultural, a pergunta a ser posta em cena é como buscar uma equidade e uma sociedade justa, e, por conseguinte, bem ordenada e cooperadora, pautada em uma concepção de justiça equitativa.

A ideia de uma sociedade bem ordenada está orquestrada em um sistema equitativo de cooperação (RAWLS, 2003, p. 11). Rawls salienta que uma sociedade bem ordenada contém três coisas importantes. A primeira característica implícita está na ideia de concepção pública de justiça, na qual a sociedade aceita e sabe que os demais aceitam a mesma concepção de justiça. Trata-se, pois, do reconhecimento recíproco, ou seja, do acordo público em que cada um aceita e sabe que todos aceitam a mesma concepção política de justiça. Em segundo plano, e também implícito no conceito de regulação efetiva por uma concepção pública de justiça, todos os indivíduos compreendem, por bons razoáveis motivos e acreditam que a estrutura básica de cooperação da sociedade respeita tais princípios de justiça. Em terceiro lugar, e da mesma forma implícito, tem-se a ideia de regulação efetiva de justiça, na qual os cidadãos possuem um senso normalmente efetivo de justiça, ou seja, têm um senso que é publicamente reconhecido. Devem, portanto, de algum modo, agir em conformidade com sua exposição na sociedade, com seus deveres e obrigações, como é exigido. Desse modo, segundo Rawls: “[...] a concepção pública de justiça fornece um ponto de vista aceito por todos, a partir do qual os cidadãos podem arbitrar suas exigências de justiça política, seja em relação a suas instituições políticas ou aos demais cidadãos.” (RAWLS, 2003, p. 12). A ideia de uma sociedade bem ordenada uma considerável idealização de convivência entre os cidadãos livres e iguais de geração em geração.

Uma das razões pelas quais elaboramos essa ideia é que uma importante questão relativa a uma concepção de justiça para uma sociedade democrática é saber se, e em que medida, ela pode desempenhar a função de concepção de justiça pública e mutuamente reconhecida quando a sociedade é vista como um sistema de cooperação entre cidadãos livres e iguais geração após geração. Uma concepção política de justiça que não satisfaça essa função pública é, a meu ver, seriamente insatisfatória. A adequação de uma concepção de justiça a uma sociedade bem-ordenada é um importante critério de comparação entre concepções políticas de justiça. A ideia de uma sociedade bem-ordenada ajuda a formular esse critério e a especificar ainda mais a ideia organizadora de cooperação social. (RAWLS, 2003, p. 12).

Portanto, a noção de sociedade bem ordenada possui dois significados. O primeiro critério geral coloca que sociedade bem ordenada “[...] é uma sociedade efetivamente regulada por alguma concepção pública (política) de justiça, seja ela qual for.” (RAWLS, 2003, p. 13). Um segundo critério é tido em um sentido particular, em que cada membro da sociedade vai aceitar e saber que

---



todos os demais aceitam a mesma concepção de justiça (RAWLS, 2003, p. 13). Assim, segundo o autor norte-americano, os cidadãos democráticos defensores de doutrinas abrangentes colocam-se em acordo sobre concepções políticas de justiça, proporcionando, por conseguinte, uma base de unidade social para sociedades democráticas.

Rawls, em *O liberalismo político*, afirma que a sociedade bem ordenada requer três coisas imprescindíveis. São elas. Primeiro. Cada uma aceita e sabe que todos os demais aceitam os mesmos princípios de justiça. Segundo. As instituições políticas e sociais e a maneira de organização dessa sociedade implementem tal sistema de cooperação. Terceiro. Os cidadãos têm e agem de acordo com um senso de justiça e procuram agir em conformidade com as instituições básicas da sociedade. Segundo Rawls: “Em uma sociedade como essa, a concepção publicamente reconhecida de justiça estabelece um ponto de vista comum, a partir do qual é possível arbitrar as demandas que os cidadãos fazem à sociedade.” (RAWLS, 2011, p. 42). Nesse sentido, poder-se-ia inferir, segundo Rawls, que uma característica fundamental de uma sociedade política bem ordenada é que haveria um entendimento público não somente sobre os tipos de exigências que os cidadãos poderiam apropriadamente fazer e exigir, quando questões de justiça política se apresentariam, como também sobre a forma pela qual tais exigências poderiam e deveriam ser defendidas. A ideia de estrutura básica da sociedade bem como a ideia do conceito de justiça aponta para, segundo Silveira:

[...] a possibilidade de superação da controvérsia desenvolvida entre realistas e antirrealistas, pois o problema moral não necessita resumir-se na comprovação ou não de um fundamento absoluto para os juízos morais em um âmbito privado. A alternativa proposta por Rawls está em considerar a justificação moral em um âmbito público, recusando tanto a posição realista forte como a posição antirrealista compreendida como não-cognitivista, cética ou emotivista, com a defesa da objetividade desses juízos a partir da capacidade das pessoas serem mais ou menos razoáveis, bem como subsumindo alguns valores públicos substanciais para recusar o relativismo moral. (COITINHO, 2011, p. 199).

Para Rawls, uma sociedade democrática deve ser vista como um sistema de cooperação social. A ideia de cooperação social possui três aspectos sociais que são essenciais, sendo: o primeiro, a cooperação social deve guiar-se por regras e procedimentos publicamente reconhecidos, sendo que aqueles que cooperam aceitam como apropriados; o segundo, a ideia de cooperação contém a ideia de termos equitativos de cooperação que incluem a ideia de reciprocidade ou de mutualidade; e, por fim, o terceiro aspecto, é a ideia de cooperação que contenha a ideia de vantagem ou bem racional de cada parte. Constata-se, pois, que uma sociedade democrática é tida como um sistema de cooperação social (RAWLS, 2003, p. 08), tendo, por sua vez, os princípios de justiça a função de definir os termos equitativos de cooperação social. “Esses princípios especificam os direitos e deveres básicos que devem ser garantidos pelas principais instituições políticas e sociais, regulam a divisão dos benefícios provenientes da cooperação social e distribuem os encargos necessários para mantê-la.” (RAWLS, 2003, p. 10).

---

A ideia de cooperação equitativa é um conceito importante na teoria Rawls e possui uma relação com as noções de racionalidade, razoabilidade, bem como tolerância. Ressalta-se que Rawls elege a justiça como virtude primária na construção de sua teoria, e, em virtude disso, é indispensável um justo equilíbrio e o consenso nas sociedades que são plurais, buscando ele, com a cooperação social, resolver os impasses das diferentes doutrinas abrangentes sejam elas religiosas, filosóficas ou mesmo morais. Por conseguinte, a ideia da sociedade como um sistema equitativo de cooperação social baseia-se em três elementos, sendo eles: (a) a noção de que a cooperação é distinta de uma mera atividade socialmente coordenada, (b) a noção de que a cooperação vai pressupor termos equitativos, e (c) a noção de que a cooperação vai requerer vantagens racionais ou do bem de cada participante (RAWLS, 2003, pp. 8-9). A reciprocidade é uma relação que se dá entre os cidadãos de uma sociedade que é bem ordenada e, se expressa por uma concepção política e pública de justiça. Os termos equitativos da cooperação social são concebidos como um acordo entre as pessoas envolvidas, entre os cidadãos livres e iguais, nascidos em uma sociedade na qual passam sua vida, enquanto concordam com as condições do contrato acordado.

### **3 PESSOAS LIVRES E IGUAIS E A POSIÇÃO ORIGINAL**

Neste tópico, discute-se o significado e a função da ideia de pessoas livres e iguais. Na ideia da justiça como equidade, as pessoas que estão envolvidas na cooperação social estão plenamente em condições de cooperar durante toda a sua vida. Essas pessoas possuem duas faculdades morais, sendo elas: a capacidade de se ter um senso de justiça e a capacidade de formar uma concepção de bem. Com relação à primeira: “é a capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça política que determinam os termos equitativos de cooperação social, e de agir a partir deles (e não apenas de acordo com eles).” (RAWLS, 2003, p. 26). Como respeito à segunda: “é a capacidade de ter, revisar e buscar atingir de modo racional uma concepção do bem.” (RAWLS, 2003, p. 26). Isso posto, poder-se-ia afirmar que a pessoa possuidora de ambas as faculdades morais estaria com todas as capacidades necessárias para se envolver em uma cooperação social, tanto para ter seus benefícios, como também para cumprir com suas respectivas obrigações cooperativas.

Mas o que se quer dizer com pessoas livres e iguais? De acordo com Rawls, torna-se salutar, desde o início, salientar que se trata de uma concepção política de justiça e não uma doutrina moral abrangente, não tendo, por conseguinte, a concepção de pessoa advinda de uma concepção metafísica ou psicológica, mas, outrossim, de uma concepção normativa e política (RAWLS, 2003, p. 27). Logo: “[...] a concepção de pessoa é elaborada a partir da maneira como os cidadãos são vistos na cultura política pública de uma sociedade democrática, em seus textos políticos básicos (constituições e declarações de direitos humanos), e na tradição história da interpretação

---

desses textos.” (RAWLS, 2003, p. 27). Seguindo nessa linha de questionamento, em que sentido os cidadãos são vistos como pessoas iguais? São vistos como iguais na medida em que todos possuem, em um grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para se envolver na cooperação social e para participar da sociedade como cidadãos iguais (RAWLS, 2003, p. 28). Dessa forma, o objetivo de Rawls é elevar a um grau máximo de abstração a teoria do contrato social, com a qual o contrato original não pressupõe nenhuma forma particular de governo, mas sempre se apoie em uma associação de pessoas livres e iguais que aceitam os princípios da justiça e os cumpram. Portanto, as pessoas livres e iguais devem regular os acordos posteriores especificando quais seriam os tipos de cooperação social para serem assumidos, pelo critério da reciprocidade: “[...] nosso exercício do poder político é apropriado somente quando podemos com sinceridade supor que as razões que oferecemos para nossa ação política podem razoavelmente ser aceitas, como uma justificção dessas ações, por outros cidadãos.” (RAWLS, 2011, p. XLIX). Está, pois, evidenciado que o autor referenciado entende que as pessoas têm capacidades morais e racionais, dando condições e permitindo as pessoas, de fato, ser livres e participar da cooperação social. Declara Rawls como ideia central de uma teoria da justiça.

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governos que se podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios da justiça. (RAWLS, 2008, p. 13-14).

Parte-se do pensamento de sociedades democráticas para definir o que são pessoas livres e iguais, lembrando que as duas principais características definidoras, ou então, as duas faculdades morais, são, por um lado, a capacidade de senso de justiça, e, por outro lado, a capacidade de ter uma concepção de bem, além, é claro, das faculdades racionais, a saber, da capacidade de juízo, de pensamento e de inferência. Pelo fato de as pessoas possuírem essas faculdades, mesmo que no grau mínimo necessário, se tornam membros cooperativos de uma sociedade, tendo em vista o fato da existência e necessidade da valorização do pluralismo razoável. Ou seja, a estratégia rawlsiana baseia-se em um consenso restrito em torno dos elementos básicos de uma cultura política, a saber: o pluralismo razoável, a descrição de uma sociedade como um sistema de cooperação justa, o reconhecimento mútuo de cidadãos considerados como livres e iguais, dotados de racionalidade e razoabilidade, capazes de revisão de sua concepção do bem e de agir segundo um senso de justiça (ARAUJO, 2010, p. 106). Logo, segundo Rawls: “Todos aqueles capazes de ser membros plenamente cooperativos da sociedade política são vistos como iguais e só podem ser tratados de forma diferenciada tal como a concepção política pública o admite.”

---

(RAWLS, 2003, p. 29). Pois bem, de acordo com o acima referenciado e estabelecido, fica entendida a ideia de igualdade, porém, dando continuidade à outra ideia imprescindível, como é entendida a questão da liberdade entre os cidadãos, ou seja, em que medida os cidadãos são livres?

De início, é urgente não esquecer que justiça como equidade é uma concepção política de justiça para as sociedades democráticas. A esse respeito os cidadãos são vistos como livres em dois sentidos. Em primeiro lugar, “[...] os cidadãos são livres na medida em que consideram a si mesmos e aos demais com detentores da faculdade moral de ter uma concepção do bem. Mas isso não significa que, na sua concepção política, considerem a si mesmos como inevitavelmente comprometidos com o esforço de realizar uma determinada concepção de bem que afirmem num momento dado”. (RAWLS, 2003, p. 30). E isso é assim, porque os cidadãos, na qualidade de pessoas livres, podem rever e modificar sua concepção de bem por motivos razoáveis e racionais, tendo em vista, evidentemente, a sociedade democrática na qual deve prevalecer o sistema de cooperação em benefício de todos os cidadãos enquanto livres e iguais. Já, em segundo lugar: “[...] os cidadãos consideram a si mesmos como livres na condição de fontes de reivindicações legítimas que se autenticam por si mesmas. Ou seja, consideram-se autorizados a fazer reivindicações do bem (desde que essas concepções se incluam entre as admitidas pela concepção pública de justiça.” (RAWLS, 2003, p. 32). Nesse sentido, para Rawls, a pessoa é alguém que pode participar da vida social ou desempenhar funções nela e, portanto, exercer e respeitar diferentes direitos e deveres. Logo, pessoas livres e iguais são os membros plenamente cooperativos de um sistema equitativo que inclui o fato do pluralismo razoável. “De acordo com uma concepção política de justiça que vê a sociedade como um sistema equitativo de cooperação, um cidadão é alguém que pode ser um participante livre e igual a vida toda.” (RAWLS, 2003, p. 34). Essa teoria busca desvelar as ideias de liberdade e igualdade latentes na sociedade, na qual o autor coloca a justiça como base das instituições sociais. A justiça como equidade vai derivar da ideia da sociedade concebida como um modelo ou sistema de cooperação social entre as pessoas livres e iguais. Eis como se expressa Coitinho:

O ponto de partida da justiça como equidade é o que já é aceitável socialmente, ou seja, os próprios valores morais políticos que são assumidos pelos cidadãos de uma democracia contemporânea, como razoabilidade, reciprocidade, tolerância, civilidade, cooperação, etc., valores que serão reconstruídos no processo de construção da posição original, o que é demonstrado pelo papel central que a ideia normativa de sociedade como um sistema equitativo de cooperação social desempenha no procedimento, que implica as ideias normativas de pessoas como livres e iguais e sociedade bem-ordenada, ideias que estarão pressupostas no procedimento de deliberação das partes sob restrições do véu de ignorância e circunstâncias da justiça para a construção/escolha dos princípios morais e o teste pelo equilíbrio reflexivo. (COITINHO, 2014, p. 103).

A posição original permite que pessoas livres e iguais possam aderir aos princípios da justiça, lembrando, por conseguinte, que a posição original deve ser entendida como “um artifício de representação” em que as partes estabelecem como que um acordo hipotético e a-histórico

---

(RAWLS, 2011, p. 28). A posição original “[...] é apenas um artifício de representação.” (RAWLS, 2011, p. 29). O ponto de partida de uma sociedade bem ordenada seria um sistema equitativo de cooperação que existe entre pessoas livres e iguais em uma sociedade bem ordenada, e, segundo Rawls, a introdução da ideia como a da posição original é importante, “[...] porque não parece haver forma melhor de elaborar uma concepção política de justiça para a estrutura básica a partir da ideia fundamental de sociedade como um sistema permanente e equitativo de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais.” (RAWLS, 2011, p. 31).

No entanto, o ponto é saber como seria possível atingir esse sistema de cooperação social, através de termos equitativos, ou seja, o que seria justo na sociedade. Logo, para situar e considerar as pessoas livres e iguais de maneira equitativa e na qual as mesmas não tenham uma posição de vantagens perante as demais, buscando excluir a força, a coerção, o logro e a fraude. “O objetivo é encontrar um ponto de vista recíproco com base no qual se possa estabelecer um acordo equitativo entre as pessoas livres e iguais mediante o distanciamento das circunstâncias particulares da estrutura básica existente.” (COITINHO, 2009, p. 141). Há, pois, uma importância consideravelmente imprescindível do procedimento da posição original sob a lógica do véu da ignorância, excluindo-se, por conseguinte, deste o conhecimento de posições sociais, doutrinas abrangentes, raça, etnia, sexo, dons naturais, a fim de assegurar e garantir na eleição e na escolha, tanto quanto possível, a isenção e um ponto de vista não egoísta (COITINHO, 2009, p. 141). Entende-se, pois, nesse sentido, quando se fala do conteúdo do contrato, que o mesmo se fundamenta e se baseia nos princípios de justiça, a fim de manter a estrutura básica de uma sociedade bem ordenada, a qual advém da ideia da posição original, na qual as pessoas, sob o véu da ignorância, estabelecem os termos justos da cooperação e consenso entre as mesmas. Afirma Rawls acerca da posição original.

Afirmo que a posição original é o *status quo* inicial apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos. Esse fato gera a expressão “justiça como equidade”. Torna-se claro, então, que quero dizer que uma concepção de justiça é mais razoável que outra, ou mais justificável do que outra, quando pessoas racionais na situação inicial escolheriam seus princípios, e não outros, para o papel da justiça. As concepções de justiça devem ser classificadas por sua aceitabilidade a pessoas nessas circunstâncias. Entendida dessa maneira, a questão da justificação se resolve por meio da resolução de um problema de deliberação: precisamos verificar quais princípios seria racional adotar, dada a situação contratual. Isso vincula a teoria da justiça à teoria da escolha racional. (RAWLS, 2008, p. 21).

A posição original busca a ideia de cooperação social. Trata-se da resposta à questão “[...] de como estender a ideia de um acordo equitativo para um acordo sobre princípios de justiça política para a estrutura básica.” (RAWLS, 2003, p. 22). A noção de posição original surge, pois, da necessidade de encontrar e estabelecer um ponto de partida a partir do qual possa ser possível chegar a um acordo justo entre as pessoas que são livres e iguais. “Uma vez que o conteúdo do acordo diz respeito aos princípios de justiça para a estrutura básica, o acordo na posição original

---

especifica os termos justos da cooperação social entre os cidadãos assim considerados.” (RAWLS, 2003, p. 23). Rawls, por sua vez, no livro, *Uma teoria da justiça*, Rawls, no § 24, acentua a ideia de que a posição original configura um procedimento equitativo, de modo a serem os princípios acordados justos, e, para tanto, faz-se urgente anular as contingências específicas geradoras de discórdia entre os homens por conta da prevalência dos interesses particulares de cada participante. Trata-se, então, de introduzir, aqui, o conceito de véu de ignorância, sendo este, segundo Rawls, o procedimento que torna esse acordo justo e razoável. “O véu de ignorância é uma condição essencial para atender a essa exigência. Ele assegura não apenas que as informações disponíveis são relevantes, mas também que são sempre as mesmas.” (RAWLS, 2008, p. 169).

Para que se possa entender a teoria da justiça, é importante entender que a posição original está firmada no *status quo*, verificando-se que a justiça se fundamenta no princípio da equidade. O autor busca estabelecer uma teoria da justiça pautada em uma situação de escolha inicial. Desse modo, o conceito de posição original seria uma maneira de fazer uma interpretação mais adequada dos propósitos da teoria da justiça. Percebe-se, pois, que o conceito de justiça está pautado na ideia de um consenso de que os princípios da justiça devem ser escolhidos sob determinadas situações. Uma vez que na posição original, sob o véu de ignorância, as pessoas não possuem informações e conhecimentos de sua posição na sociedade, as pessoas estariam em pé de igualdade, ou seja, todos teriam os mesmos direitos no processo de escolha dos princípios. A finalidade que se tem da igualdade de condições seria a de verificar que os indivíduos são capazes de arquitetar suas próprias convicções, ou seja, possuem a capacidade de ter um senso de justiça. Sob o véu da ignorância, a posição original não permite que as pessoas conheçam as posições sociais, os talentos ou mesmo. Assim, se as partes ignoram suas aptidões, seus dons naturais e seus talentos é possível chegar a um consenso. Como o autor demonstra, as pessoas se encontram atrás do véu da ignorância. A ideia de posição original seria criada como sendo uma situação equitativa para as partes tidas como livres e iguais, informadas e racionais. “Uma vez que o conteúdo do acordo diz respeito aos princípios da justiça para a estrutura básica, o acordo na posição original especifica os termos justos da cooperação social entre cidadãos assim, considerados. Daí o nome: justiça como equidade.” (RAWLS, 2003, p. 23). A posição original é uma ideia do contrato social, sendo que essa posição é mais abstrata, pois o acordo é visto como hipotético e a-histórico, como distingue Rawls.

(I) É hipotético na medida em que nos perguntamos o que as partes (conforme foram descritas) poderiam acordar, ou acordariam, e não o que acordaram.

(II) É a-histórico na medida em que não supomos que o acordo tenha sido concertado alguma vez ou venha a ser celebrado. E mesmo que o fosse, isso não faria nenhuma diferença. (RAWLS, 2003, p. 23).

---

É importante destacar que a posição original está no fato de ser um procedimento de representação ou mesmo uma prova mental para a aplicação de esclarecimento público. Tal procedimento de representação serve como modelo para duas coisas. A primeira é um modelo que considera a condição equitativa dos cidadãos que devem concordar com os termos equitativos de cooperação que devem reger a estrutura básica. A segunda é um modelo de restrições aceitáveis às razões com as quais as partes podem propor certos princípios de justiça e rejeitar outros (RAWLS, 2003, p. 24). “Em suma, a posição original deve ser entendida como um procedimento de representação.” (RAWLS, 2003, p. 25). Desse modo, em uma determinada situação de igualdade, os indivíduos racionais aceitam promover seus interesses a partir da determinação dos termos básicos para a sociedade justa, e, se um acordo feito nesses princípios, portanto, seria a melhor forma dos indivíduos assegurarem seus interesses. Do mesmo modo, o autor demonstra que os dois princípios da justiça solucionam o problema da escolha, apresentado na posição original, pois:

Os princípios de justiça que são objeto de acordo não são, portanto, deduzidos das condições da posição original: são selecionados de uma lista dada. A posição original é um procedimento de seleção: opera a partir de uma família de concepções de justiça conhecidas e existente em nossa tradição de filosofia política, ou elaboradas a partir dela. (RAWLS, 2003, p. 117).

A posição original, enquanto mecanismo de representação, busca, portanto, agregar as pessoas dotadas de faculdades morais e de faculdades da razão e leva-as a associar-se a uma concepção de cooperação social, na qual os princípios de justiça possam ser especificados em termos equânimes da cooperação e consenso. Nesse sentido, a posição original é uma situação puramente hipotética que visa a garantir a existência de uma sociedade bem ordenada em situação de equidade. Entende-se que os cidadãos na posição original são livres e iguais, possuindo os mesmos direitos no processo de escolha dos princípios da justiça. Por isso, para Coitinho, os princípios de justiça como equidade seriam aqueles que “[...] pessoas racionais aceitariam em condições de igualdade, sendo estas pessoas preocupadas em promover seus interesses particulares. Há, contudo, que se levar em consideração, para a justificação, se os princípios de justiça são coerentes com os juízos morais comuns das pessoas”. (COITINHO, 2009, p. 143).

Porém, faz-se, aqui, necessário, um outro elemento da posição original, além do véu da ignorância, a saber, o equilíbrio reflexivo. A ideia de equilíbrio reflexivo pressupõe a capacidade para a passagem, ou melhor, para a saída dos juízos morais em que os cidadãos entram em acordo mútuo, à luz do qual e a partir do qual haverá, dentre outros aspetos, repúdio à escravidão e à intolerância religiosa, por exemplo. Mas, para que tal atitude possa estar coesa com os princípios da justiça como equidade, no que se refere aos direitos de igualdade e liberdade, tal atitude avalizada pelo equilíbrio reflexivo precisa estar baseada e referendada normativamente. De acordo com Coitinho, o equilíbrio reflexivo é um estado de coisas em que é possível perceber

---

avanços e recuos, uma vez que, em alguns casos, é necessário alterar as condições iniciais do contrato, e, em outras vezes, é imperativa a modificação dos juízos morais, para que os mesmos possam acordar com os princípios. Portanto: “[...] equilíbrio possibilita a melhor configuração da situação inicial equitativa, pois (a) expressa pressuposições razoáveis e (b) produz princípios que combinam com os juízos morais comuns.” (COITINHO, 2009, p. 143). Ou seja, o equilíbrio reflexivo, com outras palavras, é a concepção processual alcançada por uma pessoa após ponderar as diferentes, mas, sobretudo, as principais concepções de justiça política encontradas dentro da tradição filosófica, ponderando e contrabalançando as diferentes razões filosóficas e não filosóficas que as sustentam. E, nessa seara, após as ponderações e contraposições das convicções, dos princípios fundamentais de tais teorias com os juízos particulares dessa pessoa, chega-se, pois, ao denominado equilíbrio reflexivo. Afirmam Rawls:

Lembremos que uma sociedade bem ordenada e uma sociedade efetivamente regida por uma concepção pública de justiça. Pensemos em cada cidadão numa sociedade dessas como alguém que alcançou um equilíbrio reflexivo amplo (e não restrito). Uma vez que os cidadãos reconhecem que afirmam a mesma concepção pública de justiça política, o equilíbrio reflexivo também é geral: a mesma concepção é afirmada nos juízos refletidos de todos. Portanto, os cidadãos atingiram um equilíbrio reflexivo amplo e geral, ou, ainda, pleno. (Reservamos o adjetivo “pleno” para os aspectos que se realizam numa sociedade bem ordenada). Numa sociedade assim, não só existe um ponto de vista público a partir do qual todos os cidadãos podem arbitrar suas pretensões, como também todos reconhecem que esse ponto de vista é afirmado por eles em pleno equilíbrio reflexivo. (RAWLS, 2003, pp. 43-44).

As pessoas podem considerar os julgamentos em todos os níveis de generalidades por meios dos princípios para formar ou mesmo para abstrair as condições sobre as concepções morais que possam vir a formar e isso leva à situação na qual as pessoas vão ajustando as suas convicções a um esquema coerente e podem vir a revisar suas crenças e julgamentos. Assim sendo, segundo Rawls, nem mesmo os fortes e arraigados argumentos metafísicos impediriam, ou então, persuadiriam os envolvidos de considerar e de ponderar as diferentes concepções de justiça. A ideia desse consenso se torna restrita aos elementos básicos da cultura política, bem como a estrutura básica da sociedade, o que quer dizer que a concepção política de justiça governa as instituições básicas de uma sociedade. As ideias de uma sociedade plural que seja razoável e que tenha a concepção de pessoa e sociedade baseada na justiça procedimental formam a estrutura do equilíbrio reflexivo como algo que seja aceite e respeitado pela maioria das pessoas. Dessa maneira, Rawls entende que o equilíbrio reflexivo permite uma habilidade, para que se possa escolher entre as concepções morais que são contrárias e, serve como uma tentativa para produzir uma coerência num conjunto de crenças consideradas por uma pessoa. Que haja um juízo ponderado acerca dos problemas e questões morais faz-se urgente de ponderação e investigação, porque tão somente assim torna-se possível atingir os princípios da justiça como equidade. Com outras palavras, Rawls busca a ideia de juízos ponderados na consecução de um equilíbrio reflexivo a respeito dos problemas morais, a fim de se saber qual é o estatuto normativo dos juízos morais, ou seja, se eles podem ser considerados objetivos, sem se recorrer a um modelo ético

---



fundacionalista para a justificação desses juízos. Por isso, o ponto de partida é “[...] a capacidade humana de um senso de justiça, isto é, a capacidade de julgar corretamente (razoavelmente) aquilo que é justo ou injusto.” (COITINHO, 2009, p. 144). Por conseguinte, os juízos ponderados devem ser realizados sob situações que sejam favoráveis a um senso de justiça, para que se evite a ocorrência e a intercorrência de erros. Os juízos ponderados, por sua vez, seriam aqueles que, após a reflexão que se dá com base nos princípios da justiça em que são excluídos aqueles surgidos em uma situação duvidosa, seja de medo ou mesmo de insegurança e que não fazem parte do senso de justiça, isto é, a capacidade mental que envolve o exercício de pensamento e os juízos pertinentes, seriam apresentados como sendo e tendo condições favoráveis para a deliberação e o julgamento (COITINHO, 2009, p. 146).

A discussão de Rawls acerca do equilíbrio reflexivo dá-se, para que se possa explicar o conceito de juízos ponderados em equilíbrio e as razões que levaram a introduzir tal conceito. Portanto, pode-se pensar a teoria moral como uma forma de expor a capacidade ética. “O senso de justiça (como forma de sensibilidade moral) envolve uma faculdade intelectual, já que seu exercício na elaboração de juízos convoca as faculdades da razão, imaginação e julgamento” (RAWLS, 2003, p. 41). Verifica-se que a teoria da justiça fundamenta-se em um senso de justiça. Assim, a ideia de posição original, em que existe um consenso no que tange à justiça, serve de ponto de vista impreterível em sua concepção.

A posição original, com as características do que denominei “véu de ignorância”, é esse ponto de vista. A razão pela qual essa posição deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar as vantagens de barganha que inevitavelmente surgem sob as instituições de fundo de qualquer sociedade, em virtude de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas. Tais vantagens e influências contingentes que se acumularam no passado não devem afetar um acordo sobre os princípios que deverão regular as instituições da própria estrutura básica do presente para o futuro. (RAWLS, 2011, p. 27).

Percebe-se que a ideia de justiça em Rawls seria como que o resultado de um juízo refletido, que consistira em alcançar a decisão que vai desenrolar-se da ação mental refletida. Destarte, a reflexão de justiça como equidade defende o raciocínio de que, para definir o senso de justiça em concordância com a teoria moral, é importante que os juízos ponderados se submetam às avaliações, além de precisarem emitir seu senso de justiça alicerçado no equilíbrio refletido, sendo que deste, segundo Rawls, pode-se ter várias interpretações, pois o senso de justiça pode vir a depender de que maneira determinados acontecimentos foram descritos ou quando um indivíduo dispõe de todos os elementos possíveis. Assim, o senso de justiça de um indivíduo pode acabar sofrendo ou não mudanças, pois se assenta em argumentos filosóficos. O equilíbrio refletido tem o objetivo de ponderar e responder tanto à questão com relação a nós mesmos, como também com os outros em uma sociedade bem ordenada (RAWLS, 2003, p. 42). A resposta da questão está na apuração de que os juízos políticos refletidos em todos os níveis de generalidade,

---

de juízos particulares acerca das ações específicas das pessoas, de juízos acerca da justiça e da injustiça de instituições políticas sociais particulares, até a concretização de juízos sobre convicções gerais. Dessa maneira, a teoria da justiça como equidade vem considerar todos os nossos juízos, seja qual for o seu grau de generalidade, como passíveis de possuírem para os indivíduos certa razoabilidade intrínseca (RAWLS, 2003, p. 44).

Portanto, esses juízos ponderados são elementos de prova para os princípios, pois são pressupostos, para que as partes possam, na posição original sob o véu da ignorância, cooperativamente, escolher o melhor para a construção de uma sociedade bem ordenada na qual se efetiva a justiça política. E, por sua vez, o equilíbrio reflexivo vai representar uma forma de acomodar em um sistema equitativo, tantos os pressupostos que são filosóficos razoáveis e impostos aos princípios, quanto dos juízos de valores ponderados sobre a justiça. Nesse processo, para que se atinja a interpretação que é mais adequada à situação inicial, não se recorre a ideia de evidências no sentido tradicional, porém, segundo Rawls, aos princípios de justiça propostos e pressupostos, para que sejam os mesmos balizas reguladoras necessárias, uma vez que uma concepção de justiça não pode ser deduzida e reduzida tão somente a premissas axiomáticas, ou mesmo, a pressupostos impostos aos princípios, criando-se, por conseguinte, uma possibilidade ajustadora para avanços e mesmo de recuos entre os juízos ponderados e os princípios da justiça, resultado, assim, em um ajustamento e correção de ambos para o melhor andamento e efetivação do processo de uma teoria da justiça política.

#### **4 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA**

Rawls entende que a justiça como equidade se consolida a partir de dois princípios fundamentais que servem, primeiro, como que uma espécie de condutores na condução de como as instituições básicas de uma sociedade podem realizar os princípios da liberdade e da igualdade, e, segundo, clarificando mais especificamente um ponto de vista a partir do qual tais princípios surgem como mais apropriados do que outros possíveis princípios da justiça, tendo sempre em vista a natureza dos cidadãos democráticos enquanto pessoas livres e iguais. Percebe-se, pois, que o primeiro aspecto a se ter em consideração é o de que se têm pessoas livres e iguais, e, segundo, o de que deve haver um arranjo na estrutura básica de uma sociedade, para que as pessoas possam se unir e cooperar, recíproca e mutuamente, uma vez que essas pessoas são detentoras de valores morais que permitem participar e colaborar para a confecção e construção de um sistema de cooperação justo e bem ordenado.

O autor retoma a teoria do contrato social e se propõe responder à questão de que forma se pode avaliar as instituições sociais, ou seja, como se pode alinhar e construir a ideia de uma sociedade bem ordenada, pautada na justiça como equidade, na qual as pessoas, sob o véu da ignorância,

---

possam escolher os princípios de forma justa e cooperativa. Para alcance de tal intento, ele trabalha com dois princípios de justiça, foco fulcral desta seção. Ei-los:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p. 73).

Ainda que Rawls, em *O liberalismo político*, modifique ligeiramente a formulação, quer-se, por ora, simplesmente trazer a referência deste texto, para que fique à vista de todos tal modificação. Ei-lo:

a) Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido.

b) As desigualdades sociais econômicas devem satisfazer duas exigências? Em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2011, p. 06).

Conforme acima citado, o primeiro princípio é o da igual liberdade, e, por sua vez, o segundo princípio divide-se em duas partes: a primeira (a) é o princípio da igualdade equitativa de oportunidades; e a segunda parte (b) é o princípio da diferença. Cada um desses princípios vai regular as instituições numa esfera particular, não sendo apenas em direitos, liberdades e oportunidades, mas também no que se refere às questões de igualdade, e a segunda parte do segundo princípio se refere ao valor das garantias institucionais (RAWLS, 2011, p. 06). Logo, segundo Rawls, “[...] conferindo-se prioridade ao primeiro sobre o segundo, os dois princípios regulam as instituições básicas que realizam esses valores.” (RAWLS, 2011, p. 06). Essa definição no livro, *O liberalismo político*, é recheada de densidade. Não obstante, e, em todo caso, seguindo Rawls, quer-se, sem reflexões detalhadas, destacar os três aspectos salientados pelo próprio autor e suas respectivas caracterizações.

O primeiro é o de que ele entende tais princípios como oportunos e os mais condizentes a uma concepção política de justiça de natureza liberal, sendo, segundo ele, definido o conteúdo à luz de três características principais, a saber:

---

a) a especificação de determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais (de um tipo que nos é familiar dos regimes democráticos constitucionais; b) a atribuição de uma prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades, sobretudo no que se refere às exigências do bem geral e de valores perfeccionistas; e c) a proposição de medidas que propiciem a todos os cidadãos os meios polivalentes apropriados que lhes permitam fazer uso efetivo de suas liberdades e oportunidades. Esses componentes podem ser compreendidos de maneiras distintas, de modo que existem diferentes variantes de liberalismo. (RAWLS, 2011, pp. 06-07).

O segundo aspecto apontado por Rawls importante é o de que os dois princípios expressam, apesar de haver diferentes variantes de liberalismo, uma variante igualitária de liberalismo por conta de três características a serem consideradas do seguinte modo:

a) a garantia do valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não se tornem puramente formais; b) igualdade equitativa (e, de novo, não meramente formal) de oportunidades; e c) o denominado princípio de diferença, segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas associadas a cargos e posições devem ser ajustadas de tal modo que, seja qual for o nível dessas desigualdades, grande ou pequeno, devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2011, p. 07).

O terceiro aspecto referenciado por Rawls é o de que em uma definição sucinta apresentada pode ocorrer que alguns aspectos importantes dos dois princípios possam ter sido deixados de lado, especialmente, no que diz respeito ao princípio dos direitos e liberdades fundamentais, quando, na verdade, poder-se-ia pressupor a urgência da satisfação das necessidades básicas e necessárias serem satisfeitas, uma vez serem as mesmas condição indispensável para que os direitos e liberdades fundamentais sejam efetivados a contento. Ou seja, poder-se-ia afirmar que o autor propõe dois princípios da justiça, sendo que o primeiro afirma que as pessoas têm iguais direitos a liberdades básicas, e, no segundo, que as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas à posição de cargos abertos a todos e ao princípio da diferença, o qual prescreve que se tem que beneficiar o máximo de pessoas menos favorecidas da sociedade. Assim, Rawls afirma que o princípio da liberdade igual vem a garantir igual sistema de liberdade e de direitos de maneira mais ampla possível, sendo que a liberdade igual seria para todos os indivíduos, e, por sua vez, o princípio da igualdade aplicar-se-ia, sobremaneira, à distribuição de renda e riqueza e à estruturação e à organização de um sociedade justa e cooperativa (RAWLS, 2008, p. 74).

Portanto, essas liberdades, conforme o primeiro princípio visto, devem ser iguais a todos. Dessa maneira, Rawls observa que, se consideradas nas democracias liberais, constituem a base dos direitos inalienáveis do ser humano no Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, entendidos na atualidade por cláusulas pétreas inseridas, como, por exemplo, na Constituição Federal do Brasil de 1988, no art. 60, §4º. Portanto, a Constituição Federal e as leis devem garantir o uso livre das liberdades pelo princípio. A liberdade deve ser defendida por meio de um sistema de regras que garanta o máximo de liberdade e expressão, pois numa sociedade pluralista, onde a forma de ver e mesmo de conceber varia conforme os interesses das pessoas é preciso que a

---

lei, e, principalmente, a Constituição seja um referencial, a fim de se mantenha a ordem e o direito garantido a todas as pessoas, com vistas a um projeto satisfatório e garantido de liberdades básicas e iguais para todos os seus concidadãos. Entende-se que as liberdades básicas têm de ser compatíveis e aplicadas igualmente a todos os cidadãos, pois a justiça não permite que haja violação ou limitação das liberdades em favor de alguns. De acordo com *Uma teoria da justiça* acerca da liberdade há estas que figuram expressa e expressivamente.

É essencial observar que as liberdades fundamentais figuram em uma lista de tais liberdades. Dentre elas, têm importância a liberdade política (o direito ao voto e a exercer cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que compreende a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação (integridade da pessoa); o direito à propriedade pessoal e a proteção contra prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito. O primeiro princípio estabelece que essas liberdades devem ser iguais. (RAWLS, 2008, p. 74).

No que se refere ao segundo princípio da justiça, Rawls afirma que, em primeira análise, o princípio se aplica: “[...] à distribuição de renda e riqueza e à estruturação de organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade. Embora a distribuição de riqueza e de renda não precise ser igual, deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, os cargos de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos.” (RAWLS, 2008, p. 74). Nessa perspectiva, quando ele trata do princípio da igualdade equitativa de oportunidade, (a) ele argumenta que esse princípio tem por função neutralizar os efeitos da distribuição inicial de posições privilegiadas. Ele distingue esse princípio do primeiro, dando-lhe um acento mais forte, enfatizando que a equitativa igualdade de oportunidade demanda que as pessoas sejam consideradas independentes das influências de sua posição social. À vista disso, esse princípio assegura que apenas as pessoas com os mesmos níveis talentos e habilidades disponham de chances equivalentes na vida. O autor não faz um nivelamento das realizações e deixa espaço para distinções que são feitas com alicerce nos talentos naturais, permanecendo, então, o problema das pessoas melhores dotadas de talentos. Por isso, justamente, nesse ponto, adentra o princípio da diferença, neutralizando os efeitos dos talentos naturais e tornando-os um bem comum a todos.

E, por sua vez, no princípio da diferença, segunda parte, (b) assegura-se que as eventuais desigualdades econômicas existentes na distribuição de renda e de riquezas somente podem ser aceitas caso possam beneficiar aqueles que estiverem em maiores desvantagens. Ou seja, a igualdade equitativa de oportunidades só pode ser efetiva se todas as pessoas vierem a se beneficiar das mesmas condições formais de educação, saúde e alimentação, dentro outros bens. Assim, caso todas as pessoas possuam acesso pelo menos aos bens que são considerados básicos, a condição inicial tornar-se-ia mais justa. Mas, ainda assim, nessa condição inicial não significa que não existirão desigualdades, sendo, no entanto, essa desigualdade mais aceitável para os que

---

se encontram na base da pirâmide social. Para Rawls o segundo princípio aplica-se à distribuição de riqueza e renda e à responsabilidade. Faz-se urgente salientar que Rawls entende que esse princípio pressupõe a imposição de uma restrição às vantagens que advêm da oportunidade natural e estabelece a sua base sob o alicerce de que as distribuições desiguais podem ser justas, desde que beneficiem os menos favorecidos na sociedade. Percebe-se, pois, que o grau de justiça pode ser avaliado pelos arranjos sociais (OLIVEIRA, 2003, p. 19). Eis a declaração de *Uma teoria da justiça*:

O segundo princípio exige que todos se beneficiem das desigualdades permissíveis na estrutura básica. Isso significa que deve ser razoável para cada indivíduo representativo relevante definido por essa estrutura, quando cada qual a considera um empreendimento bem-sucedido, preferir suas perspectivas com a desigualdade a suas perspectivas sem ela. Não se permite que diferenças de renda ou em posições de autoridade e responsabilidade sejam justificadas com base no argumento de que as desvantagens daqueles que se encontram em uma posição são contrabalançadas pelas vantagens maiores de outros que se encontram em outra posição. E muito menos ainda as violações à liberdade podem ser contrabalançadas dessa maneira. É óbvio, contudo, que existem inúmeras maneiras de proporcionar vantagens a todos quando uma situação inicial de igualdade é tida como ponto de referência. (RAWLS, 2008, pp. 78-79).

Esse princípio busca distribuir riqueza e renda, de forma que seja vantajoso a todas as pessoas na medida de sua desigualdade, mas isso não significa que as mesmas devam ser iguais. Rawls afirma que o acesso a cargos e responsabilidades deve estar disponível a todos. Vita entende que o princípio da diferença não altera apenas a condição sobre a qual os talentos são exercidos, mas também procura enfrentar a distribuição natural de talentos. A ideia de véu da ignorância adotado por Rawls acaba sendo uma forma de bem-estar das pessoas que vivem em uma sociedade democrática, cujos cidadãos não devem depender dessa contingência de distribuição. Esse princípio vai estabelecer “[...] uma base moral a partir da qual certas restrições à propriedade privada dos próprios talentos e capacidades tornam-se legítimas.” (VITA, 1992, p. 22). Desse modo, este segundo princípio demonstra que o cidadão de uma sociedade bem ordenada, por um lado, possui a plena liberdade para desenvolver, tanto quanto for possível, os seus talentos, mas, por outro lado, tal cidadão “não teria direito a todos os benefícios sociais resultantes de seu exercício (parte desses benefícios seria destinada, por meio de políticas redistributivas, a compensar aqueles em pior situação pela desfortuna social ou genética).” (VITA, 1992, p. 22). A ideia de Rawls não pode ser definida, pura e simplesmente, como uma ideia de igualdade meritocrática, mas, sim, como uma teoria que busca e persegue sem descanso a equidade, sendo esta pensada a partir de uma sociedade pautada pela concepção de uma democracia constitucional moderna. Afirma-se, pois, a respeito da questão fundamental da filosofia política no tocante a um regime democrático constitucional:

Essa questão é: qual é a concepção política de justiça mais apropriada para especificar os termos equitativos de cooperação entre cidadãos vistos como livres e iguais e a um só tempo razoáveis e racionais, e (agregamos) como membros normais e plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida, geração após geração? É uma

---

questão fundamental porque foi o eixo da crítica liberal da monarquia e da aristocracia e da crítica socialista da democracia constitucional liberal. É também o eixo do atual conflito entre o liberalismo e ideias conservadoras no que diz respeito às exigências da propriedade privada e à legitimidade (em oposição à eficácia) das políticas sociais relacionadas ao assim chamado estado de bem-estar social. (RAWLS, 2003, pp. 10-11).

Analisando os dois princípios observa-se que existe uma ordem de prioridade entre os dois, sendo que há primazia da liberdade, que somente admite restrições a liberdades se for para o bem da própria liberdade. Desse modo, esse princípio deve ser satisfeito antes de evocar o segundo princípio que é o da igualdade. E, mesmo dentro do segundo princípio, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades tem prioridade sobre o princípio da diferença, ou seja, uma desigualdade de oportunidades deve fazer com que aumente as chances dos que possuem menos oportunidades, assim os cargos e as posições devem estar aberto a todos. Rawls apresenta que o primeiro princípio da liberdade e igualdade deve anteceder ao segundo da distribuição de renda e riquezas e das posições de autoridade e responsabilidade, garantindo a proteção das violações de liberdades básicas. O segundo princípio deve consistir tanto em liberdades básicas, quanto em igualdade de oportunidades, e, nesse sentido, também, a parte “a” e a parte “b” do segundo princípio devem estar em ordem léxica, isto é, em ordem serial, pois o princípio da equitativa igualdade de oportunidade tem antecedência sobre o da diferença; ou seja, os princípios devem ser utilizados observando uma estrutura serial. Percebe-se, então, que, em regra, as liberdades não se chocam, mas pode ocorrer que haja choque, sendo as mesmas, por isso, limitadas ou comprometidas, quando elas entram em conflito. Assim, nenhuma liberdade é absoluta, mas elas são passíveis de ajustes e ajustáveis. Destarte, um sistema de instituição justa deveria preencher as condições que estão impostas nesses dois princípios; mas, o primeiro princípio (liberdades iguais) e o “b” do segundo (equitativa igualdade de oportunidade) são as condições necessárias para a justiça social, ou seja, uma justiça de base. Enquanto o “a” do segundo princípio (princípio da diferença) nada mais é do que a justiça distributiva (RAWLS, 2008, pp. 73-79). Segundo Rawls: “Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para o benefício de todos.” (RAWLS, 2008, p. 102). Diante disso, poder-se-ia recordar o que afirma Rawls, em *Uma teoria da justiça*, acerca das contingências naturais e das urgências das discussões e reorganizações da vida em uma sociedade bem ordenada e justa em que todos estejam dispostos a cooperar, a fim de que todos acabem por se beneficiar.

Tendo em vista essas observações, podemos rejeitar o argumento de que a organização das instituições é sempre deficiente, porque a distribuição dos talentos naturais e as contingências das circunstâncias sociais são injustas, e essa injustiça deve, inevitavelmente, transportar-se às instituições humanas. De tempos em tempos essa ponderação é apresentada como desculpa para ignorar a injustiça, como se recusar-se a aquiescer à injustiça fosse o mesmo que a incapacidade de aceitar a morte. A distribuição natural não é justa e nem injusta; nem é injusto que se nasça em determinada posição social. Isso são meros fatos naturais. Justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. As sociedades aristocráticas e de castas são injustas porque fazem dessas contingências a base adscritiva para o confinamento em classe sociais mais ou menos fechadas e privilegiadas. A estrutura básica dessas sociedades incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza. Mas não há necessidade

---

de resignar-se a essas contingências. O sistema social não é uma ordem imutável inacessível ao controle humano, porém um padrão de atividades humana. Na justiça como equidade, os homens concordam em só se valer dos acidentes da natureza e das circunstâncias sociais quando fazê-lo resulta em benefício comum. Os dois princípios são um modo equitativo de enfrentar a arbitrariedade da sorte; e, por mais imperfeitas que possam ser em outros aspectos, as instituições que atendem a esses princípios são justas. (RAWLS, 2008, p. 122).

Os princípios da justiça são eminentemente importantes para a organização, estruturação de uma sociedade bem ordenada, porque eles vão auxiliar no desenvolvimento de ações que sejam capazes de motivar e efetivar a convivência entre os cidadãos baseada na igualdade e na liberdade, princípios basilares da justiça política como equidade. Esses princípios se fundam na concepção de um liberalismo político que seja capaz de resumir as diferentes concepções morais, políticas e mesmo religiosa, nas quais os princípios democráticos constitucionais de uma sociedade bem ordenada sejam aceitos por todos. Esses princípios se sustentam na estrutura básica da sociedade e ordenam as instituições num esquema de cooperação. Essas instituições devem intervir no social com o compromisso de desenvolvimento e de melhoria do sistema de cooperação social e buscando ordenar a distribuição de bens a todos. Rawls entende que a concepção geral de justiça deve se pautar no fato de que todos os valores sociais, sejam eles: a renda e riqueza, a liberdade e a oportunidade e as bases sociais de autoestima, devem ser distribuídos de forma igual. O autor não classifica o tipo de desigualdade que é aceita na estrutura básica de uma sociedade bem ordenada, mas permite que a mesma ocorra desde que existam benefícios a todos, de alguma maneira. Por isso, a ideia principal de Rawls argumenta que a igualdade equitativa de oportunidade só pode ser efetiva se todas as pessoas se beneficiarem das mesmas condições formais de educação, saúde e alimentação, dentre outros bens. Logo, caso todas as pessoas possuam acesso pelo menos aos bens que são considerados básicos, a condição inicial tornar-se-á justa. Essa condição inicial não garante e não tem a pretensão de extinguir todo tipo de desigualdades, o que ele quer é proporcionar e garantir que tal desigualdade seja aceitável tão somente se os que se encontram na base da pirâmide social sejam mais beneficiados de alguma forma no processo, a fim de que as desigualdades sejam dirimidas tanto quanto possível pelo princípio da repartição de bens e oportunidades em um sistema equitativo. Afirmase, pois, grosso modo, que o modelo rawlsiano é o indicado, para que se possa construir uma sociedade nos modelos de justiça, na qual o princípio da diferença seja assegurado e que as eventuais desigualdades econômicas e sociais existentes na distribuição de renda e de riquezas somente podem ser aceitas, caso possam beneficiar aqueles que estejam em maiores desvantagens, ou seja, os menos favorecidos socialmente. Por fim, a função da sociedade será promover o bem-estar e a dignidade dos cidadãos, o mínimo existencial, primando pelo desenvolvimento social em harmonia com o interesse pessoal, de forma a construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo mudanças sociais em paradigmas. Segundo Weber, a satisfação dos bens primários, que inclui o mínimo existencial é uma tentativa de reduzir desigualdades entre os cidadãos de uma sociedade bem ordenada. Afirmo ele:

---



Ao explicitar a concepção de igualdade da justiça como equidade, o autor salienta a necessidade de regulamentar as desigualdades econômicas e sociais. Isto porque não é justo que alguns sejam amplamente providos e outros passem fome e padeçam de doenças tratáveis. Ter o suficiente para a satisfação das necessidades básicas é o mínimo que se espera de uma sociedade cooperativa justa. Este é o princípio da justiça distributiva. (WEBER, 2013, p. 217).

Portanto, para finalizar, por ora, não basta, segundo Rawls, distribuir os bens para ser justo. É preciso distribuir com equidade e sabedoria, senão o povo, seja o brasileiro ou qualquer outro, que vive em vulnerabilidade social terá somente um paliativo enganador de suas satisfações e insatisfações sociais, mas continuará em crescente quadro de desigualdade injusta.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Verifica-se, pois, a urgência de se juntar a igualdade formal e a igualdade substancial, isto é, a lei e a prática, pois não basta a lei dizer que todos são iguais, mas tal igualdade precisa ser efetivada e garantida dentro da própria sociedade, e, de acordo com Rawls, a base da sociedade deve ser a justiça. Não se pretende afirmar categoricamente que a desigualdade não irá existir nas sociedades, ou então, que a desigualdade não possa ter uma solução factível, mas, antes, que a mesma, ao existir nas sociedades, possam os cidadãos, por meio de mecanismos reguladores e reconhecidos, fazer com que as políticas públicas beneficiar o maior número de pessoas, preferível e impreterivelmente, os menos favorecidos, justamente, no intuito de buscar uma sociedade mais cooperativa, mais solidária e mais fraterna.

A cooperação social é um elemento fundamental para que pessoas razoáveis e racionais, através de uma posição original sob o véu da ignorância possam atingir os princípios da justiça. Com a teoria rawlsiana se tem uma possibilidade hipotética de buscar uma sociedade mais efetiva na garantia de liberdade e igualdade, sendo que todos terão o acesso aos mesmos direitos e garantias.

### **REFERÊNCIAS**

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. *Pluralismo e justiça*. Estudos sobre Habermas. São Paulo: Loyola, 2010.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

RAWLS, John. *O liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

---

RAWLS, John. *Justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

COITINHO, Denis. *Justiça e coerência*. Ensaios sobre John Rawls. São Paulo: Loyola, 2014.

COITINHO, Denis. Justificação pública: a função da ideia de estrutura básica da sociedade em Rawls. *Kriterion*. V. 52, N. 123, 2011: pp. 197-211.

COITINHO, Denis. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. *Trans/Form/Ação*. V. 32, N.1, 2009: pp. 139-157.

COITINHO, Denis. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*. V. 10, N. 1, 2009: pp 65-78.

VITA, Álvaro de. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. *Lua Nova*. N. 25, 1992: pp. 05-24.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito*. Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.

---

## NOVAS POLÍTICAS PARA VELHOS TABUS: PERSPECTIVAS E DESAFIOS PARA A REGULAMENTAÇÃO DO MERCADO DA CANNABIS NO BRASIL

Guilherme Roedel Fernandez Silva<sup>1</sup>

Eduardo Roedel Fernandez Silva<sup>2</sup>

Samanta Cardoso Nobre<sup>3</sup>

**RESUMO:** Recentes políticas regulatórias pelo mundo reacendem o debate sobre os benefícios medicinais da cannabis e os efeitos contraproducentes de sua criminalização, historicamente definida a partir de critérios nada científicos. A incapacidade da “guerra às drogas”, com suas milhares de vítimas e prisões anuais, em deter a oferta e a demanda por entorpecentes, contrasta com o desenvolvimento farmacêutico, a geração de receitas públicas e privadas, a redução dos custos sociais e o enfraquecimento de grupos criminosos - benefícios normalmente logrados pelas experiências regulatórias. Sugere-se discutir as perspectivas e os desafios para a adoção de um mercado regulamentado no Brasil.

Palavras-chave: Droga. Política de drogas. Descriminalização. Regulamentação. Cannabis.

**ABSTRACT:** Recent regulatory policies throughout the world have fostered the debate on cannabis's medical benefits and the counterproductive consequences of its criminalization, historically emerged upon non-scientific criteria. The failure of the “War on Drugs”, with thousands of victims and arrests every year, in reducing both demand and supply of narcotics, contrasts with pharmaceutical development, public and private income, reduction of social damage and weakening of criminal groups - effects usually achieved through regulatory experiences. Brazil should also debate perspectives and challenges of a regulated cannabis market.

Keywords: Drugs. Drug policies. Decriminalization. Regulatory policies. Cannabis.

---

<sup>1</sup> Especialista em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública pela Universidade Newton Paiva. Professor de Processo Penal no Departamento de Direito Público Adjetivo na Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Pós-graduado em Cultura de Paz pela Universidade Autònoma de Barcelona – UAB, Barcelona. Graduado em Comunicação Social pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC), Belo Horizonte. Diplomata.

<sup>3</sup> Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes.

---

## **INTRODUÇÃO: O QUE É DROGA E QUAIS CRITÉRIOS DETERMINAM SE UMA SUBSTÂNCIA DEVE SER CONSIDERADA ILÍCITA?**

Um bom ponto de partida para iniciar a reflexão sobre as perspectivas e os desafios para a descriminalização e a regulamentação do uso da maconha no Brasil é identificar as definições mais frequentemente utilizadas sobre o que são as drogas.

De acordo com o dicionário Houaiss da língua portuguesa (HOUAISS, 2009, p. 713), a expressão é utilizada para retratar a “denominação comum a todas as substâncias ou ingredientes usados em farmácia, química, tinturaria, entre outros setores”. Também serve para definir “qualquer substância que se possa utilizar, nas pessoas e nos animais, para fins de alívio, diagnóstico, profilaxia, tratamento ou cura de doenças”. Em termos mais genéricos, define “qualquer substância alucinógena, entorpecente, cujo uso, além de alterar o humor e o comportamento, pode levar à dependência e à tolerância”. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), droga é qualquer substância que, introduzida no organismo, interfere no seu funcionamento (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1993).

Carneiro (2019, p. 16) elucida que:

O conceito de droga aparece na história cultural contemporânea, concomitantemente, como um fantasma do mal e como um problema de saúde. Como fantasmagoria encarna bodes expiatórios, obsessões patologizantes e medos irracionais. Mas é também o veículo de salvação da cura, como pílula mágica e panaceia para todos os males.

Em seguida, questiona:

Qual a natureza desse conceito que unifica no singular um objeto abstrato, o pânico moral da “droga” e, em conjuntos variados de centenas de moléculas e vegetais, os remédios para males cada vez mais abrangentes da vida cotidiana? (CARNEIRO, 2019, p. 16)

Assim, para refletir sobre a descriminalização e regulamentação da *cannabis*, é preciso ter em mente que “nenhuma droga é boa, nenhuma droga é má: todas são ambas as coisas” (HAGER, 2020, p. 16).

Também é importante ter consciência de que o uso de drogas, em quaisquer das definições já apresentadas, é tão antigo na humanidade que não há como precisar quando foram as drogas inseridas na sociedade. O uso de drogas é provavelmente tão antigo quanto a própria humanidade, seja em rituais religiosos, na cura de enfermidades, ou simplesmente para o alcance de determinados níveis de estado físico e psíquico inatingíveis sem o uso daquelas substâncias.

---

Há mais de 10 mil anos a ingestão de sementes de papoula já era prática habitual nos vales dos rios Eufrates e Tigre, onde se erguiam as primeiras cidades. Arqueólogos também encontraram resquícios de sementes de papoulas em escavações de um palácio com mais de 4 mil anos onde hoje é o noroeste da Síria. Desde o século III A.C. médicos gregos já se preocupavam com os perigos do ópio e discutiam se os benefícios compensavam os riscos. Uma das missões dadas a Cristóvão Colombo durante a expansão marítima - cujas caravelas eram equipadas com velas e cordas feitas de fibras de cânhamo - era procurar e encontrar ópio (HAGER, 2020, p. 24-31).

Ao tratar da potencialização do consumo de drogas ao longo dos últimos anos, Carneiro esclarece:

Consumidores de drogas. Essa é a condição humana eterna que foi potencializada na era mercantil e industrial e alcança hoje a dimensão não só das panaceias como das pílulas da felicidade. Drogas para trabalhar, para dormir, para fazer sexo, para vencer a tristeza, o cansaço, o tédio, o esquecimento, a desmotivação. Cada vez mais a modelação e a modulação química da subjetividade se tornam determinantes não só na economia estrito senso das sociedades, mas nas economias psíquicas (CARNEIRO, 2019, p. 18).

Muito mais fácil - até porque muito mais recente - é descobrir quando foram as drogas proibidas em determinadas sociedades. Segundo o jornalista e pesquisador Johan Hari (2018), até 1.900, era possível comprar legalmente qualquer mistura à base de cocaína, ópio ou maconha, seja no Brasil, na Inglaterra ou nos Estados Unidos:

Você podia ir a qualquer farmácia dos estados Unidos e comprar produtos feitos com os mesmos ingredientes da cocaína e da heroína. Os xaropes mais populares para combater a tosse no país continham derivados do ópio; um refrigerante novo chamado Coca-Cola era feito da mesma planta que a cocaína em pó; na Grã-Bretanha, as lojas de departamento mais exclusivas vendiam latinhas com heroína para as mulheres da alta sociedade (HARI, 2018, p. 18).

Com essas definições em mente, e tendo em conta o número expressivo de *drogas* largamente consumidas de modo legal (sobretudo medicamentos, tabaco e bebidas alcoólicas), enquanto outras *drogas* são fortemente criminalizadas, é inevitável deparar-se com o questionamento acerca dos critérios que definem se uma determinada substância ou uma determinada droga será lícita ou ilícita. Normalmente, acredita-se que os critérios para essa diferenciação envolvam o grau de toxicidade, os possíveis danos e os benefícios à saúde individual e coletiva, os riscos associados ao consumo, a capacidade da substância de causar dependência química, entre outros critérios mais ou menos relacionados com o prejuízo, tanto ao indivíduo quanto à sociedade, do uso difundido daquela substância.

---

Apesar de serem aparentemente os critérios mais adequados para orientar as decisões governamentais sobre o nível de regulamentação ou proibição ao consumo de uma substância, nem sempre é possível encontrar uma equivalência entre os danos relacionados ao uso de determinada substância e o nível de regulamentação ou proibição de seu consumo. Além disso, é importante ter em mente ser bastante comum que uma determinada substância mude sua classificação dentro do espectro da liberação e proibição ao longo do tempo. Ou seja, substâncias que antes eram permitidas hoje são proibidas, e vice-versa.

Quando se estuda a história da proibição das drogas, percebe-se que, além dos critérios anteriormente mencionados - que de certa maneira podem ser relacionados com o avanço da ciência e a descoberta dos danos que determinadas substâncias podem causar a seus usuários -, muitos outros critérios (que de científico pouco ou nada tinham) foram decisivos para que determinada substância fosse considerada ilícita, conforme explicita Carl Hart:

Antes de tomar conhecimento dessa reportagem, eu achava que a situação legal de determinada droga era estabelecida basicamente por seu teor farmacológico. Mas vim a constatar que não havia motivos farmacológicos sólidos e racionais para o fato de o álcool e o tabaco serem legais e a cocaína e a maconha, não. Tratava-se sobretudo de um problema de razões históricas e sociais, de escolher os perigos relacionados a drogas que seriam ressaltados para alimentar a preocupação da opinião pública e os que seriam ignorados. Parecia que os verdadeiros motivos farmacológicos quase nunca eram levados em conta ou eram minimizados. As medidas de proibição do uso de drogas eram inevitavelmente antecedidas de uma cobertura noticiosa histórica, cheia de histórias assustadoras sobre o uso de drogas entre minorias desprezadas, não raro imigrantes e pobres. Como relata Musto, no caso da cocaína os temores estavam ligados aos negros do sul, no da maconha eram os negros e mexicanos os bichos-papões e no do ópio, os ferroviários chineses (HART, 2014, p. 234).

Entre esses outros critérios, os mais relevantes foram aqueles que até hoje pautam boa parte da vida em sociedade, definindo a maneira como as pessoas se organizam, produzem e consomem quase tudo o que as rodeia: critérios políticos (aqui também incluídos os morais ou sociais), econômicos e religiosos.

Antes de continuar, é preciso registrar que critérios políticos, econômicos e religiosos podem ser extremamente relevantes e pertinentes para regular muitas coisas que afetam nossas vidas. De maneira alguma seria lúcido concluir que, se alguma medida foi definida por critérios políticos, econômicos ou religiosos, teria sido definida por um mau critério. É necessário se esforçar, todavia, para compreender que tipo de decisões devem se basear em critérios científicos; e que tipo de decisões devem fundamentar-se em critérios políticos, econômicos e religiosos. A título exemplificativo, até pouco tempo atrás o divórcio era proibido por critérios eminentemente religiosos, o que hoje não parece fazer nenhum sentido. Da mesma maneira, não parece adequado

---

que os critérios dominantes para se definir o modo como um país combate uma pandemia sejam eminentemente econômicos e políticos, e não científicos. Isto é, critérios econômicos e políticos também precisam ser considerados numa crise como a que atualmente se enfrenta; mas critérios científicos devem se sobrepor, e não o contrário.

A proibição da venda e do consumo de álcool nos Estados Unidos no início da primeira metade do século passado, por meio da “Lei Seca” pode ser creditada tanto a critérios científicos (o reconhecimento dos inúmeros danos individuais e coletivos que o alcoolismo gerava na sociedade, por exemplo) quanto políticos, morais e especialmente puritano-religiosos. Curiosamente, o movimento da temperança, que culminou na edição da 18ª Emenda, o *Volstead Act*, teve forte influência dos movimentos feministas: as mulheres, que lutavam pelo direito de voto e outros pleitos de isonomia, queixavam-se da violência conjugal potencializada pelo álcool e do escoamento dos recursos familiares para aquisição de bebidas pelos maridos. Se no início do século XIX o movimento pela temperança defendia a conscientização da importância do consumo moderado de álcool, na virada para o século XX a busca era pela imposição forçada da abstinência. A proibição do álcool, que visava combater tanto os males à saúde pública (o alcoolismo) quanto a “degeneração moral” ou a “destruição das famílias” acabou por gerar consequências que, de tão danosas, acabaram forçando o governo norte-americano a reverter sua decisão.

Entre os danos sociais mais perniciosos que o próprio consumo do álcool, cita-se a repentina criminalização de considerável parcela da população que sempre pautara suas condutas no cumprimento das leis e que, até aquele momento, podia desfrutar do consumo das mais variadas bebidas com fins recreativos. Além disso, pode-se mencionar ainda o sistemático aumento da corrupção policial e de servidores públicos e, principalmente, a violenta guerra entre as máfias que passaram a controlar a produção, distribuição e a comercialização da venda de álcool no país.

Em passagem explicativa, Ibanez e Framis (2010, p. 82) mostraram reflexos da política de proibição:

La ley seca contribuyó al desarrollo del crimen organizado estadounidense en muchos aspectos. Al forzar la retirada de buena parte de los empresarios que habían trabajado en la industria del alcohol, la prohibición ofrecía la oportunidad de ganar ingentes cantidades de dinero. En concreto, la ilegalización de todas las actividades relacionadas con la producción, la venta y el consumo de licores propició que se introdujeran aproximadamente dos millones de dólares en la economía ilegal de Estados Unidos durante el período de vigencia de la ley seca, y la mayor parte de ese dinero negro fue producido e gestionado por hombres vinculados con los grupos irlandeses, judíos e italianos preexistentes.

O crescimento exponencial da violência, e também o aumento de casos de graves danos à saúde por consumo de bebidas alcóolicas de péssima qualidade, inclusive envenenamento por etanol, somados à depressão econômica representada pelo *crash* de *Wall Street* em 1929, levaram o governo dos Estados Unidos a favorecer critérios políticos (isto é, a intenção política de acabar com a guerra entre as gangues) e econômicos (como forma de reduzir o alto custo social da guerra entre os *gangsters* e os possíveis rendimentos com impostos sobre o consumo de álcool) em detrimento dos critérios moral-repressivos e médico-científicos (o prejuízo à saúde que o álcool causa nos indivíduos e na sociedade). Em 1932, a 21ª Emenda revoga a proibição em nível nacional.

### **COMO CHEGAMOS À PROIBIÇÃO DA MACONHA?**

A maconha é uma substância natural, originária das estepes da Ásia Central, consumida há milênios para fins religiosos, medicinais ou recreativos. Da Ásia, ela se espalhou para a África, e chegou às Américas com os povos que foram escravizados e cruzaram o Atlântico para trabalharem nas plantações de açúcar, nas minas e onde mais se fizessem necessários para mover a economia.

No Brasil, a erva era fortemente associada aos povos negros, sendo por muito tempo conhecida como “*Fumo de Angola*”. Estudos apontam que a primeira proibição da maconha ocorreu no Rio de Janeiro, em 1830, quando foi proibido o “*Pito de Pango*” na Lei de Posturas daquela cidade. A pena para o vendedor era uma multa, e para “os escravos e demais pessoas, que dele usarem, três dias de cadeia” (VALENTE, 2018, p. 15). Sintomático do viés racista da criminalização é que algumas décadas depois, em 1890, a capoeira também foi criminalizada.

A maconha estava associada ao comportamento supostamente indolente dos negros, descendentes dos povos escravizados. Aliás, a proibição dos costumes de um povo marginalizado sempre foi uma forma de criminalizar e excluir este próprio povo. Não por outro motivo que práticas como o samba e a capoeira já foram criminalizados no Brasil. Em cenário mais recente, a tentativa de criminalização dos bailes funks também se insere no mesmo contexto, especialmente porque dificilmente ouve-se falar da criminalização das festas de música eletrônica, frequentadas pelas classes mais altas e onde é notório o consumo de substâncias psicoativas. Na França, apesar da proibição do uso do véu pelas muçulmanas, nada impediu que as freiras católicas usassem vestimenta parecida cobrindo toda a cabeça.

Nos Estados Unidos, embora os benefícios industriais e médicos da *cannabis*, sobretudo com a utilização da fibra do cânhamo e o óleo retirado das sementes, fossem há muito reconhecidos, no início do século XX o uso da maconha passou a ser associado aos afro-americanos e aos mexicanos, que a conheciam com outro nome: *marijuana*.

---



A partir das décadas de 1920 e 1930, quando o mundo discutia a proibição do ópio - então associado aos chineses, a quem os ingleses impuseram a importação da substância, mediante ações militares que ficaram conhecidas como Guerras do Ópio, e que imigraram para trabalharem nas ferrovias nos EUA –, o proibicionismo estendia-se também à maconha, oportunidade em que a agenda da criminalização da *cannabis* ganhou força.

A “demonização” da maconha acompanhou, nos Estados Unidos, o etiquetamento dos mexicanos como imigrantes de segunda classe, os quais supostamente “tomariam os empregos dos norte-americanos”.

Além dos critérios políticos, critérios econômicos também tiveram peso considerável na proibição da maconha. Naquela época, a indústria química estava em pleno desenvolvimento, e novos materiais, sobretudo derivados do petróleo, como o diesel, o nylon e os plásticos, além da celulose, competiam com o óleo das sementes e a fibra de cânhamo para a fabricação de combustíveis, tecidos, cordas, embalagens, papéis, entre outros materiais.

No fim da década de 1930, o surgimento de uma máquina capaz de extrair as fibras do cânhamo mecanicamente (*dicorticator*), o que tornava muito mais barata a produção de papel e de outros tecidos a partir daquela planta, fortaleceu o discurso da criminalização por parte dos que competiam com essa matéria prima (VALOIS, 2019). Pesquisadores do proibicionismo frequentemente lembram os nomes de William Randolph Hearst, magnata das comunicações que possuía grande investimento em madeira para fabricação de papel, e da família DuPont, fundadora da indústria química de mesmo nome, proprietária de patentes relacionadas à produção de papel, como alguns dos principais interessados em criminalizar a maconha, proibição que viria em benefício de seus negócios (VALOIS, 2019; HARI, 2018).

Henry Anslinger, então diplomata norte-americano nas Bahamas e adepto do discurso pelo uso da força total para garantir a proibição do álcool, nomeado para chefiar o Departamento Federal de Narcóticos dos EUA em 1930, é outra figura tida como um dos principais responsáveis pelo maior rigor e difusão da política proibicionista pelo mundo, inclusive e especialmente da criminalização da maconha (VALOIS, 2019; HARI, 2018). Durante os 32 anos a frente do Departamento, Anslinger se dedicou a difundir o ideal proibicionista da *cannabis* e outras drogas, principalmente incutindo medo na população. Episódio emblemático que contribuiu para a difusão do apoio popular à criminalização da maconha nos Estados Unidos e ao redor do globo foi o assassinato em série praticado por Victor Licata, que matou seus pais e seus três irmãos com um machado, em 1933. Na cena do crime encontraram maconha, o que foi suficiente para a imprensa, em especial a mídia de massa de William Randolph Hearst, estampar nas manchetes que “por trás da fumaça de um baseado, havia Victor Licatas em todos os lugares” (HARI, 2018, p. 29).

---

Anslinger, que era casado com a sobrinha do Secretário de Tesouro dos EUA, cujo banco financiava os projetos de Du Pont, explorou o episódio reiteradas vezes para justificar a cruzada proibicionista dos EUA pelo mundo, tendo anunciado em um discurso de rádio:

Cuidado, pais! Seus filhos estão sendo levados a um novo perigo, que vem na forma de um cigarro de droga, a maconha. Os jovens são escravos desse narcótico, prosseguindo no vício até que fiquem deteriorados mentalmente, se tornem malucos e cometam crimes violentos e assassinatos (HARI, 2018, p. 29).

Os estudiosos do tema também chamam a atenção para a relação entre o fracasso da proibição do álcool e a necessidade de se criminalizar outras substâncias. Afinal, todo o aparato de repressão estatal, com inúmeros cargos de poder e orçamento milionário, contratos com fornecedores de veículos, armas e equipamentos de investigação para combater o crime organizado relacionado ao contrabando de álcool, precisava de uma destinação.

Para Hari (2018, p. 20):

Desde seu primeiro dia no gabinete, Harry Anslinger tinha um problema, e todo mundo sabia. Ele havia acabado de ser designado diretor do Departamento Federal de Narcóticos – uma pequena seção enterrada nas entranhas do Departamento do Tesouro em Washington -, que parecia prestes a ser extinto. Era o antigo Departamento de Proibição, mas o álcool fora novamente legalizado e seus homens precisavam de uma nova função, rápido.

Conquanto não estivesse tratando apenas da maconha, Hari tem a mesma percepção de Carl Hart:

Os argumentos que escutamos hoje para acabar com as drogas são de que precisamos proteger os adolescentes e prevenir a dependência em geral. Presumimos que essas deveriam ser as razões para o conflito ter começado, mas não. Eram apenas motivos secundários. A razão principal para banir as drogas – a obsessão dos homens que lançaram essa guerra – era que essas substâncias estavam sendo usadas por negros, mexicanos e chineses, fazendo-os esquecer qual era o seu lugar; ameaçando, assim, a posição dos brancos (HARI, 2018, p. 42).

Embora nunca tenha sido registrado um único caso de óbito por overdose de maconha, e seus benefícios medicinais fossem reconhecidos há milênios, a substância acabou sendo incluída na lista dos entorpecentes mais perigosos, junto com a heroína e a cocaína, no decorrer do século XX, quando a guerra às drogas dominou a agenda de convenções internacionais e foi estimulada em quase todo o mundo.

---

## AS CONSEQUÊNCIAS DA PROIBIÇÃO

Assim como se verifica na história da proibição e da posterior legalização do álcool nos Estados Unidos, sempre é válido questionar: quem são os maiores beneficiados com a proibição de algumas substâncias? Não há dúvidas de que são os grupos que se dedicarão a comercializar as substâncias tornadas ilícitas, uma vez que os lucros obtidos nos mercados clandestinos costumam ser muito superiores ao lucro obtido nos mercados regulamentados.

Em recente artigo publicado na Folha de São Paulo, Djamilia Ribeiro (2020) tratou da questão:

Geradora de violência, injustiça e morte, a criminalização das drogas não tem surtido efeito na redução do consumo, muito menos na segurança da população, porém certamente tem gerado muito lucro, seja para traficantes donos de helicópteros com cargos em Brasília, seja para policiais milicianos, seja para donos de clínicas de internação obrigatória, ambos que, vejam só, são contrários à descriminalização no parlamento e na mídia, que segue tratando esse tema tão importante como tabu.

A proibição canaliza bilhões de dólares para grupos criminosos, que não possuem qualquer compromisso com qualidade e segurança dos produtos. A única preocupação é maximizar os lucros sem qualquer contrapartida para a sociedade.

E como fazem os grupos que se dedicam ao comércio de substâncias ilícitas para garantir o fluxo das mercadorias e reduzir o risco de serem presos? Primeiramente, armando-se. O comércio de armas, lícito e ilícito, é parte fundamental do sistema criminoso que sustenta o tráfico de substâncias ilícitas. Outra maneira bastante usual é a corrupção, ou o suborno e a cooptação de autoridades para que não interfiram, ou mesmo para que tomem parte nos negócios altamente lucrativos do tráfico.

O poder das organizações criminosas que comandam o tráfico de drogas não precisa ser detalhadamente explicado, pois já é de conhecimento de todos. De autoridades que comandam a operação de portos, passando por senadores que traficam em seus helicópteros até militares que usam aviões presidenciais para levar encomendas para outros continentes, tudo está muito bem documentado. Entretanto, se os grandes volumes de entorpecentes costumam circular pelos ares e mares, a quase totalidade das vítimas fatais da *guerra a algumas drogas* e dos detidos em função do uso e do comércio dessas drogas são encontrados nas vielas e nos becos das periferias das grandes e médias cidades.

Todos os dias centenas de jovens são presos por delitos ligados ao comércio varejista de entorpecentes, geralmente praticado entre pessoas maiores e capazes. A simples entrada no sistema prisional é suficiente para estigmatizar o indivíduo e lhe retirar inúmeras oportunidades

---

de emprego e trabalho honesto para o resto da vida. Que empresário ou pessoa física está disposto a contratar um ex-presidiário? Os próprios editais para o serviço público costumam vedar aqueles que registram antecedentes criminais. O país perde todos os dias centenas de jovens que poderiam contribuir para o sistema produtivo, inclusive trabalhando no eventual mercado lícito de *cannabis*. Os custos sociais com o encarceramento de 200 mil pessoas em razão de um ato de comércio de uma substância comprada e consumida voluntariamente são incalculáveis.

Por outro lado, os custos para se manterem centenas de milhares de pessoas encarceradas por crimes ligados ao uso e comércio de drogas - a grande maioria jovens negros das periferias - é mais facilmente calculável: são bilhões a cada ano. Estudo de 2016 da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados estimou que em 2011, quando havia pouco mais de 150 mil presos por drogas, eram gastos R\$3,32 bilhões no sistema prisional apenas com prisões relacionadas às drogas. Hoje são mais de 200 mil pessoas presas por crimes relacionados às drogas e os custos são certamente muito maiores, algo próximo de R\$4,6 bilhões (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Os recursos dispendidos com a atuação da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário para prender, investigar, denunciar e processar pequenos comerciantes de (algumas) drogas também poderiam ser mais bem empregados com a descriminalização e regulação do comércio de (certas) drogas.

Todas as vezes que a Polícia Militar se direciona para algum aglomerado para prender pequenos traficantes, duas ou três guarnições se ocupam em uma diligência que não causa qualquer impacto na oferta ou na demanda de drogas, ou seja, em nada contribui para a proteção da saúde pública. Essas viaturas, que poderiam estar realizando o patrulhamento ostensivo que previne a ocorrência de furtos, roubos, violência doméstica, estupros e crimes de trânsito, costumam ficar a madrugada parada nas abordagens nos aglomerados e em seguida se direcionam para as Delegacias de Plantão para o registro do flagrante. As Delegacias de Polícia Civil se tornam verdadeiros cartórios para registros dos depoimentos dos envolvidos nestas pequenas ocorrências, o que prejudica as investigações de crimes violentos, em geral muito mais difíceis de serem apurados que a captura de jovens nas conhecidas bocas de fumo.

Não raro, as apreensões de quantidades relativamente pequenas de drogas são feitas a partir de denúncias anônimas - o que permite, inclusive, supor que o próprio tráfico de drogas beneficia-se dessas operações, na medida em que direciona equipes policiais para pequenas apreensões enquanto realiza movimentações vultosas na certeza de que o aparato policial estará longe, ocupado em repreender a venda de miudezas. É o clássico método popularmente conhecido como “boi de piranha” - com a eventual consequência também útil às organizações criminosas de que um de seus aviõezinhos seja enviado como mensageiro às prisões dominadas pelas mesmas organizações criminosas.

---

Encerrada a diligência no aglomerado, naquele mesmo ponto de venda, outros indivíduos irão vender as mesmas substâncias para as mesmas pessoas que querem usar drogas. Aquela droga apreendida pelos militares (e que poderá voltar ao mercado por outras vias ilegais) se converterá em dívida cujo inadimplemento poderá custar a vida. Para pagar a dívida, aquele jovem que foi preso e que dificilmente conseguirá emprego lícito, provavelmente voltará a traficar ou terá que subtrair o patrimônio de terceiro, inclusive mediante emprego de violência ou grave ameaça, para evitar ser morto pelo credor, que não possui meios legítimos de cobrança. O ciclo vicioso se repete todos os dias.

A prioridade dada ao combate ao tráfico de drogas, notadamente ao pequeno comércio varejista realizado por jovens de periferia com baixa instrução, ocupa recursos escassos que poderiam ser usados na apuração de corrupção, roubos, estupros e homicídios. Os mesmos policiais que deixaram de patrulhar as ruas durante a noite para capturarem os jovens comerciantes de drogas, se afastam novamente do patrulhamento ostensivo para cerrar fileira nos corredores dos fóruns para deporem em juízo. As pautas de audiências das Varas Criminais são preenchidas com o processamento desses pequenos traficantes e os casos de violência doméstica e homicídios no trânsito adormecem nos escaninhos até alcançarem a prescrição. Afinal, o Poder Judiciário tem que priorizar os crimes graves, e o tráfico de drogas, segundo a própria Constituição, é crime equiparado a hediondo. Enquanto a lesão corporal no âmbito doméstico contra a mulher tem pena mínima de três meses, a venda de uma bucha de maconha por um sujeito primário que não se dedique à atividades criminosas enseja reprimenda próxima de dois anos. A venda de poucos gramas de maconha realizada por indivíduo reincidente tem pena mínima similar ao homicídio simples.

Além dos custos financeiros, o fortalecimento das organizações criminosas que dominam as prisões brasileiras é consequência direta do encarceramento massivo de pequenos traficantes, com repercussões negativas para toda a sociedade não apenas no curto prazo.

São rotineiras as notícias de jovens e de crianças vítimas de balas perdidas durante troca de tiros nas periferias do Brasil. Além das balas perdidas, existem milhares de vidas que são eliminadas por balas certas, disparadas por ou contra agentes do Estado, e também por comerciantes concorrentes neste mercado bilionário. O Brasil é recordista mundial em número de homicídios e qualquer pesquisa séria concluirá que a maior parte dos assassinatos envolve disputas relacionadas ao mercado ilegal de drogas. Mata-se para cobrar dívidas de drogas, mata-se por disputas por locais de produção, rotas de transporte, pontos de venda. Mata-se para apagar arquivos sobre negócios com drogas, para subtrair a droga do concorrente. Os confrontos entre policiais e traficantes também eliminam milhares de vidas, não apenas dos ditos bandidos, mas de todos que de alguma maneira foram alistados para essa esdrúxula guerra: policiais, promotores,

---

juízes e advogados. Não há como calcular o custo de uma vida, ou da dor que a ruptura no tecido social de uma família provoca.

Há também outro grupo bastante interessado, no Brasil, na manutenção da proibição da maconha: os proprietários de centros de internação de usuários de drogas, vários deles ligados a igrejas com forte representação no parlamento. Ou seja, grupos que se beneficiam diretamente da criminalização das drogas recebem recursos estatais para abrigar dependentes enquanto detêm legitimidade para votar pela manutenção da proibição - além de propagar junto aos fiéis o medo pela difusão do consumo de drogas, entre elas a maconha, entre os jovens.

Afinal, se a preocupação fosse com a saúde pública, não seria mais lógico defender padrões de segurança e qualidade das drogas, evitando-se, por exemplo, a transmissão de doenças devido ao compartilhamento de seringas, overdoses devido à mistura da substância proibida com produtos muito mais tóxicos que a própria substância criminalizada, doenças pulmonares em razão de fungos e bactérias na maconha, ou se evitar surtos psicóticos causados por maconhas produzidas sem qualquer limitação quanto ao teor de tetrahydrocannabinol (THC)? Por que não se vê uma campanha para também se criminalizar o tabaco e o álcool? Se a preocupação é com o ingresso de adolescentes no mundo das drogas, como justificar as festas de quinze anos regadas a whisky 12 anos?

A irracionalidade na criminalização da maconha como instrumento de proteção da saúde pública é facilmente demonstrada quando se analisa os números de mortes provocados por drogas lícitas e ilícitas, conforme informam Ilana Szabó e Melina Risso:

Entre 2006 e 2010, estima-se que 40.692 brasileiros faleceram por razões ligadas a substâncias lícitas e ilícitas. A grande maioria dos óbitos foi causada pelo uso do álcool (84,9% do total), em segundo lugar pelo tabaco (11,3%), em terceiro, por uso de mais de uma substância psicoativa (1,18%) e pelo uso de cocaína (0,8%). Outras drogas foram responsáveis por 1,6% dos óbitos (SZABÓ; RISSO, 2018, p. 97).

Há ainda outra contradição no argumento de que a criminalização da maconha protege a saúde pública. A criminalização do uso de drogas afasta o dependente químico dos serviços de saúde. A pessoa que está com problemas em razão do abuso de drogas ilícitas evitará revelar sua condição de criminosa enquanto puder, mesmo para seus familiares mais próximos. Muitas vezes, mesmo visivelmente debilitado, o dependente segue negando para a família e até para os profissionais de saúde a origem ou o fator que vem agravando seus problemas. Não são poucos os relatos de overdoses – não de maconha - que só se tornaram fatais porque o usuário e seus amigos preferiram aguardar ajuda divina a procurar os serviços de urgência para o tratamento protocolar.

---

Para além das consequências associadas à criminalidade e à profusão de armas circulando da sociedade, do afastamento do usuário problemático dos serviços de saúde, outra das consequências da proibição da maconha é o desincentivo às pesquisas sobre os efeitos benéficos e/ou prejudiciais das drogas e as pesquisas para uso de seus componentes em medicamentos e outros usos, o que já está avançando em muitos países - inclusive nos Estados Unidos, que foi o grande líder na campanha pela proibição da *cannabis* no início do século XX. O comércio legal de produtos medicinais à base de maconha já alcança cifras bilionárias, sendo que nenhuma empresa brasileira entra na lista das que lideram o setor - apesar da força dos setores agrícola e de biotecnologia no país.

### **DA PROIBIÇÃO À REGULAMENTAÇÃO**

Da mesma forma que critérios políticos e econômicos foram decisivos quando da proibição da maconha em boa parte do mundo há pouco menos de um século, parece ser justamente o critério econômico aquele que fará a maconha voltar para a lista de drogas lícitas. O desenvolvimento de produtos à base de *cannabis* nos setores de fármacos, de biotecnologia e de cosméticos cada vez mais pressiona os legisladores a deixar de lado os argumentos de cunho moral em favor do proibicionismo para abraçarem os argumentos econômicos e científicos em favor da regulamentação da maconha. Mesmo o enorme potencial econômico do uso recreativo tem ganhado cada vez mais espaço nos debates e nas propostas de regulamentação ao redor do mundo.

E como o fator econômico ainda costuma ser decisivo em muitas das políticas votadas no parlamento, as perspectivas para a regulamentação da maconha no Brasil parecem, em médio prazo, promissoras, apesar do alarde moralista dos opositores que sempre acompanha qualquer discussão sobre a regulamentação da maconha e de outras drogas.

Ainda é muito fácil no Brasil, como foi feito nos Estados Unidos no século passado, difundir a ideia de que a maconha seja algo que destrói a família, que seja coisa do demônio (apesar de ser uma planta, de ser simplesmente parte da natureza, em teoria criada por Deus).

Certamente surgirão campanhas bem financiadas (especialmente por igrejas conservadoras e inclusive pelo próprio tráfico, maior interessado na manutenção da proibição) martelando a velha afirmação de que a maconha é a porta de entrada para outras drogas; haverá relatos de maconheiros que assassinaram toda a família; entre muitas outras formas de tentar, pelo medo, convencer a população a ir para as ruas contra a regulamentação da *cannabis*.

Embora existam evidências que a maconha, em alguns casos, pode sim ser a primeira droga a ser experimentada pelos adolescentes, a maioria dos jovens inicia suas experiências sensoriais com o álcool, às vezes incentivadas pelos próprios pais. Afinal, o consumo de álcool é incentivado nas

---

competições esportivas, nas propagandas na TV, nos *posts* das redes sociais. A proximidade da maconha com drogas ilícitas mais prejudiciais se dá única e exclusivamente em razão da sua criminalização, o que faz serem vendidas pelas mesmas pessoas nos mesmos pontos de comércio.

Também existem evidências de que o uso precoce e/ou continuado de maconha pode desencadear transtornos psicóticos e até esquizofrenia. A maconha não é inofensiva e defender a descriminalização e sua regulamentação não significa incentivar o seu consumo. No Colorado, primeiro Estado Norte Americano a regulamentar o comércio recreativo da maconha, as pesquisas governamentais revelam que após a regulamentação a população tomou maior consciência dos malefícios da droga (COLORADO, 2018; SUBSTANCE ABUSE AND MENTAL HEALTH SERVICES ADMINISTRATION, 2018). O consumo entre jovens se manteve estável, mas o consumo de drogas mais pesadas diminuiu. Por outro lado, não há qualquer relato de que esteja sendo criada uma legião de esquizofrênicos no Colorado, na Califórnia, em Massachussets, no Canadá, no Uruguai, na Espanha, em Portugal ou em qualquer lugar do mundo que tenha descriminalizado ou regulamentado o consumo. Aliás, estudiosos da área sustentam que um dos gatilhos para paranoia decorrente do uso de maconha decorre exatamente da preocupação do usuário por estar cometendo um crime.

E, afinal, por que falar em regulamentação? A ideia por trás do termo é, depois de descriminalizar - ou seja, depois de fazer com que a posse e o comércio de maconha não sejam crimes - dar à maconha o tratamento parecido ao dado a outras drogas lícitas, inclusive mais prejudiciais que a maconha, como o cigarro e o álcool. Com isso, a compra e o consumo passam a ser regulados pelo estado, com restrição de idade para o consumo, proibição de publicidade (ao contrário do que hoje ocorre com a cerveja, por exemplo, que é a grande patrocinadora de jogos de futebol e eventos no carnaval), e normas específicas sobre produção, distribuição e consumo da maconha. Em outras palavras, a descriminalização e a regulamentação estão muito distantes da ideia de “liberou-geral” que muitas campanhas proibicionistas tendem a espalhar.

Atualmente, há no mundo vários modelos de regulamentação do uso de maconha. Nesse momento, passa-se ao estudo sucinto dos principais deles.

## **O MERCADO DA CANNABIS NO MUNDO**

A onda de descriminalização e legalização do uso da maconha, insumo essencial de indústria em ascensão, vem expandindo o mercado legal de *cannabis* no mundo, especialmente nos países em que o uso medicinal (e até recreativo) da erva já são permitidos.

A partir da Holanda, país precursor na decisão de descriminalização do uso da maconha, ainda na década de 70, diversos outros países, a exemplo de Espanha, Portugal e EUA, compartilharam o

---



modelo e descriminalizaram o uso. Canadá e Uruguai, além de descriminalizar, legalizaram o uso da erva no país inteiro (CAMPOS, 2020).

Argentina, Chile, Colômbia e Peru também já legalizaram o uso medicinal. Recentemente, através da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC 327/2019), o Brasil legalizou o uso medicinal da *cannabis*, medida que possibilitará a produção de medicamentos à base do Canabidiol (CBD) por empresas do ramo farmacêutico (CAMPOS, 2020).

### **Holanda**

Ao contrário do que se acredita, a maconha não é legalizada na Holanda, mas desde os anos de 1970, com a descriminalização, há um controle de sua utilização, venda e produção para fins recreativos. Com isso, é possível comprar a planta em lojas especiais (*coffeeshops*) a partir dos 18 anos, com limite de 5 gramas diários. O consumo, em regra, somente é permitido em meio doméstico e dentro dos *coffeeshops* (COLLINS, 2018), embora possa ser eventualmente tolerado também em locais públicos.

No uso medicinal, os pacientes que se tratam com a *cannabis* podem obter a planta e seus derivados no mercado formal (farmácias), mediante receita oficial de um médico especialista.

Desde 2001, a OMC (Office of Medicinal Cannabis) é a organização do governo holandês responsável pela produção de *cannabis* para fins médicos e científicos. A partir da qualidade dos dados clínicos e literatura científica, o país elaborou uma lista de condições para as quais o tratamento com a *cannabis* é recomendado, mas também é possível que os profissionais da saúde façam a prescrição por meio de outros critérios (COLLINS, 2018).

### **Espanha**

Na Espanha, o uso recreativo é liberado com restrições, sendo possível formar grupos de cultivo da planta para consumo próprio. Conforme explica Carranco (2017), as associações e cooperativas sem fins lucrativos fazem a distribuição da maconha, para fins terapêuticos e recreativos, aos associados, com limite de 20 gramas semanais. Os clubes se baseiam na cultura do autoconsumo. Assim, cada sócio tem suas plantas e não é possível que as associações cultivem a maconha.

O cadastro somente é permitido a pessoas maiores de 18 anos, que sejam usuárias habituais e tenham sido indicadas por outros associados. Além disso, as províncias do país definem, ao seu critério, normas sobre o funcionamento dos clubes, como distância mínima de escolas, saídas adequadas para a fumaça, isolamento acústico e horários (CARRANCO, 2017).

---

## **Portugal**

Embora a maconha para uso recreativo não seja legalizada no país, Portugal foi o primeiro país do mundo a adotar uma política de descriminalização da posse de qualquer droga para consumo pessoal. Segundo Linde (2019), desde 2001 não há prisão do usuário encontrado com pequena quantidade (10 doses) de qualquer droga.

Ao tratar dessa política de descriminalização, Hart esclarece:

Como tem funcionado a descriminalização em Portugal? Globalmente, aumentaram os gastos de prevenção e tratamento, e diminuíram os de processo penal e prisão. O número de mortes provocadas por drogas diminuiu, assim como as taxas gerais de consumo de drogas, em especial entre os jovens (entre quinze e 24 anos). De maneira geral, os índices de uso de drogas em Portugal são semelhantes ou um pouco melhores que os de outros países da União Européia. Em outras palavras, a experiência portuguesa com a descriminalização pode ser considerada moderadamente bem-sucedida. Não, ela não pôs fim ao uso de drogas ilegais, o que seria uma expectativa irrealista. Os portugueses continuam a se drogar, como seus contemporâneos e todas as sociedades humanas antes deles. Mas, aparentemente, eles não têm o problema de estigmatizar, marginalizar e encarcerar proporções consideráveis de cidadãos por delitos sem gravidade relacionados a drogas. São esses alguns dos motivos pelos quais considero que a descriminalização deveria ser debatida como possível alternativa para os Estados Unidos (HART, 2014, p. 310).

Em 2019, o país legalizou o consumo de maconha medicinal e passou a ser o responsável pelo controle do cultivo, preparação e distribuição da planta, que é vendida em farmácias portuguesas, mediante receita médica (LINDE, 2019).

As empresas que optam por comercializar os produtos devem obter prévia autorização da Autoridade Nacional de Remédios e Produtos de Saúde (Infarmed). Toda a cadeia de produção, desde o cultivo da planta à sua preparação e distribuição, é conhecida e controlada pela Infarmed e a utilização dos produtos depende de avaliação clínica e prescrição face às indicações terapêuticas aprovadas (PORTUGAL, 2020).

## **Estados Unidos**

Nos Estados Unidos, 11 estados permitem o uso recreativo (Califórnia, Colorado, Oregon, Maine, Michigan, Washington, Massachusetts, Nevada, Vermont, Alasca e Illinois). Há pouco, Illinois tornou-se o 11º estado a legalizar o uso recreativo e apenas Nebraska, Dakota do Norte e Idaho mantêm a proibição sobre qualquer forma de uso da erva (BRANDÃO, 2020).

Em 2012, os estados do Colorado e Washington liberaram o uso recreativo da droga. Nos dois estados, o consumo de pequena quantidade (até 30 gramas) é permitido para maiores de 21 anos. Em Illinois, permite-se a posse por pessoas maiores de 21 anos, de 30 gramas da flor da *cannabis*

---

(canabidiol), 5 gramas de concentrado e em 500 miligramas de THC em produtos tais como comestíveis (MELO, 2019).

De acordo com Duarte (2020), em âmbito federal o uso recreativo não é legalizado e apenas produtos a base de canabidiol (CBD) são permitidos. O CBD foi retirado da lista de substâncias proibidas e o Congresso pôde propor um tratado que autoriza o cultivo do cânhamo, variação da *cannabis* que possui CBD, mas baixos níveis de THC (tetrahydrocannabinol), substância responsável pelos efeitos psicotrópicos (DUARTE, 2020).

Na maioria dos estados em que o uso é legalizado, para fins sociais e medicinais, a legislação faz referência a suplementos derivados com baixo teor de THC e alto teor de CBD. Ainda segundo Duarte (2020), para o uso medicinal, a *cannabis* pode ser prescrita por médicos no apoio ao tratamento de doenças e mesmo nos estados em que ainda há a proibição, a tendência é que, pelo menos o uso medicinal, seja legalizado em breve.

### **Uruguai**

O Uruguai foi o primeiro país no mundo a legalizar a *cannabis* e controlar a venda ao consumidor. A legislação uruguaia legalizou o uso medicinal em 1975 e o recreativo em 2013. Atualmente, o país permite o cultivo privado, para uso recreativo, e conta com um sistema de controle e regulamentação estatal para a produção, importação, cultivo, colheita, distribuição e comercialização de maconha em farmácias cadastradas.

No sistema adotado pelo governo uruguaio, conforme explica Maybin (2019), o estado detém o controle da oferta e regula os preços. Enquanto 70% do arrecadado ficam com o produtor, o valor remanescente é distribuído entre as farmácias varejistas e o IRCCA (Instituto de Regulação e Controle de Cannabis). O mesmo instituto também controla os níveis de THC e CBD do produto.

O cultivo próprio das plantas ou associado a clubes também é possível, desde que os residentes sejam maiores de 18 anos, preencham um cadastro prévio e cultivem o máximo de seis plantas. A lei ainda estabelece limites de compra e produção. No varejo, cada consumidor pode adquirir até 10 gramas por semana e produzirem até 480 gramas por ano, de forma doméstica ou por meio dos clubes de cultivo. Além disso, o comércio é restrito a cidadãos uruguaio. Para objetivos medicinais, não há restrições na produção (MAYBIN, 2019).

### **Canadá**

No Canadá, segundo país a legalizar a venda, posse e uso da maconha para fins recreativos, a depender da região do país, há uma variação de proibição do comércio por estabelecimentos privados e pequenas diferenças em relação à idade mínima para adquirir a planta (18 a 19 anos). O

---

limite é de 30 gramas para o porte e não se admite que os usuários dirijam sob o efeito da substância (BRANDÃO, 2020).

O cultivo de até quatro pés da planta, de até um metro, para consumo pessoal também é permitido, desde que não haja exposição pública da planta. Também é possível uma regulamentação própria e distinta desse número por cada província. Já a maconha medicinal é legal no país desde 2001 (SOMERSET, 2018).

## **PERSPECTIVAS PARA O BRASIL**

Desde o modelo português, que descriminalizou a maconha sem fazer uma regulamentação propriamente dita, até o modelo uruguaio, onde o Estado assumiu quase todas as etapas do processo de produção e distribuição, são vários os sistemas de descriminalização e regulamentação do mercado de *cannabis*. Apesar de todos eles servirem de inspiração na reformulação da atual política de criminalização que impera no Brasil, a ausência de regulamentação do modelo português e a intervenção estatal enérgica do sistema uruguaio fazem com que nenhum desses dois modelos sejam adequados ao cenário brasileiro.

Sabe-se que o Estado brasileiro possui muitas deficiências e carências. Os recursos são escassos, a burocracia ainda é um colosso, a fiscalização muitas vezes é precária, entre inúmeros outros fatores que, a princípio, não recomendariam uma participação ativa do Estado na produção e na distribuição de maconha, seja medicinal ou recreativa. Por outro lado, é certo que o Estado poderia, de alguma forma, aplicar impostos sobre algumas etapas do processo de produção-distribuição, angariando recursos que poderiam e deveriam ser investidos tanto em campanhas de conscientização sobre os riscos do consumo de maconha, sobretudo direcionadas aos jovens, quanto em políticas voltadas para a saúde pública.

Em um quadro ilustrativo, imagine-se, por exemplo, o mercado de cervejas. O Estado não produz cervejas, mas dita normas sobre a produção, comercialização e o consumo. As fábricas de cerveja precisam ser inspecionadas e devem seguir critérios sanitários rígidos para evitar que aconteçam casos de contaminação, a exemplo do que ocorreu com parte da produção da cervejaria Backer. Os pontos de venda de cerveja são previamente autorizados a comercializar o produto, devendo, em tese, estar longe de escolas, e são proibidos de vender a menores de 18 anos. Há fiscalização no trânsito e multas elevadas para quem for flagrado dirigindo após o consumo de álcool.

Por outro lado, não faria nenhum sentido que o Estado tentasse fiscalizar cada produtor individual de cerveja artesanal, atividade que vem se tornando cada vez mais comum no Brasil. Não se desconsidera, por óbvio, os riscos que permeiam esse tipo de produção artesanal. Assim como aconteceu com a Backer, a produção caseira não está imune à utilização de ingredientes tóxicos e episódios de contaminação, mas esses riscos não justificariam a fiscalização de cada casa ou a

---

cobrança de impostos pelo Estado, já que isso acabaria levando o produtor artesanal de cerveja para a ilegalidade. Ele possivelmente buscaria seus insumos no mercado clandestino e tentaria vender sua pequena produção à margem da lei, talvez com ajuda de grupos criminosos.

A despeito dessas dificuldades, eventual regulamentação da maconha no Brasil exigiria uma solução interposta entre os sistemas adotados nos países que já regulamentam o mercado da *cannabis*. A arrecadação de impostos pelo Estado com esse mercado depende da autorização das plantações e distribuição formalizada, em larga escala, o que possibilitaria o fornecimento de maconha tanto para laboratórios e institutos de pesquisas, quanto para pontos autorizados de venda, sejam farmácias ou cafés especializados (os “*coffeeshops*” ou clubes canábicos). As grandes plantações exigiriam ainda um controle rígido, desde a origem dos insumos e dos recursos que permitiram o investimento inicial (evitando-se a lavagem de dinheiro), passando pela fiscalização das condições de trabalho no local, até a distribuição controlada de todo o material para os revendedores autorizados, para evitar que a produção seja destinada a revendedores ilegais.

Não se pode menosprezar o potencial que o cânhamo tem para inúmeros usos outros além do medicinal e do recreativo. O extenso território brasileiro e o clima favorecem o cultivo da *cannabis* em larga escala, o que pode ser excelente alternativa para monoculturas de baixo valor agregado. Indústria têxtil, farmacêutica, de cosméticos, combustível, papéis plásticos, entre outros ramos podem e devem ser exploradas em benefício de um desenvolvimento sustentável.

De todo modo, o desenvolvimento desse novo mercado regulado deve priorizar a inclusão de todas as pessoas que foram prejudicadas pelas décadas de repressão. Seja na concessão de licenças, seja no estabelecimento de cotas para a inclusão social daqueles que foram estigmatizados pela irracional criminalização da maconha.

Além do incentivo ao cultivo, seja na agricultura familiar ou no agronegócio, seria também recomendável que o Estado autorizasse o plantio individual de pequenas quantidades (como por exemplo na Espanha, onde o limite é de até 7 plantas). Essa seria a medida mais importante para realmente enfraquecer o tráfico de drogas. Se o consumidor individual não puder plantar sua própria *cannabis*, tiver que se registrar junto a uma autoridade fiscalizadora e somente puder comprar de uma farmácia credenciada que cobre mais caro do que ele poderia comprar na rua, a produção e o comércio ilícitos permanecerão. É indiscutível que apenas o fato de uma pessoa ser obrigada a registrar-se perante uma autoridade fiscalizadora para poder comprar sua maconha, por exemplo, pode provocar a desistência de parte dos consumidores do mercado lícito, especialmente em razão dos estigmas que esse modelo representará ao consumidor nos primeiros anos seguintes à descriminalização.

---

Regulamentando o comércio de maconha, o Estado, além de arrecadar impostos, poderia dedicar mais esforços no combate ao tráfico de cocaína, que é um entorpecente muito mais danoso ao indivíduo - e é também o principal produto do tráfico, em termos de faturamento. A regulamentação do comércio de maconha não acabará com o tráfico, mas o enfraqueceria e, o que é mais importante, retiraria das organizações criminosas milhares de jovens que acabam recrutados nas periferias e nas prisões brasileiras.

Também é possível esperar que, legalizada, a maconha dificulte o acesso e diminua a atratividade da cocaína para os consumidores de *cannabis*. Isso porque, hoje a maconha é vendida nos mesmo locais e pelos mesmos vendedores de cocaína. Se regulamentada, a distância entre uma e outra certamente seria um obstáculo muito maior para que um jovem tenha acesso à cocaína, que é potencialmente muito mais devastadora para saúde e para suas relações sócio-familiares.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Somente fechando os olhos é possível não perceber que a descriminalização e a regulamentação do mercado da maconha é uma tendência mundial. Europa, Estados Unidos, vários países da América Latina, a África do Sul, entre outras nações africanas e também asiáticas, já reverteram suas políticas proibicionistas. Bilhões de dólares têm sido gerados na indústria legal da *cannabis*, seja na venda dos produtos derivados da maconha ou nas ações das empresas.

Os argumentos morais contra a descriminalização são cada vez menos convincentes, ao passo que cada vez mais evidentes são as pesquisas que registram o menor potencial ofensivo da maconha, quando comparada a outras substâncias legalmente comercializadas.

O potencial medicinal da planta é tão óbvio que, mesmo no Brasil, embora timidamente, já é possível notar alguma flexibilização na proibição, notadamente com o advento das últimas portarias publicadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O Poder Judiciário também já vem reconhecendo a importância do tema e autorizando pacientes e laboratórios a importarem insumos ou até plantarem a erva para o alívio de algumas enfermidades.

Mais importante, do ponto de vista de quem estuda a violência e os Direitos Humanos, é a urgência de que um novo tratamento seja dado aos milhares de jovens que têm as vidas colocadas em risco por conta de uma guerra fadada ao fracasso.

Os desafios não são poucos, mas espera-se que em futuro não muito distante o Brasil dê esse importante passo para a redução da violência e enfraquecimento dos grupos criminosos que hoje controlam o tráfico de drogas no país.

---

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Vinícius. **Perspectivas para o mercado de cannabis no Brasil e no mundo**. 10 jan. 2020. Disponível em: < <https://www.caminhoparariqueza.com.br/mercado-de-cannabis/>> Acesso em: 03 jul. 2020.

BURNETT, Malik; REIMAN, Amanda. **How Did Marijuana Become Illegal in the First Place?** 08 out. 2014. Disponível em: < <https://www.drugpolicy.org/blog/how-did-marijuana-become-illegal-first-place>> Acesso em: 08 jul. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Consultoria Legislativa. **Impacto econômico da legalização da cannabis no Brasil**. 2016. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema10/2016\\_4682\\_impacto-economico-da-legalizacao-da-cannabis-no-brasil\\_luciana-adriano-e-pedro-garrido](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema10/2016_4682_impacto-economico-da-legalizacao-da-cannabis-no-brasil_luciana-adriano-e-pedro-garrido)> Acesso em: 08 jul. 2020.

CAMPOS, Emília. **A história da cannabis e a sua situação legal no Brasil**. 22 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/emilia-campos-cannabis-situacao-legal-brasil>> Acesso em: 03 jul. 2020.

CARLINI, Elisaldo Araújo. **A história da maconha no Brasil**. Jornal Brasileiro de Psiquiatria. Vol. 55, nº 4. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0047-20852006000400008](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0047-20852006000400008)> Acesso em: 08 jul. 2020.

CARNEIRO, Henrique. **Drogas: a história do proibicionismo**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

CARRANCO, R. **Como os espanhóis fazem para consumir maconha legalmente**. El País. 17 fev. 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/16/internacional/1487256030\\_163002.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/16/internacional/1487256030_163002.html)> Acesso em: 08 jul. 2020.

COLLINS, John. **Por que tantos países estão fazendo as pazes com a maconha?** 30 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-46682570>> Acesso em: 08 jul. 2020.

COLORADO. Department of Public Health and Environment. **Monitoring Health Concerns Related to Marijuana in Colorado: 2018**. Disponível em: <[https://www.compassmark.org/wp-content/uploads/2019/02/Monitoring\\_Health\\_Concerns-Marijuana\\_Colorado\\_2018.pdf](https://www.compassmark.org/wp-content/uploads/2019/02/Monitoring_Health_Concerns-Marijuana_Colorado_2018.pdf)> Acesso em: 08 jul. 2020.

DUARTE, Fernando. **Os Estados americanos que estão usando a maconha para combater a epidemia de opioides**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-45492151>> Acesso em: 03 jul. 2020.

GLOBAL COMMISSION ON DRUG POLICY. **Regulação: o controle de drogas responsável**. 2018. Disponível em: <[https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2019/05/POR-2018\\_Regulation\\_Report\\_WEB-FINAL.pdf](https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2019/05/POR-2018_Regulation_Report_WEB-FINAL.pdf)> Acesso em: 03 jul. 2020.

HAGER, Thomas. **Dez drogas: as plantas, os pós e os comprimidos que mudaram a história da**

---

medicina. Tradução de Antônio Xerxenesky. São Paulo: Todavia, 2020, 336 p. Título original: Ten drugs: how plants, powders, and pills have shaped the history of medicine.

HARI, Johann. **Na fissura**: uma história do fracasso no combate às drogas. Tradução de Hermano Brandes de Freitas, São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Título original: Chasing the Scream: the first and last days of the war on drugs.

HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Zahar, 2014. Título original: High price.

IBÁÑEZ, Luis de la Corte; FRAMIS, Andrea Giménez-Salinas. **Crimen.org**. Barcelona: Ariel, 2010.

LINDE, Pablo. **Como Portugal se tornou referência mundial na regulação das drogas**. El País. 06 mai. 2019. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/02/internacional/1556794358\\_113193.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/02/internacional/1556794358_113193.html)> Acesso em: 03 jul. 2020.

LISSARDY, Gerardo. **Uruguay**: cuánto ha cambiado realmente el mercado de las drogas en el país con la legalización de la marihuana. 12 dez. 2019. Disponível em <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50667423>> Acesso em: 08 jul. 2020.

MAYBIN, Simon. **Por que farmácias do Uruguai estão desistindo de vender maconha**. 06 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-47826769>> Acesso em: 08 jul. 2020.

MELO, João Ozório de. **Só três estados dos EUA proíbem uso medicinal ou recreacional da maconha**. Revista Consultor Jurídico. 06 jul. 2019. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2019-jul-06/tres-estados-eua-proibem-algum-uso-maconha>> Acesso em: 03 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10**: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas. Tradução de Dorgival Caetano, Porto Alegre: Artes Médicas, p. 69-82, 1993.

PORTUGAL. Autoridade Nacional de Medicamento e Produtos de Saúde - (Infarmed). **Canábis para fins medicinais**. Disponível em: <<https://www.infarmed.pt/web/infarmed/canabis-medicinal>> Acesso em: 03 jul. 2020.

RIBEIRO, Djamila. **Negro é traficante, branco é estudante que faz 'delivery de drogas'**. Folha de São Paulo. São Paulo. 16 jul. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/djamila-ribeiro/2020/07/negro-e-traficante-branco-e-estudante-que-faz-delivery-de-drogas.shtml>> Acesso em 17 de jul. 2020.

SOMERSET, Sara Brittany. **Oito mercados da maconha com os maiores potenciais**. 30 ago. 2018. Disponível em: <<https://forbes.com.br/negocios/2018/08/8-mercados-da-maconha-com-os-maiores-potenciais/#foto2>> Acesso em: 03 jul. 2020.

SUBSTANCE ABUSE AND MENTAL HEALTH SERVICES ADMINISTRATION. **National Survey on Drug Use and Health**. 2018. Disponível em: <<https://www.samhsa.gov/data/data-we-collect/nsduh-national-survey-drug-use-and-health>> Acesso em: 08 jul. 2020.

---



SZABÓ, Ilona; RISSO, Melina. **Segurança Pública para virar o jogo**. Rio de Janeiro: Zahar. 2018.

VALENTE, Mário José Bani. **Do pito de pango à proibição**: reflexões históricas, criminológicas e jurídicas sobre a criminalização da maconha no Brasil (1890-1940). 2018. 33p. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora. Disponível em: <<http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/9865/1/mariojosebanivalente.pdf>> Acesso em 08 jul. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3 ed, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

**Why is cannabis illegal? Part 1: Plastic and wood industry**. 05 jun. 2019. Disponível em: <<https://dutch-passion.com/en/blog/why-is-cannabis-illegal-part-1-plastic-and-wood-industry-n901>> Acesso em: 08 jul. 2020.

---

## **A PROBLEMÁTICA NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA PARA PESSOAS JURÍDICAS**

Universidade de Passo Fundo – UPF

Yuri Alexandre Pastorio Rocha<sup>1</sup>  
Cássio Henrique Pacheco dos Santos<sup>2</sup>

**RESUMO:** A problemática no instituto da Assistência Judiciária Gratuita desenvolve-se no âmbito da lacuna deixada pela lei, a qual reconhece o direito da Pessoa Jurídica sobre tal instituto, contudo, não regula as hipóteses de sua aplicação, nem identifica qualquer critério delimitador para tal concessão. É possível verificar uma deficiência da lei, que nem mesmo o entendimento dos tribunais superiores conseguiu sanar, tais como a aplicação da súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que para a Pessoa Jurídica apenas se limitou a concessão de acordo com a sua impossibilidade em arcar com custas de um processo judicial.

**Palavras-chave:** Assistência Judiciária Gratuita, Pessoas jurídicas.

**ABSTRACT:** The irregularities in the constitution of cost-free legal aid rise from the gap in the law that recognizes the right of legal persons to this constitution; this law, however, neither regulates the hypotheses of its application, nor identifies any limiting criteria for such concessions. It is possible to verify a deficiency in the law, which even the superior courts and their understanding were not able to fulfill, such as the application of the docket 481 of the Supreme Court of Justice (STJ). That limits itself to concessions for legal persons only correspond with their inability to finance the costs of legal processes.

**Keywords:** Cost-free Legal Aid, Legal Persons.

---

<sup>1</sup> Yuri Alexandre Pastorio Rocha : Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF (bolsista – PROUNI), concluindo o 7º semestre do curso. Estagiário do gabinete do Juizado Especial Cível (JEC) e Juizado Especial da Fazenda Pública (JEFP) do foro da comarca de Carazinho/RS.

<sup>2</sup> Cássio Henrique Pacheco dos Santos: Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Linha de Pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, com ênfase na docência, pela Faculdade de Direito Damásio- São Paulo-/SP- Unidade Passo Fundo; Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho na Faculdade Meridional- IMED de Passo Fundo-RS; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS- UPF (bolsista - PROUNI); Professor das Disciplinas de Direito do Trabalho I e II, Processo do Trabalho, Direito Empresarial e Direito de Recuperação das Empresas da Universidade de Passo Fundo/RS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Considerando o posicionamento atual da doutrina e da jurisprudência acerca da assistência judiciária gratuita, em um primeiro momento, é de fundamental relevância a análise quanto aos princípios e regras que norteiam e ensejam base para tal instituto, através de uma construção sistemática, visando o histórico e importância do tema no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessários apontamentos de diversas posições e correntes distintas.

Em um primeiro ponto cabe ressaltar um breve histórico do instituto da assistência judiciária gratuita e os meios pelos quais o Estado atua em prol de que toda aquela pessoa, no sentido amplo da palavra, que sinta que possui um direito violado, possa levar sua demanda ao poder judiciário. Em suma, tal instituto possui fatores de ordem histórica, no sentido de que, desde o período imperial já era reconhecido o direito ao amplo acesso ao poder judiciário, e interposto um dever ao Estado de oportunizar a qualquer um que necessitasse de justiça, vias para tanto.

Passados diversos períodos da história brasileira, segundo Anselmo Prieto Alvarez, é apenas na constituição de 1988 é que o amplo acesso ao poder judiciário ganha uma forma expressamente prevista no ordenamento constitucional, não apenas como uma mera norma comandamental, mas como uma garantia, previsto no 'artigo 5º, LXXIV<sup>3</sup>, da carta magna, sendo recepciona ao ordenamento jurídico como uma garantia a pessoa humana na defesa de seus direitos (ALVARES, 2000, p. 153).

Norteados a esse direito fundamental, que também pode ser visto como princípio derivado do princípio do amplo acesso ao poder judiciário, vários institutos em nível infraconstitucional foram criados, incluindo o nascimento da Defensoria Pública, sendo tal instituição um dos órgãos de maior relevância na defesa dos direitos do cidadão necessitados já criados. É em face desse princípio que a assistência judiciária gratuita se baseia e surge como uma garantia e forma de aplicação eficiente a tal preceito.

Verificada a aplicação do princípio basilar da assistência judiciária Gratuita dentro do ordenamento jurídico, cabe uma melhor análise quanto a seu conceito e âmbito de aplicação e princípios norteadores de tal instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista especialmente demonstrar a relevância e necessidade de tais princípios. Em um primeiro momento, cabe uma análise pormenorizada do princípio do amplo acesso ao poder judiciário,

---

<sup>3</sup> 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: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

---

sendo tal instituto previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988<sup>4</sup>, Conforme ensina Pedro Lenza, tal instituto tem como principal objeto assegurar a toda e qualquer pessoa que tenha algum direito lesado, violado, ou ameaçado por outrem, de pleitear ao poder judiciário uma proteção a seu direito violado, não podendo nem mesmo a lei afastar tal aplicação, sendo, contudo passível de exceção (LENZA, 2019, p. 1.884).

Convergindo com nobre lição apresentada, Flavio Martins ressalta tal princípio como uma das tutelas a serem asseguradas pelo Estado, sendo vedado o afastamento de tal tutela ao poder judiciário, mesmo em havendo recurso em sede administrativa, fica em evidência o motivo de tal direito fundamental ser base para a garantia à assistência judiciária gratuita, tendo em vista que questões de cunho econômico, social, ou moral não podem servir como obstáculos a qualquer pessoa na busca de seus direitos. Dessa forma, é que a garantia da Assistência Judiciária Gratuita ganha forma, não sendo apenas um princípio, mas impondo um dever ao Estado na tutela de direitos dos cidadãos.

O mais importante a ser extraído de tal lição é o dever implícito do Estado, sendo seu dever dar vias para toda e qualquer pessoa em poder pleitear, independentemente de quaisquer condições, direito violado ou passível de violação. Nesse sentido, a Assistência Judiciária Gratuita também está elencada como um direito fundamental previsto na constituição federal de 1988, conforme visto acima, cabendo agora sua análise conceitual detalhada.

Tendo em vista os ensinamentos de Pedro Lenza, a Constituição Federal, impõem a Assistência Judicial Gratuita e integral a todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos para a propositura de demandas ao poder judiciário, sendo tal dever imposto elencado como direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LXXIV da carta magna.

Conforma explica o Autor, em regra, o Estado, como forma de atender o referido direito, institui a Defensoria Pública como um órgão para a tutela daquelas pessoas carentes de recurso, as assistindo na defesa de seus direitos (LENZA, 2019. p. 1.949). Contudo, tal questão torna-se lacunosa, na medida em que as pessoas jurídicas ficam desamparadas por tal instituição, tendo em vista que o campo de atuação de tal órgão possui limitação apenas a Pessoa jurídica sem fins lucrativos.

Diante de tal fenômeno, Flavio Martins conceitua a Assistência Judiciária Gratuita como um direito fundamental ampliado pela constituição de 1988, já que em constituições anteriores apenas havia previsto a assistência ao ingressar ao juízo de forma gratuita a pessoas

---

<sup>4</sup> Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito;

---

desamparadas (MARTINS, 2019. p. 1.226). Dessa forma, tal conceito ganhou um campo muito mais abrangente no sentido de que a tutela agora abrange todas as fases e atos processuais possíveis, envolvendo não apenas o ingresso, mas também consultorias gratuitas e qualquer interesse jurídico que seja necessária tal assistência, como por exemplo, a constituição de pessoas jurídicas, sendo que diante de tal direito fundamental, até mesmo em tais atos, o Estado deve conceder meios para a efetividade de tal direito.

Partindo do escopo principiológico de tal instituto, verifica-se uma demasiada amplitude em relação a critérios objetivos e limites devidamente traçados em sede constitucional de concessão da gratuidade da justiça, em especial para as pessoas jurídicas, objeto desse estudo. Nesse sentido, é fundamental recorrer ao amparo da legislação infraconstitucional, em especial com o devido amparo doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, tendo em vista a divergência em pontos específicos do assunto ora tratado, sendo nesse sentido, uma análise minuciosa, em especial sobre a aplicação de tal preceito de forma prática.

## **2. VERIFICAÇÃO DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DENTRO DA LEI 13.105/15, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PORMENORIZAÇÃO DOS ARTIGOS 98 E 99 E CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS.**

Observando as alterações promovidas pela Lei 13.105/15, ou seja, o Novo Código de Processo Civil trouxe em seu bojo diversos elementos que dão ênfase a Assistência Judiciária Gratuita, dentre tais elementos, na seção IV do presente código, traz um rol de artigos dedicados exclusivamente a elencar certas questões envolvendo tal instituto.

Em sua conjuntura, o artigo 98<sup>5</sup>, caput e parágrafos ordenam diversas situações, compreendendo desde o conceito, atos compreendidos pela AJG e algumas situações excepcionais. Atentando-se ao caput de tal artigo, é possível verificar a abrangência deste direito fundamental tanto as pessoas físicas, como as pessoas jurídicas, que, observando a forma da lei, podem ser beneficiadas com a assistência integral ou parcial, em todos ou alguns atos processuais, desde que comprovada à insuficiência de recursos para tanto.

Conforme aponta Misael Montenegro Filho, tal situação não pode ser constatada através de mera análise de patrimônio acumulado pelo requerente, mas deve acolher tanto a receita/salário/lucro, como também deve levar em consideração as despesas/prejuízos/descontos obtidos continuamente por tal agente (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 124).

---

<sup>5</sup> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

---

Reforçando os critérios adotados pelo NCPC, Elpidio Donizzeti aponta que o código de 2015 traz ao ordenamento jurídico o instituto já previsto em ordenamentos anteriores, reformulando sua abrangência, caminhando em conjunto com a posição dos tribunais, consolidada por meio da súmula 481 do Supremo Tribunal de Justiça<sup>6</sup>, a qual elenca a pessoa jurídica como titular do direito a AJG, limitadas a aquelas pessoas que comprovarem a sua impossibilidade em arcar com custas do processo (DONIZZETI, 2017, p. 174).

Tal posicionamento exige um olhar cauteloso em sua leitura, tendo em vista a lacuna deixada por tal posição, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência limitar, no que diz respeito à delimitação do que seria a tal impossibilidade citada, e também se faz necessária à compreensão da quantia pecuniária que barraria ou não certas pessoas jurídicas de pleitear tal direito. Nesse sentido, parece que tal estrutura necessita de maiores esclarecimentos.

Em contrapartida, os critérios adotados pela legislação processual civil atual, segundo Cristiano de Melo Bastos devem caminhar lado a lado com a jurisprudência e a doutrina, em especial no que tange a aplicação do artigo 98 e da súmula 481 do STJ as pessoas jurídicas, sendo pacífico o entendimento que para estas, não basta mera alegação de hipossuficiência econômica, assim como é possível à pessoa natural, nos termos do artigo 99, §3<sup>7</sup> do presente código, ao contrário, deve haver indícios claros e cabais de impossibilidade de arcar com as custas da demanda proposta em sede judicial (BASTOS, 2017, p.3).

No entanto, verifica-se que mesmo havendo tal limitação pela doutrina e jurisprudência, não há uma definição clara do que seria essa impossibilidade alegada, e ainda não existe uma indicação de quais modalidades de empresas, tipos de sociedade, ou o capital social auferido pela pessoa jurídica em questão, e ainda pode ser verificada uma problemática maior nisso tudo, sendo esta o enquadramento de critérios para os microempreendedores individuais (MEI), sendo esta modalidade de pessoa jurídica nova no ordenamento jurídico brasileiro e ainda pouco explorada, em especial no que tange a sua forte ligação com o patrimônio constituído da Pessoa Física que a caracteriza.

Além disso, outro ponto de crítica apontado por Cristiano se dá na análise a ser efetuada pelos magistrados, observando a atual legislação processual civil vigente, mas que contudo, não deve atentar-se restritivamente a norma, mas que deve ser interpretada de forma ampla, sendo que o necessitado a qual o CPC refere-se não é um conceito fechado a aquelas pessoas em condições de

---

<sup>6</sup> Súmula 481 - Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais

<sup>7</sup> Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

---

total e absoluta miséria, mas que deve abarcar todos aqueles que de fato necessitam da tutela jurisdicional do Estado e possuem como barreira para tanto o custo exacerbado e a ausência de amparo técnico e jurídico para a reivindicação de seus direitos (BASTOS, 2017, p.3).

Realizada tal observação a legislação civil atual, é possível extrair algumas conclusões e construir uma linha de raciocínio em relação à atuação do poder judiciário frente às necessidades tanto de pessoas físicas, como as pessoas jurídicas. Nesse sentido, é possível verificar que, diante da amplitude do instituto, é fundamental o trabalho da doutrina e da jurisprudência para uma definição objetiva de critérios para a concessão de AJG as pessoas jurídicas, tendo em vista que o próprio ordenamento jurídico as exclui, ao afastar a simples alegação da parte e exigindo uma vasta coleta probatória para tanto.

Ora, se a Lei quer de fato exigir critérios e dificultar o acesso à justiça às pessoas jurídicas, no mínimo é conclusivo que ela própria deva fornecer os limites e os critérios de forma objetiva para enquadramento de tal pessoa, sendo inviável e insustentável uma sistemática totalmente voltada a interpretação do magistrado no caso concreto, pois sua atuação subjetiva gera diversas incertezas, traz morosidade ao processo e ainda apenas acabar por gerar maior angústia a aquela parte realmente necessitada, obstaculizando seu acesso a justiça.

### **3. ASPECTOS E CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS NO CAMPO DO INSTITUTO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA E SEUS EFEITOS PRÁTICOS.**

Saindo do campo infraconstitucional da assistência judiciária gratuita, cabe uma melhor análise doutrinária do instituto em face das pessoas jurídicas e o caminho seguido pela jurisprudência, de forma mais detalhada. Conforme lição de Humberto Pinho, a garantia constitucional da assistência judiciária gratuita na nova legislação processual civil surge com diversas delimitações para a abrangência do instituto e acaba por revogar algumas disposições anteriores trazidas por leis esparsas e unificar alguns pontos pacificados pelos tribunais, como por exemplo, a súmula 481 do STJ, conforme citado acima (PINHO, 2018. p. 361). Contudo, um ponto a ser extraído dos ensinamentos de Humberto é a taxatividade trazida em especial pelo artigo 98 do presente código, ao citar que as pessoas, tanto físicas como jurídicas, possuem direito a assistência judiciária gratuita, sendo amparada na forma da lei. Logo, para a devida efetividade do instituto, a lei deveria complementar e trazer de maneira inequívoca critérios e limites para tal concessão, contudo, esta a faz, de forma clara, apenas para a pessoa física.

Partindo para uma abordagem crítica do instituto e da possível amplitude cedida aos magistrados para a concessão ou não de tal benefício, na defesa formulada por Ellen Vieira, a qual tece críticas a tal subjetividade aponta que mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, ainda

---

permanecem extremamente atuais, no que tange a análise de critérios para a pessoa jurídica. O principal aspecto apontado por Ellen é uma aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, através da interpretação do magistrado, quando da análise do pedido e do campo probatório trazido pela parte postulante, combatendo assim, abusos e arbitrariedades do magistrado na análise de tal pedido (VIEIRA, 2011. p. 53).

De encontro a tal aspecto, Ellen ainda defende a robusta prova de tais alegações quando da postulação da AJG, isto é, a qual não gere dúvidas acerca do enquadramento ou não na condição de hipossuficiência. Contudo, diante do exposto acima, extrai-se que tal instituto, em sua aplicação, necessita não apenas de uma maior capacidade interpretativa do magistrado, mas sim de uma unificação, que limite os tipos de pessoas jurídicas e as situações que as contemple, bem como uma exposição clara de provas possíveis de averiguação para o deferimento de tal medida.

Em continuidade as críticas tecidas diante dos critérios de concessão da AJG para pessoas jurídicas, José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins expõem algumas alterações e inovações trazidas ao longo do contexto histórico de tal instituto, e aponta em especial para a recente inclusão das pessoas jurídicas em sua ampla aceção, diante da súmula 481 do STJ, não importando seus fins lucrativos ou não, desde que prove suas alegações. Ainda, conforme ensinamentos de José Eduardo aponta uma questão já discutida pelo STJ quanto ao benefício da assistência judiciária gratuita para pessoas jurídicas que ajuda a traçar algumas considerações<sup>8</sup>, sendo que a mera argumentação de falência ou insolvência por si só não basta para o enquadramento na titularidade de tal benefício (MARTINS, 2019. p.11). Nesse sentido, é possível verificar o trabalho da jurisprudência na regulamentação de omissões legais, contudo, tal decisão é apenas uma pequena parte diante da amplitude ainda existente, em especial no que tange a limitação pecuniária e de capital social da pessoa jurídica requerente.

Outro ponto abordado por tal doutrinador encontra-se no que tange a expressão utilizada pelo ordenamento jurídico ao citar a hipossuficiência da parte ao postular a Assistência Judiciária Gratuita. Conforme aponta José Carlos:

Tanto a Constituição Federal quanto o Código de Processo Civil utilizam a expressão “com insuficiência de recursos” ao invés de pobres. Parece aí haver uma distinção importante: não precisa a pessoa ser necessariamente pobre para

---

<sup>8</sup> 15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.140.206/RS. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, votação unânime, j. 27/02/2018.  
§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

---



fazer jus ao benefício, mas diante de sua situação, ainda que transitória, não ter capacidade financeira de arcar com as despesas judiciais. (MARTINS, 2019. p.12)

Nesse sentido, pode-se extrair de tal afirmação que para o enquadramento legal para obter AJG não ocorre por mera questão de status econômico, se tal pessoa é pobre ou rica comparada às demais, o que realmente deve ser levado em consideração é a ausência de condições pecuniárias suficientes para obter a tutela jurisdicional do Estado, sem, contudo afetar a sua subsistência básica. Por óbvio, tal questão vale também para as pessoas jurídicas, não é concebível que tal pessoa tenha privado seu direito a uma proteção justa de seus interesses, tendo que para isso abrir mão de uma parte substancial de seu patrimônio, ou de forma que afeta sua capacidade de produção e geração de capital. Em suma, a garantia perante tal instituto deve observar uma série de questões e de direitos fundamentais que a norteia, não havendo como simplesmente pautar-se a lei, ou deixar todo o trabalho hermenêutico ao magistrado para que atue no caso concreto da forma que entender melhor, é necessário um amparo pormenorizado da lei e da jurisprudência unificada para tal modalidade.

Reforçando as críticas já tecidas acima, é possível extrair da defesa de Thais Ferreira Ramos algumas considerações maiores acerca da aplicação de critérios objetivos de concessão da AJG no que tange as entidades jurídicas, em exame a entendimentos jurisprudenciais dos dispositivos da legislação processual civil, empresarial e constitucional. Observando a terminologia utilizada pela constituição e pelo novo código de processo civil quanto à “insuficiência de recursos” tal autora aponta este como sendo o único requisito que a lei propriamente dita trás. Contudo, tal expressão, diante do caráter de direito fundamental presente em tal instituto, deve ser interpretada da maneira mais ampla possível, sendo afastadas vedações a tal direito sem que exista critério legal para tanto (RAMOS, 2018. p.30). Em suma, tal instituto para receber o devido tratamento e interpretação para a sua concessão necessita de um grande amparo constitucional para que seja possível sanar eventual omissão legal.

#### **4. CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NA CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA ÀS PESSOAS JURÍDICAS.**

Verificado os pontos comuns e discutidos pela doutrina acerca do instituto da assistência judiciária gratuita, é de fundamental importância apontar alguns entendimentos da jurisprudência, que demonstrem na prática a problemática e a subjetividade presente na análise do caso concreto, diante da lacuna verificada na lei.

---

Em um primeiro ponto cabe citar a recente posição adotada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região (TRF4), a qual a egrégia 4ª turma demonstra um entendimento que segue a linha da legislação processual civilista, no sentido de que é, portanto ônus da requerente pessoa jurídica a demonstração de que se enquadra nos critérios adotados para obter a Assistência Judiciária Gratuita<sup>9</sup>.

Não é surpresa alguma o entendimento dos tribunais o fato de que a parte tenha tal encargo, tendo em vista seu interesse na lide, entretanto, é possível retirar de tal entendimento a conclusão de que não basta qualquer documentação juntada pela parte requerente para que de fato apresente sua hipossuficiência, tal como uma declaração de pobreza dos sócios, ou a simples juntada do contrato social da empresa, ali naquele acervo probatório é de vital importância que tais documentos ilustrem de forma cabal e inequívoca uma condição de total desamparo daquele agente, quase que em um estado de suplicio, requisitando a tutela do Estado sem necessitar abrir mão de um saldo que não possui a disposição.

Em uma análise minuciosa da aplicação de tal garantia fundamental aos agentes dotados de personalidade jurídica, destaca-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>10</sup> (TJ-RS), adotando em tal entendimento o olhar diretamente aos sócios proprietários da empresa, bem como na documentação apresentada, e que em tal caso, apesar da pessoa jurídica figurar no polo passivo da demanda, diante do baixíssimo capital social, no montante de R\$ 500,00 ao tempo da propositura do recurso, e em principal a condição dos sócios proprietários da empresa, aos quais atuavam na época como pedreiros prestadores de serviço, salta aos olhos a hipossuficiência de tal parte em arcar com custas que a demanda lhe geraria, afetando principalmente a subsistência dos sócios.

Diante do caso apresentado, conclui-se que a adoção de critérios objetivos caminha no caso concreto em conjunto com os dispositivos constitucionais no que diz respeito ao acesso amplo ao poder judiciário por aqueles que necessitam de tal tutela, seja para propositura de uma ação ou para o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa, e tal garantia fundamental de forma alguma pode ser barrada por questões burocráticas e casos omissões, não possíveis de serem enquadrados de maneira clara e inequívoca nos critérios amplos adotados pela lei.

---

<sup>9</sup> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AJG. PESSOA JURÍDICA. É ônus da pessoa jurídica comprovar cabalmente os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita. Agravo de instrumento não provido. (TRF4, AG 5052926-54.2019.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 12/03/2020)

<sup>10</sup> AGRAVO INTERNO. INDEFERIMENTO DE AJG. PESSOA JURÍDICA. RETRATAÇÃO. Analisando os documentos juntados com o agravo interno, tenho que a empresa agravante faz jus ao benefício da AJG, pois se trata de empresa de prestação de serviços de construção e seus sócios são os pedreiros. Recurso provido. (Agravo Nº 70080005630, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Julgado em 28/03/2019).

---

Nesse sentido, é de fundamental interesse e um dever do Estado de seus poderes uma maior atenção na aplicação da norma, em especial quando tal questão tem aspecto basilar direcionar a prestação jurisdicional a aqueles que necessitam de maior amparo.

Concluindo o raciocínio construído pelos entendimentos acima apontados, é válido ainda apontar decisão proferida pelo TJ-RS. Diante do caso concreto sob a ótica da figura jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade limitada (EIRELI), em tal caso, o entendimento adotado segue a linha no sentido de que, em sendo pessoa jurídica parte requerente para a concessão da AJG, é necessária prova robusta para seu enquadramento<sup>11</sup>. Novamente a problemática demonstrasse no caso concreto, na medida em que a empresa requerente consegue o deferimento de sua tutela em sede recursal, divergindo o tribunal da posição adotada pelo juiz de 1ª instância, reconhecendo a fragilidade econômica do agente.

Nos casos apresentados, de forma geral e resumida, é notório a posição dos tribunais no sentido de tentar atender da melhor forma o comando constitucional e do próprio Código de Processo Civil de 2015, adaptando da melhor forma o ordenamento jurídico ao caso concreto. Todavia, é visível que tal questão poderia ser mais bem amparada pela própria lei, e certamente pouparia o trabalho já árduo dos tribunais e dos julgadores em geral em ter que definir uma série de critérios, os quais variam do entendimento do julgador X ou Y quanto à linha tênue entre aquela pessoa considerada hipossuficiente e a capaz de arcar com a carga onerosa para ter a oportunidade de acessar as vias judiciais.

Ainda, um trabalho aprofundado da jurisprudência em uma linha geral, tecendo maiores considerações acerca do tema poderia trazer um segundo benefício ao ordenamento jurídico brasileiro, a tão visada uniformização das decisões judiciais, no que tange a tal tema, e poupar esforços tanto aos julgadores, tendo maior amparo e base para suas decisões, quanto para as partes em si, que por vezes gastam tempo e dinheiro anteriormente a propositura ou durante o curso do processo, para ter o acesso a seu direito barrado por uma questão meramente burocrática e mal regulamentada, tendo em vista o princípio basilar do amplo acesso à justiça e propriamente a aplicação da justiça gratuita aos hipossuficientes como garantia fundamental a ser efetivada pelo Estado, por meio de políticas públicas e alternativas para a efetivação da tutela jurisdicional do Estado para todos, sem distinção de qualquer natureza, adotando critérios puramente econômicos, enquadrados para o caso concreto.

---

<sup>11</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. EIRELI. O BENEFÍCIO PLEITEADO É UMA GARANTIA ATÍPICA PARA AS PESSOAS JURÍDICAS, NECESSITANDO PROVAS ROBUSTAS PARA A SUA CONCESSÃO. CASO CONCRETO EM QUE DEMONSTRADA A FRAGILIDADE ECONÔMICA DA EMPRESA A AMPARAR A SUA PRETENSÃO. BENEFÍCIO CONCEDIDO. RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento, Nº 70081542896, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em: 11-07-2019).

---

## 5. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA ÀS PESSOAS JURÍDICAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Ademais, a título de contribuição com as exposições acima, se faz necessário realizar uma pequena análise na Justiça do Trabalho, em especial, a partir da Lei 13.467/2017, a qual trouxe modificações sobre o tema no âmbito da Justiça do Trabalho.

Conforme fartamente exposto acima, o art. 98 do CPC prevê a gratuidade da justiça também para a pessoa jurídica. Todavia, verifica-se de sua análise que é necessária a comprovação pela pessoa jurídica de que sua condição financeira não lhe permite arcar com as despesas processuais, tendo em vista a aplicação subsidiária do CPC ao processo trabalhista em questões lacunosas ou omissas.

Neste cenário, na justiça do trabalho, o mesmo norte é verificado no inciso II da Súmula 463 do TST, o qual aponta que para a concessão da justiça gratuita à pessoa jurídica não basta à mera declaração de hipossuficiência econômica, sendo necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo<sup>12</sup>. A problemática encontrada em tal súmula aponta para o mesmo caminho da lacuna visualizada na legislação processual civil vigente, ou seja, tal entendimento ratifica a necessidade cabal de documentação que comprove a “hipossuficiência econômica” do agente. Contudo carece o entendimento do tribunal superior de uma apontamento objetivo da documentação elencada, bem como de limitação de grupos de pessoas jurídicas abarcadas por tal instituto.

Conforme dito, a lei 13.467/2017 realizou algumas alterações no processo do trabalho, sobre o tema, o recente § 4º do artigo 790-A da CLT, trazido pela Lei, extinguiu qualquer discussão em relação ao tema em tela, uma vez que apontou no referido dispositivo que: “*O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo*”.

---

<sup>12</sup> ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-I, com alterações decorrentes do CPC de 2015)

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II – No caso de pessoa jurídica, não basta à mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

---

Portanto, observa-se que as partes no processo do trabalho, empregado e empregador ou Reclamante e Reclamada, poderão requerer a gratuidade de justiça no âmbito do processo do trabalho. Todavia, a mesma controvérsia que se verifica no processo civil é verificada no processo do trabalho, isto é, a lacuna verificada nos dispositivos invocados para fins de concessão da gratuidade de justiça, uma vez que o dispositivo aponta na sua redação que a gratuidade será concedida à parte que comprovar sua insuficiência de recursos para a quitação das custas processuais.

Logo, observa-se que, semelhante ao processo comum, no processo do trabalho, caberá ao empregador, Reclamada, na Justiça do Trabalho, provar que não possui condições de financeiras de demanda em juízo, fazendo prova de suas alegações, a partir de farta documentação probatória, em especial, incapacidade financeira através de documentos e balanços econômicos da empresa. Sendo essencial uma análise pormenorizada dos lucros e das perdas da parte requerente de tal benefício.

## **6. CONCLUSÃO**

Diante do teor do conteúdo apresentado, observa-se que a Assistência Judiciária Gratuita, reconhecida como garantia fundamental baseada no princípio do amplo acesso ao poder judiciário, apesar da existência de regulamentação prevista no CPC, tal questão no que tange as pessoas jurídicas fica abandonada diante da grande lacuna deixada pela lei no caso em tela, apenas reconhecendo a existência do direito para tal gama de pessoas, mas não impondo restrições próprias, de acordo com a situação fática, o que pode levar a uma série de equívocos e arbitrariedades, além de não direcionar de maneira ponderada tal instituto a aqueles que realmente necessitam.

Observa-se em tal questão um árduo trabalho da doutrina e da jurisprudência em sedimentar alguns entendimentos acerca do tema, como a aplicação da súmula 481 do STJ e súmula 463 do TST citada acima. Contudo, tal temática ainda cai no subjetivismo de cada magistrado em seus respectivos tribunais, aos quais arbitram critérios, de acordo com seu entendimento sobre cada categoria e seu enquadramento no conceito de “hipossuficiência econômica” de acordo com o tipo de pessoa jurídica. Diante do exposto, verifica-se inviável tal lacuna, de maneira que o próprio magistrado sequer possui um norte para a interpretação e um termo que limite de fato entre aquela pessoa considerada hipossuficiente ou que esteja apta para o pagamento de custas de uma ação judicial e da devida assistência jurídica, em todas as fases do processo, inclusive no que tange a custas recursais e pagamento de honorários advocatícios.

---

Cabe lembrar ainda, que a abrangência de pessoas jurídicas com ou sem fins econômicos existente no Brasil deve ser analisada de acordo com o caso concreto, sendo de fundamental necessidade uma atenção do legislador aos microempreendedores individuais (MEI'S), diante da clara confusão patrimonial existente, visando evitar grave ataque à subsistência do proprietário Pessoa Física (PF) e de seus dependentes, e também a adoção de critérios apropriados para as empresas de pequeno e médio porte, no que tange a aplicação do benefício da assistência judiciária gratuita ou até mesmo na possibilidade da concessão de redução de valores, tendo em vista o capital social da requerente, conforme preceitua o artigo 98. §5 do CPC<sup>13</sup>.

Portanto, para uma análise real e justa acerca do tema, verifica-se a absoluta necessidade de um maior amparo dos tribunais superiores e em especial da lei para a regulamentação do tema, tendo em vista a clara subjetividade apresentada, visando à unificação de critérios norteadores e que abarque as mais distintas categorias empresariais existentes no direito brasileiro, observando as peculiaridades de cada tipo de pessoa jurídica, e ainda, norteando o trabalho do magistrado na análise dos critérios, no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALVARES, Anselmo Pietro. **Uma moderna Concepção da Assistência Judiciária Gratuita**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2053.pdf#page=15>. Acesso em 27 abr. 2020.

BASTOS, Cristiano de Melo. **A justiça gratuita no novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais: RT VOL.965 (MARÇO 2016). Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.965.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.965.04.PDF). Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. CLT. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, maio. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

---

<sup>13</sup> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.  
§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

---

BRASIL. Decreto Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento, Nº 70081542896, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em: 11-07-2019. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/>>. Acesso em: 28 de abril 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo Nº 70080005630, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Julgado em 28/03/2019. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). TRF4, AG 5052926-54.2019.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 12/03/2020. Disponível em: < <https://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.140.206/RS. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, votação unânime, j. 27/02/2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

DONIZZETI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado** – 2. ed. rev. atual. e ampl. – Elpídio Donizetti. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 1.949.

LENZA, Pedro **Direito constitucional esquematizado**/Pedro Lenza. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.884.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**/Flávio Martins Alves Nunes Júnior. 3. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 1.226.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **A Gratuidade de Justiça no Novo Código de Processo Civil**. Revista Juris Poiesis - Rio de Janeiro. Vol.22-nº30, 2019, pg.203-229. ISSN 2448-0517. Rio de Janeiro, 18 dez. 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado** / Misael Montenegro Filho. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 124.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo** / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, Thais Ferreira. **A concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial no âmbito do TJDF**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018, p.30.

---

VIEIRA, Ellen. **Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na apreciação do pedido de assistência judiciária gratuita: uma abordagem jurídico crítica.** 2011. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Itajaí, 2011, p. 53.

---



## **CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA**

Edson da Graça Francisco Macuácu<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objecto de estudo, o controlo da constitucionalidade do Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana. O objectivo do artigo é aferir se é possível submeter as normas do Direito Internacional ao controlo da sua constitucionalidade na ordem jurídica Moçambicana. A Constituição da República, não consagra literalmente uma previsão para o controlo da constitucionalidade das normas do direito internacional. Será que o facto de a Constituição não prever expressamente o controlo de Constitucionalidade das normas do direito internacional, ficam isentas do controlo da constitucionalidade?

Para aferirmos a possibilidade do controlo da constitucionalidade das normas do direito internacional na ordem jurídica moçambicana, abordamos o processo e forma de recepção das normas do Direito Internacional na Ordem Jurídica moçambicana, o princípio da constitucionalidade e a posição hierárquica das normas do Direito Internacional na ordem jurídica interna e a problemática do controlo da constitucionalidade das normas do direito internacional e por fim chegamos a conclusão de que as normas do direito acolhido na ordem jurídica moçambicana, podem e devem ser objecto de controlo da sua constitucionalidade.

Palavras-Chaves: Controlo, Fiscalização, Direito Internacional, Constitucionalidade, Inconstitucionalidade e Constituição.

**ABSTRACT:** The present article aims at studying the International Law Constitutionality management in the Mozambican Legal Order. It is meant to evaluate the possibility of submitting the International Law norms to the Constitutionality management in the Mozambican Legal Order. The Constitution of the Republic, does not literally enshrine a preview for the Constitutionality management of International Law Norms takeover. Would be that, the fact that the Constitution, not expressively previewing the Constitutionality management of the International Law Norms, exempt them from Constitutionality management?

For the assessment of the possibility of Constitutionality management of International Law Norms in the Mozambican Legal Order, we discuss, the reception process and mode of International Law Norms in the Mozambican Law Order, the Constitutionality principle and the hierarchical position of the International Law Norms in the Mozambican Legal Order and the

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito, Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano

---

problem of Constitutionality management of International Law Norms and at last we come to the conclusion that the International Law Norms embraced in the Mozambican Legal Order, might and must be subject to management of their Constitutionality.

Key-words: Management, Reviewing, International Law, Constitutionality, Unconstitutionality, Constitution.

## **1. PROCESSO E FORMA DE RECEPÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA**

Regra geral, o Direito Internacional não regulamenta as modalidades segundo as quais as suas normas incorporam-se no direito interno do Estado<sup>2</sup>. Isto significa que as regras de aplicação do Direito Internacional na Ordem jurídica interna são da competência discricionária do Estado<sup>3</sup>.

De acordo com o plasmado no n.º 1 do artigo 18.º da Constituição da República de Moçambique (CRM), os tratados e acordos internacionais validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique.

As normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanadas da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República de Moçambique.

Nos termos do estabelecido na alínea g) do n.º 1 do artigo 204.º da CRM, compete ao Conselho de Ministros, preparar a celebração de tratados internacionais e celebrar, ratificar, aderir a denunciar acordos internacionais, em matérias da sua competência governativa.

A alínea t) do n.º 2 do artigo 178.º da CRM, estatui que é da competência da Assembleia da República, ratificar e denunciar os tratados internacionais.

---

<sup>2</sup> CISTAC Gilles, "A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique," in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume 4, 2004, P. 15.

<sup>3</sup> Idem

---

A Constituição da República não especifica qual é o valor concreto e nem especifica qual deve ser a forma concreta de recepção das normas do direito internacional na ordem jurídica interna, deixando defender da respectiva forma de recepção. De um lado por um costume parlamentar, a ratificação pela Assembleia da República das normas do direito constitucional é feita através de uma Resolução. A resolução é um acto normativo, mas não é um acto legislativo, conforme resulta do disposto nos artigos 142.<sup>o4</sup> (Actos normativos) e 181.<sup>o5</sup>, (Forma dos actos de AR) ambos da Constituição da República de Moçambique.

Do outro lado, o Conselho de Ministros, celebra, ratifica e adere a acordos internacionais, assumindo a acto a forma de uma resolução. Entretanto as resoluções do Conselho de Ministros, diferentemente das da Assembleia da República, não são actos normativos, pois de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 209.º da CRM, os actos normativos do Conselho de Ministros revestem a forma de decreto-lei e de decreto, e o n.º 4 da mesma disposição, refere que os demais actos do Governo tomam a forma de resolução, o que lhes confere uma natureza jurídica diferente, sendo neste caso um acto político-administrativo, nos termos da interpretação literal do supra exposto.

O Legislador constituinte não criou procedimentos internos específicos para a incorporação das "normas de direito internacional" na ordem jurídica moçambicana.<sup>6</sup> Pelo contrário, ao expressamente referir que produzem efeitos "consoante a sua respectiva forma de recepção", o resultado pretendido foi que o costume internacional incorpore as fontes do direito da República de Moçambique enquanto tal, da mesma forma que as resoluções das organizações internacionais de que é parte produzam efeitos em conformidade com o que estiver estabelecido no respectivo tratado constitutivo.<sup>7</sup> É, em conformidade, uma fórmula particularmente adequada ao dinamismo

---

<sup>4</sup>De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 142 da CRM, são actos legislativos as leis e os decretos-leis. O número estabeleceu que os actos da Assembleia da República revestem a forma de leis, noções e resoluções. O n.º 3 define que os decretos-leis são actos legislativos, aprovados pelo Conselho de Ministros, mediante autorização da Assembleia da República. O n.º 4 fixa que os actos regulamentares do Governo revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos e o n.º 5 determina que os actos do Governador do Banco de Moçambique, no exercício das suas competências, revestem a forma de aviso.

<sup>5</sup>De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 142.º da CRM, são actos legislativos as leis e os decretos-leis. O número estabeleceu que os actos da Assembleia da República revestem a forma de leis, noções e resoluções. O n.º 3 define que os decretos-leis são actos legislativos, aprovados pelo Conselho de Ministros, mediante autorização da Assembleia da República. O n.º 4 fixa que os actos regulamentares do Governo revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos e o n.º 5 determina que os actos do Governador do Banco de Moçambique, no exercício das suas competências, revestem a forma de aviso.

<sup>6</sup>Fernando Loureiro Bastos, o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007, P. 20, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www. Fd. Ulisboa. PT](http://www.Fd.Ulisboa.PT), consultado no dia 12 de julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

<sup>7</sup>Fernando Loureiro Bastos, o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007, P., Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www. Fd. Ulisboa. PT](http://www.Fd.Ulisboa.PT), consultado no dia 12 de julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

---

do Direito Internacional, na medida em que respeita as particularidades da produção jus internacional e não impossibilita a assunção de compromissos internacionais com uma vinculatividade diversa da tradicionalmente atribuída aos tratados e aos acordos internacionais.<sup>8</sup>

Portanto, as normas de direito internacionais recebidas nos termos do artigo 18.º da Constituição da República de Moçambique são integradas *qua tele* no ordenamento jurídico moçambicano e ocupam uma posição hierárquica infraconstitucional e paralelas à dos actos normativos da Assembleia da República e do Governo.<sup>9</sup>

## **2. O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE E A POSIÇÃO HIERÁRQUICA DAS NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA INTERNA**

A questão da posição hierárquica das normas do Direito Internacional é controvertida, alimentando acesos debates doutrinários. De acordo com Jorge Miranda, o que deva entender-se por hierarquia constitui dificuldade grave. Se a doutrina dominante admite, pelo menos, a necessidade de hierarquizar os actos normativos, muito continua a discutir-se acerca do correcto significado que possui.<sup>10</sup> A Escola de Viena realça o conceito, aludido, como se sabe, a sua estrutura escalonada da Ordem Jurídica ligada à criação do Direito por graus. Outras correntes consideram o insuficiente para explicar a dinâmica jurídica e fazem apelo também a outros conceitos.<sup>11</sup>

Como quer que seja, não é preciso entronizar as Teses da Teoria Pura para reconhecer que as fontes e as normas se distribuem por níveis bastante diversos.<sup>12</sup> Apesar de só no século XX disso se ter tomado perfeita consciência, a supremacia da Constituição decorre da sua função no ordenamento e os actos que lhe ficam imediatamente subordinados não podem deixar de ter força superior aos que por ela não são regulados.<sup>13</sup> Tal como as normas sobre produção jurídica hão-de prevalecer sobre as normas de produção jurídica ou os actos normativos sobre os actos concretos (e individuais) que regem, as leis sobre os regulamentos e os actos jurisdição, ou os actos de função político sobre os actos da função administrativo, etc. e, aceite o primado do Direito Internacionais (V.g. tratados) têm preferência sobre os actos de Direito Interno (V.g. leis).<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Idem

<sup>9</sup> Coutinho, Francisco Pereira, o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), o Direito Internacional Publico nos Direitos de Língua Portuguesa, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 241.

<sup>10</sup> Jorge Miranda, Fiscalização da Constitucionalidade, 2017, P. 32

<sup>11</sup> Idem

<sup>12</sup> Idem, P. 33

<sup>13</sup> Idem

<sup>14</sup> Idem

---

Em direito interno, a hierarquia das normas estabelecida pela Constituição que estabelece a hierarquia das suas próprias fontes de direito e não a ordem jurídica internacional.<sup>15</sup> Isto não quer dizer que não há relações entre as duas ordens jurídicas.<sup>16</sup>

E neste caso, podemos indagar, no caso Moçambicano, haverá o primado do direito internacional? Qual é a posição hierárquica do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico Moçambicano?

A Constituição da República de Moçambique de 2004 enfrenta o problema do posicionamento hierárquico do Direito Internacional na ordem jurídica interna em termos particularmente impressionantes.<sup>17</sup> Na verdade, de uma forma muito pouco comum no direito constitucional comparado, o n.º 2 do artigo 18.º prevê que as “normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo”.<sup>18</sup>

Em face do disposto no n.º 4 do artigo 2.º da CRM e no n.º 2 do artigo 18.º da CRM, é curial compreender dois aspectos:

- ¾ Primeiro, ao estabelecer no n.º 4 do artigo 2.º que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico, pretende-se que as normas de direito internacional tenham uma posição hierárquica infraconstitucional?
  
- ¾ Segundo, ao se estabelecer no n.º 2 do artigo 18.º da CRM, que as normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção, qual é o alcance do conceito "normas de direito internacional?" As normas de direito internacional público comum ou geral estão abrangidas, no âmbito de "normas de direito internacionais" referidas no n.º 2 do artigo 18.º, ou são apenas as normas do direito internacional público particular?

---

<sup>15</sup>Idem

<sup>16</sup>Idem, P. 48

<sup>17</sup>Fernando Loureiro Bastos, o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007, P. 26, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www. Fd. Ulisboa. PT](http://www.Fd.Ulisboa.PT), consultado no dia 12 de julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

<sup>18</sup>Idem

---

Em nosso entender estão abrangidas todas as normas de Direito Internacional, pois as normas de direito internacional, uma vez recebidas e em vigor na ordem jurídica moçambicana, são integradas como parte do ordenamento jurídico e por isso também normas do ordenamento jurídico. Ademais ao adoptar a expressão "todas as restantes normas de ordenamento jurídico, o legislador constituinte não faz uma discriminação e normas, quis sim incluir todas as normas em vigor no ordenamento jurídico moçambicano."

De acordo com Justino Felisberto Justino, considerando que a ordem jurídica moçambicana é constituída por normas estaduais, emanadas pelos competentes órgãos do Estado Moçambicano, e que as normas do DIP são emanadas de órgãos ou de entidades distintas daqueles que produzem normas jurídicas no ordenamento interno, atendendo que as normas do DIP vigoram em mais de um ordenamento jurídico estadual, conclui-se que a expressão contida no n.º 4 do artigo 2.º da CRM não inclui as normas do DIP.<sup>19</sup>

Esta conclusão, segundo Justino Felisberto Justino, é reforçada pelo artigo 18.º, n.º 1 da CRM que, estabelece que "os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial enquanto vincularem internacionalmente o Estado moçambicano."<sup>20</sup> Este preceito, ao estatuir que "os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem moçambicana", dele se infere que os tratados e acordos internacionais apenas vigoram na ordem interna, entretanto, não pertencem á esta ordem; aliás, a condição para a sua vigência em Moçambique, não é a sua produção pelo Estado Moçambicano, mas, sim, a sua aprovação, ratificação e publicação oficial.<sup>21</sup>

O mesmo preceito ao referir que "enquanto vincularem internacionalmente o Estado Moçambicano", permite deduzir que os tratados e acordos internacionais são efectivamente produzidos pelo ordenamento internacional, pela Comunidade Internacional.<sup>22</sup>

Ademais, a interpretação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais em harmonia com a DU e com a CADHP (cf. artigo 43 da CRM), exprime um reconhecimento constitucional de que apesar da DU e da CADHP vigorarem em Moçambique, não pertencem á ordem jurídica moçambicana, pois até, a própria ordem interna deverá, no atinente aos direitos fundamentais, ser interpretada em conformidade com aqueles instrumentos do DIP.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Justino Felisberto Justino, *o Regime Jurídico do acesso de cidadãos à Justiça Constitucional Moçambicano*, 2018, P. 197.

<sup>20</sup> Idem

<sup>21</sup> Idem

<sup>22</sup> Idem

<sup>23</sup> Idem

---

Mais ainda, ao estabelecer, o n.º 2 do artigo 17.º da CRM, que “a República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta das Nações Unidas e da Carta da União Africana”, significa que a ordem jurídica interna se vincula aos princípios constantes daqueles instrumentos do DIP.

Por tudo isto, Justino Felisberto Justino considera que, a expressão ordenamento jurídico constante do n.º 4 do artigo 2.º da CRM, não abrange as normas do DIP, por isso, a discussão em volta do valor das normas do DIP no ordenamento jurídico moçambicano, não terá como ponto de referência o n.º 4 do artigo 2.º da CRM, justificando-se por conseguinte, a identificação da posição ou do valor das normas do DIP na ordem jurídica interna.<sup>24</sup>

O texto constitucional não prevê nenhuma discriminação entre as normas, pelo contrario, utiliza os termos “todas as restantes normas” segundo o principio geral de interpretação *Ubi lex non distinguit, nec non distingue rede bemus*, pode deduzir-se que são todas as outras normas do ordenamento jurídico que são abrangidas, isto é, as normas de uma natureza convencional – as convenções internacionais fazem parte integrante da ordem jurídica nacional, mas com actos de carácter internacional e “contratual” –, que qualquer que seja o tipo de convenções.<sup>25</sup> Se o constituinte moçambicano teve a intenção de instituir um regime derogatório por algumas convenções internacionais parece seguro que ele podia fazer e instituí-lo; mas ele não o fez porque ele queria consagrar a Constituição como Lei Fundamental.<sup>26</sup>

A Constituição da República representa, pois, a fonte mais elevada na hierarquia das fontes do ordenamento jurídico interno, porque é a Lei Fundamental que estabelece a competência de todas as autoridades públicas e porque, também, é a Constituição que consagra os princípios fundamentais da ordem jurídica que devem governar toda a dinâmica da produção do direito em geral no ordenamento jurídico interno.<sup>27</sup> O n.º 4 do artigo 2.º da Constituição da República institui formalmente esta primazia.<sup>28</sup>

Portanto entendemos que as normas do direito internacional assumem uma posição infraconstitucional das normas de direito na ordem jurídica moçambicana com fundamento em dois comandos constitucionais designadamente:

---

<sup>24</sup> Idem

<sup>25</sup> Idem

<sup>26</sup> Idem

<sup>27</sup> CISTAC Gilles, "A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique," in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume 4, 2004, P.

<sup>28</sup> Idem

---

- ¾ Primeiro, o n.º 2 do artigo 18.º da CRM que dispõe que as normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanadas da Assembleia da república e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção;
- ¾ Segundo, o n.º 4 do artigo 2.º que estabelece que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico.

A sujeição de todas as normas às normas constitucionais permite manter a coerência mínima de um sistema jurídico fazendo prevalecer um conjunto de regras e princípios que um Estado soberano entende fazer respeitar como representativos dos seus interesses vitais, as suas tradições nacionais, as mais profundas sobre o plano moral, ético, filosófico, jurídico e económico, isto é, o seu pacto social.<sup>29</sup>

Uma outra razão de oportunidade, esta ligada ao próprio processo de produção do Direito Internacional clássico. Existe uma certa contestação dos Estados africanos em relação a um Direito Internacional clássico que foi elaborado fora deles e que ficou, durante muito tempo, simbólico da sua servidão.<sup>30</sup> Isto exprimiu-se por uma recusa de reconhecer o Direito Internacional na sua globalidade.<sup>31</sup> A Constituição pode permitir, neste sentido, construir uma aproximação selectiva e discriminatório das normas internacionais.<sup>32</sup>

### **3. FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL**

#### **3.1 Fiscalização Sucessiva Concreta Da Constitucionalidade Das Normas Do Direito Internacional**

De acordo com o disposto no artigo 213.º da Constituição da República, "nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou principais que ofendam a Constituição." Poderão os tribunais, à luz do supra exposto (no artigo 213.º da CRM), recusar a aplicação de

---

<sup>29</sup> CISTAC Gilles, "A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique," in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume 6, 2004, P. 50.

<sup>30</sup> CISTAC, Gilles "Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2004, volume VI, P.51

<sup>31</sup> ASLLA, Le droit international dans les nouvelles constitutions africaines, RJPIC, n.º 3, 199, P. 341, Citado por CISTAC Gilles, "A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique," in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume 4, 2004, P. 51.

<sup>32</sup> Vide, por exemplo, Artigo 145.º da Constituição da Namíbia de 1990, Citado por CISTAC, Gilles, "A Questão do Direito Internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique," Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume 4, 2004, P. 51

---



normas do direito internacional com fundamento na sua inconstitucionalidade? Estarão as normas de direito internacional abrangida no conceito de leis ou princípios que ofendam a Constituição? Serão as normas do direito internacional passíveis de fiscalização concreta da Constitucionalidade?

A Constituição da República não prevê literalmente a possibilidade de submissão das normas de direito internacional à fiscalização concreta da Constitucionalidade.

Será que o facto de a Constituição da República de Moçambique, não conter textualmente uma disposição atinente a previsão da fiscalização concreta da constitucionalidade das normas de direito internacional, significara a inadmissibilidade de fiscalização concreta das normas de direito internacional?

Não perfilhamos, a este respeito, da posição defendida por Fernando Loureiro Bastos, segundo o qual não é possível a fiscalização da constitucionalidade das normas de direito internacional, por falta de previsão constitucional. Com efeito, Fernando Loureiro Batos refere que, "a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 213.º (Inconstitucionalidade) determina que «nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição, sem que seja feita qualquer referência a "normas internacionais" ou a fontes de Direito Internacional. No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 244 (solicitação de apreciação da inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da "inconstitucionalidade das leis" e da ilegalidade dos demais actos normativos."<sup>33</sup>

Concordamos com a posição de Francisco Pereira Coutinho, segundo a qual, " não parece, admissível retirar de um argumento a contrário senso uma habilitação geral para os tribunais violarem a Constituição sempre que aplicarem o direito internacional, uma vez que isso violaria o princípio da Constitucionalidade."<sup>34</sup> Acresce que tudo leva a crer que, neste preceito da Constituição e também noutros (V.g. o art. 244.º, n.º 1), o legislador constituinte utilizou o vocábulo "leis" com o sentido material amplo de " normas".<sup>35</sup> Uma interpretação restritiva que

---

<sup>33</sup>Idem

<sup>34</sup>Fernando Loureiro Bastos, o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007, P. 28, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www. Fd. Ulisboa. PT](http://www.Fd.Ulisboa.PT), consultado no dia 12 de julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

<sup>35</sup>Idem

---

circunscrevesse o alcance da disposição as "leis em sentido formal" da Assembleia da República seria contrária ao ratio desta disposição que consiste em impedir a aplicação de normas inconstitucionais nos efeitos submetidos a julgamentos.<sup>36</sup>

Neste prisma sufragamos a tese assumida por Francisco Pereira Coutinho, de que o artigo 2.º, n.º 4 da Constituição da República de Moçambique, atribui inequivocamente aos tribunais a competência para afastar normas internacionais que considerem inconstitucionais, cabendo ao Conselho Constitucional a última palavra, pois devem-lhe ser obrigatoriamente remetidas as decisões judiciais que recusem "a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade" (art 246.º, n.º 1, al. a), da CRM).<sup>37</sup>

A CRM habilita cada juiz a tomar sozinho decisões tão delicadas como a de desaplicação da lei que repute inconstitucional nos casos concretos chamados a resolver (art. 213.º da CRM).<sup>38</sup> Reconhece-lhes também a função "de garantir o respeito pelas leis"(art. 212.º, n.º 1, da CRM) e penalizar "as violações da legalidade" (art. 212.º, n.º 2, da CRM). O bloco da legalidade a que se refere a Constituição deve ser interpretado em sentido amplo, de modo a incluir o direito internacional que tenha sido incorporado na ordem jurídica interna nos termos do art. 18.º da CRM.<sup>39</sup>

A aplicação do direito internacional pelos juízes moçambicanos é controlada pelo Conselho Constitucional. A CRM prevê um sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade e legalidade do direito internacional, nos termos do qual devem ser remetidas obrigatoriamente para o Conselho Constitucional: i) as decisões judiciais que afastem a aplicação de normas de direito internacional com base na sua inconstitucionalidade (art. 247.º, n.º 1, al. a), da CRM); ii) as decisões judiciais insusceptíveis de recurso que recusem a aplicação de normas de direito internacional com fundamento na sua ilegalidade (art. 247.º, n.º 1, al. b), da CRM).<sup>40</sup>

No caso em exame, constante do artigo 213.º (Inconstitucionalidade), que dita a obrigação de os juízes nos feitos submetidos a julgamento não aplicarem leis ou princípios que ofendam a Constituição, trata-se, de lei no sentido de norma jurídica, independentemente da fonte normativa, pois não se compreenderia que somente as leis em sentido de lei da AR, isto é acto normativo editado pelo Parlamento de acordo com o procedimento constitucionalmente prescrito, estivessem sujeitas à conformação com a Constituição da República.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup>Idem

<sup>37</sup>Idem

<sup>38</sup>Idem

<sup>39</sup>Idem

<sup>40</sup>Idem

<sup>41</sup>Idem

---

### 3.2 Fiscalização Sucessiva e abstracta da Constitucionalidade das normas do direito internacional

Em sede da admissibilidade da fiscalização sucessiva e abstracta das normas de direito internacional recebidas na ordem jurídica interna, procuramos saber se o Conselho Constitucional pode efectuar a fiscalização geral sucessiva e abstracta da constitucionalidade das normas do direito internacional acolhidas no ordenamento jurídico nacional?

De acordo com Francisco Pereira Coutinho, a supremacia das normas constitucionais permanecerá meramente teórica se não existirem mecanismos efectivos de fiscalização da constitucionalidade do direito internacional.<sup>42</sup> Ora, em Moçambique, de acordo com Francisco Pereira Coutinho, a fiscalização abstracta da constitucionalidade circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional ao controlo da constitucionalidade de normas de direito interno:<sup>43</sup> i) a fiscalização preventiva versa somente sobre leis da Assembleia da República que tenham sido enviados ao Presidente da República para promulgação (art. 162.º, n.º 1 e art. 245.º, n.º 1 da CRM; ii) a fiscalização sucessiva apenas "pode ter por objecto quaisquer normas vigentes na ordem jurídica interna, desde que emanadas de órgãos do Estado."

Duas questões urge suscitar face ao entendimento supra: primeiro será que o Conselho Constitucional só pode apenas fiscalizar a constitucionalidade de normas de direito interno? Segundo, será que o Conselho Constitucional só pode fiscalizar a constitucionalidade de normas emanadas por órgãos do Estado, ficando de fora as emanadas por órgãos intraestaduais e supraestaduais?

Num outro diapasão, Fernando Loureiro Bastos, alude à inadmissibilidade da fiscalização da constitucionalidade em decorrência da inexistência de controlo da constitucionalidade e de legalidade do Direito Internacional, apresentado a sua posição nos termos seguintes:<sup>44</sup> "a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 213.º (inconstitucionalidade) determina que «nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendem a Constituição, sem que seja feita qualquer referencia a “normas internacionais ou a fontes de Direito Internacional. No que é

---

<sup>42</sup>Idem

<sup>43</sup>Coutinho, Francisco Pereira, o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), o Direito Internacional Publico nos Direitos de Língua Portuguesa, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 236.

<sup>44</sup>Idem

---

seguido, em termos consoantes, pelo artigo 244.º (solicitação de apreciação de inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da «e da ilegalidade dos demais actos normativos... A posição assumida em relação à fiscalização sucessiva abstracta é mantida na verificação preventiva da constitucionalidade.<sup>45</sup>

Chegados aqui, ressalta as seguintes questões: Será que as normas de direito internacional não podem ser objecto de fiscalização sucessiva abstracta?

Será que o facto de não estar previsto literalmente a referencia às normas de direito internacional, ficam fora da orbita das normas passíveis de fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade? Este entendimento não resultará de uma interpretação meramente literal?

A propósito das matérias passíveis de fiscalização da Constitucionalidade, Jorge Bacelar Gouveia chama a atenção para o risco que uma interpretação meramente literal pode acarretar na resposta à questão da possibilidade do controlo da constitucionalidade das normas do direito internacional:

"É verdade que por vezes o leitor se depara com formulações mais restritivas:<sup>46</sup>

¾ "...os tribunais não podem aplicar leis ou princípios": mas os tribunais poderiam aplicar regulamentos ou convenções internacionais inconstitucionais?

¾ "...apreciar e declarar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado": mas estaria o Conselho Constitucional impedido de declarar a inconstitucionalidade de outros actos Jurídico públicos ou de quaisquer outras fontes de Direito – como os costumes que fossem inconstitucionais?

A resposta é obviamente negativa e estas são meras flutuações literárias e terminológicas que não obliteram a globalidade da força do princípio da constitucionalidade, do qual se retira a invalidação dos actos inconstitucionais e que, pelo contrário, deveriam ser conformes à Constituição.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup>Fernando Loureiro Bastos, o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007, P. 28, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www. Fd. Ulisboa. PT](http://www.Fd.Ulisboa.PT), consultado no dia 12 de julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

<sup>46</sup>Idem

<sup>47</sup>Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional de Moçambique, 2015 P. 543.

---

O n.º 1 do artigo 278.º da Constituição Portuguesa dispõe expressamente que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

A Constituição Moçambicana é literalmente silenciosa quanto a admissibilidade de fiscalização da Constitucionalidade das normas de direito internacional.

Para a abordagem da questão é fundamental aferir quais são as matérias passíveis de fiscalização da constitucionalidade nos termos fixados pela Constituição da República?

Embora o CC na prática mais se aproxime do modelo europeu<sup>48</sup> de fiscalização concreta, o seu controlo é apenas de normas e assenta nas mais das vezes em ponderações e harmonizações, o que é particularmente verdade quando estão em causa restrições a direitos fundamentais e estão envolvidos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.

Os actos normativos da alçada de fiscalização do CC, nos termos do n.º 1 do artigo 243.º, do artigo 246.º, ambos da CRM, e artigo 60.º e seguintes, da Lei n.º 6/2006 de 2 de Agosto,<sup>49</sup> LOCC, são todos os actos normativos estabelecidos no artigo 142.º da Constituição, isto é, os actos da Administração Pública, concretamente, além dos actos legislativos, os demais actos da Assembleia da República, nomeadamente moções e resoluções, os actos regulamentares do Governo, que revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos e os actos do Governador do Banco de Moçambique, que revestem a forma de aviso. Neste conjunto de actos, integra-se também o decreto presidencial, forma que assumem os actos normativos do Presidente da República, conforme o artigo 157.º da CRM.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Idem

<sup>49</sup> Em Novais, Jorge Reis, *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade — Avaliação Crítica*, cit., p. 48, ensina-se: «Enquanto o chamado modelo europeu de fiscalização os Tribunais Constitucionais tanto apreciam inconstitucionalidade de normas como de outros actos pretensamente violadores de direitos fundamentais e enquanto também no chamado modelo americano de fiscalização, os Supremos Tribunais dispõem de análogas possibilidade, o sistema português de fiscalização distingue-se, em primeiro lugar e sobretudo, por este facto: o objecto de fiscalização exercida pelo Tribunal Constitucional são sempre e só normas, nada mais.» , Citado por Lúcia Ribeiro, *Fiscalização concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicana*, 2019, P. 210 e 211.

<sup>50</sup> Boletim da República n.º 31, I Série, de 2 de Agosto, Citado por Lúcia Ribeiro, *Fiscalização concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicana*, 2019 P. 212.

---

Do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 243.º (Competências) parece delimitar-se a competência do CC apenas à fiscalização da constitucionalidade das leis, enquanto os demais actos normativos estão sujeitos à fiscalização da legalidade. Porém, o artigo 246 da CRM estabelece a obrigatoriedade da remessa ao CC dos acórdãos e outras decisões com fundamento em inconstitucionalidade quando se recuse a aplicação de «qualquer norma».<sup>51</sup> O artigo 55.º da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, LOCC, determina, ao regular o poder de cognição do CC, que «este Órgão só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamento em violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada».<sup>52</sup>

A conjugação dos preceitos acima indicados suscita-nos imediatamente as seguintes questões:<sup>53</sup>

- a) Sendo que a fiscalização da constitucionalidade se limita às «leis» (artigo 243.º), qual o alcance do estabelecido relativamente a «qualquer norma» (n.º 1 do artigo 246.º), ambos da CRM?
- b) Por outro lado, ao deferir a questão de constitucionalidade para o CC, o tribunal *a quo* observando o preceituado no artigo 246.º da CRM, onde se faz alusão à «recusa de aplicação de «qualquer norma» com fundamento na inconstitucionalidade, poderá fazê-lo, questionando a constitucionalidade de outros actos normativos, além dos estabelecidos no artigo 142.º da CRM, ou seja, as possíveis normas poderão abarcar também normas emanadas por outros órgãos que não só os órgãos da Administração Central do Estado?
- c) Qual o sentido de lei estabelecido no artigo 213.º da CRM? Terá sido intenção do legislador constituinte sujeitar a fiscalização concreta a «quaisquer normas» na ordem jurídica, seja qual for a sua natureza jurídica?
- d) Será líquido que somente as normas de conteúdo geral e abstracto podem ser objecto de fiscalização da constitucionalidade?

A norma sujeita à fiscalização pelo CC «aparece sob a veste de um texto, de um preceito ou disposição (artigo, base, número, parágrafo, alínea) e é a partir dessa forma verbal que ela há-de

---

<sup>51</sup> Lúcia Ribeiro, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano*, 2019, P 212.

<sup>52</sup> Idem

<sup>53</sup> Idem

---

ser encontrada, através de métodos hermenêuticos.»<sup>54</sup> Contudo, o objecto de fiscalização de constitucionalidade são as normas jurídicas e não os preceitos normativos que as contêm.<sup>55</sup> Trata-se de dois conceitos que não coincidem. Uma norma sujeita à fiscalização de constitucionalidade pode resultar da conjugação de vários preceitos ou reportar-se apenas a parte de um preceito ou mesmo a um segmento ideal e um mesmo preceito pode conter várias normas.<sup>56</sup>

Embora nos pareça ser uma «contrariedade», o estabelecimento de «lei», por um lado, e de «quaisquer normas», por outro, entendemos que essa foi inequivocamente a vontade do legislador ao abarcar a vastidão de diplomas legais de que o juiz se socorre para dirimir os litígios em julgamento, que não são apenas leis.<sup>57</sup>

Este quadro legal é consentâneo com o plasmado no n.º 4 do artigo 2.º (Soberania e legalidade) segundo o qual: «As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes do ordenamento jurídico». Portanto, são inadmissíveis actos normativos na ordem interna contrários à Constituição. Todas as normas contrárias à Constituição são inválidas e não podem ser aplicadas pelos tribunais e pela Administração Pública.<sup>58</sup>

Esta amplitude dos actos normativos sindicáveis, «Quaisquer normas», é reforçada pela verificação de que a indicação dos actos normativos estabelecidos no artigo 142 da Constituição da República não é taxativa — abarca apenas os actos da Administração Pública central, ficando de fora os actos normativos, por exemplo, dos municípios, no âmbito do exercício do seu poder regulamentar (artigo 271.º da CRM) e outros que podem ditar normas de cumprimento obrigatório na sua jurisdição.<sup>59</sup>

Já na vigência da CRM de 2004, o Conselho Constitucional debruçou-se sobre o modo de incorporação e a posição hierárquica no esquema de fontes internas do direito internacional no acórdão n.º 04/CC/2009, de 17 de Março, proferido no âmbito de um pedido de fiscalização preventiva suscitado pelo Presidente da República.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup>Idem, P. 213.

<sup>55</sup>Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional — Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, cit., p. 192; Rui Medeiros, *A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada de constitucionalidade*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, p. 186 e ss.; Alexandre, Isabel, *A norma Constitucional violada e o objecto do recurso de constitucionalidade*, Jurisdição Constitucional n.º 6, Abril-Junho 2005, AATRIC; Correia, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, cit., p. 166, referência feita por Lúcia Ribeiro, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Moçambicano*, 2019, P.214

<sup>56</sup>Lúcia Ribeiro, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Moçambicano*, 2019, P. 214.

<sup>57</sup>Idem

<sup>58</sup>Idem

<sup>59</sup>Idem

<sup>60</sup>Idem

---

Ao Conselho Constitucional foi pedido a pronúncia sobre a constitucionalidade de uma disposição de lei aprovada pela Assembleia da República que criava a Comissão Nacional dos Direitos Humanos e atribuía ao Presidente da República a competência para nomear o seu presidente e vice-presidente. Em causa estava, na opinião do Presidente da República, a violação do princípio da tipicidade das competências presidenciais previstas no art. 160.º da CRM.

Em parecer remetido ao Conselho Constitucional, a Comissão de Assuntos Jurídicos, Direitos Humanos e de Legalidade da Assembleia da República argumentou que a competência atribuída ao Presidente da República para nomear o presidente e o vice-presidente da Comissão decorria directamente da «“Convenção de Paris sobre a criação de Comissões Nacionais de Direitos Humanos”, a qual foi objecto de “...assinatura em reservas pela República de Moçambique”».<sup>61</sup>

A ideia de que a “assinatura sem reservas pela República de Moçambique da Convenção de Paris sobre os Direitos Humanos” atribuiria competências ao Presidente da República não previstas na CRM foi rejeitada pelo Conselho Constitucional nos seguintes termos:<sup>62</sup>

*«Em primeiro lugar, a Convenção que adopta os chamados "Princípios de Paris" não impõe uma determinada forma de designação dos titulares dos órgãos de direcção das Comissões Nacionais dos Direitos Humanos. Antes pelo contrario, sobre "Composição e garantias de independência e pluralismo" a Convenção preconiza a liberdade de critérios na opção pela forma de designação, ao prever, no seu n.º 1 que "A Composição da instituição nacional e a nomeação de seus membros quer através de eleições, ou de outros meios deve ser estabelecida de acordo com um procedimento que ofereça todas as garantias necessárias para assegurar a representação a representação pluralista...", e, no seu n.º 3, que "A nomeação de seus membros deve ser realizado através de actos oficiais, com especialização da duração do mandato, de modo a assegurar mandato estável, sem o que não pode haver independência..." Em segundo lugar, ainda que a Convenção estabelecesse uma determinada forma de designação da qual resultasse a atribuição de competências extra constitucionais ao Presidente da República, em observância do principio consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, tal atribuição ficara sujeita ao controlo de constitucionalidade.»*

Deste acórdão do Conselho Constitucional podem ser retiradas duas conclusões sobre a aplicação do direito internacional na ordem jurídica moçambicana: i) as normas de direito internacional ocupam uma posição hierárquica infraconstitucional; e ii) estão sujeitas aos mecanismos de

---

<sup>61</sup>Coutinho, Francisco Pereira, o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), o Direito Internacional Publico nos Direitos de Língua Portuguesa, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 247.

<sup>62</sup>Idem

---



controlo de constitucionalidade previstos na CRM, não estando excluída a possibilidade de fiscalização incidental da constitucionalidade de normas internacionais no âmbito de um processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas legislativas.<sup>63</sup>

Outra conclusão que pode ser inferida deste processo diz respeito ao desconhecimento que provavelmente existe entre alguns juizes moçambicanos sobre a natureza jurídica do direito internacional.<sup>64</sup> Tanto a Assembleia da República como o Conselho Constitucional aludem a uma “Convenção de Paris sobre a criação de Comissões Nacionais de Direitos Humanos” e a uma “Convenção de Paris sobre Direitos Humanos” que teria sido objecto de “...assinatura em reservas pela República de Moçambique”.<sup>65</sup> Acontece que tal convenção simplesmente não existe. O que existe, e foi citado pelo Conselho Constitucional são os “Princípios relativos ao Estatuto das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (Princípios de Paris)”, adoptados pela Resolução n.º 48/134 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Dezembro de 1993.<sup>66</sup> Tratam-se, portanto, de normas de *softlaw* que não vinculam os Estados.<sup>67</sup>

Portanto, consideramos que apesar de a Constituição da República, não prever textualmente o controlo da constitucionalidade das normas de direito internacional, estas estão sujeitas, não só pela sua recepção infraconstitucional (n.º 2 do artigo 18.º da CRM) como também em decorrência do princípio da constitucionalidade (n.º 3 do artigo 2 da CRM), e do próprio sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade. Neste contexto sufragamos as conclusões de Gilles Cistac, segundo as quais:<sup>68</sup>

¾ Compete ao Conselho Constitucional, nos termos da alínea a) do número 1 do Artigo 181.º da Constituição: “*apreciar e declarar e a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos legislativos e normativos dos órgãos do Estado*”, o que quer dizer que, no caso em que, uma convenção internacional contém uma cláusula contrária à Constituição da República. A primazia é em favor da Constituição e não da convenção internacional.

---

<sup>63</sup> Idem

<sup>64</sup> Idem

<sup>65</sup> Idem

<sup>66</sup> Idem

<sup>67</sup> Idem

<sup>68</sup> UN Doc. A/RES/48/134. Uma versão em língua portuguesa desta resolução pode ser consultada aqui: [http://direitos\\_humanos.gddc.pt/3\\_22/IIIPAG3\\_22\\_2.htm](http://direitos_humanos.gddc.pt/3_22/IIIPAG3_22_2.htm) (31/08/2016; 13:19). Citado por Francisco Pereira Coutinho, o Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana, 208, P. 249.

Rachel Murray, “The Role of National Human Rights Institutions”, In Mashhood A. Baderin e Manisuli, Citado por Francisco Pereira Coutinho, o Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana, 208, P. 249.

Ssenyonjo (Eds.), *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, Routledge, 2010, p. 306, Citado por Francisco Pereira Coutinho, o Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana, 208, P. 249.

CISTAC, Gilles, “A questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique”, Revista Jurídica da Faculdade de Direito, Vol. 6, 2004, P. 49.

---

¾ Do ponto de vista da competência do juiz interno, se ele tem o poder de não “*aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição*” (Artigo 16.º da Constituição da República); pelo contrário, por um lado, se alguns “princípios” normativos de natureza internacional contrariam a Lei Fundamental, o juiz interno, qualquer que seja, tem obrigação de “não aplicar” estes princípios. Aqui também, a primazia é em favor da Constituição e não da convenção internacional.

## CONCLUSÃO

Para a aferição da possibilidade ou não do controlo da constitucionalidade das normas do direito internacional, é fundamental aferir a posição das normas do Direito Internacional face à Constituição da República.

O artigo 3.º da CRM estatui que, a República de Moçambique é um Estado de Direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem.

Como corolário do princípio do Estado de Direito Democrático, a CRM, estatui o princípio da Constitucionalidade, ao definir no n.º 3 do artigo 2.º que o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade, e no n.º 4 estabelece que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico.

Em decorrência do princípio da constitucionalidade resulta que:

- ¾ *Primeiro*: as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico (n.º 4 do artigo 2.º da CRM). Deste comando constitucional resulta que todas as normas em vigor na ordem jurídica Moçambicano, incluindo as normas de direito internacional devem estar em conformidade com a ordem constitucional, tem um valor infraconstitucional e logo podem ser sujeitas ao controlo da sua constitucionalidade, incluindo as normas de direito internacional;
  - ¾ *Segundo*: nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição (Artigo 213.º da CRM) o que significa que um Juiz, pode recusar a aplicação de uma norma de direito internacional com fundamento na sua inconstitucionalidade, em sede da fiscalização concreta de constitucionalidade;
  - ¾ *Terceiro*: As normas de direito internacional têm na ordem Jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da
-

República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção (n.º 2 do artigo 18.º da CRM). Desta previsão constitucional, resulta claro que sendo as normas de direito internacional, equiparadas a actos normativos infraconstitucionais, estão sujeitas ao princípio da constitucionalidade, isto é, devem estar em conformidade com a ordem constitucional, sendo por isso, passíveis de controlo da sua constitucionalidade.

<sup>3/4</sup> *Quarto*: As normas de Direito Internacional acolhidas e em vigor na ordem jurídica moçambicana são integradas na ordem jurídica moçambicana, e sujeitas à fiscalização sucessiva abstracta e concreta da constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

COUTINHO, Francisco Pereira, O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho, (coordenação), O Direito Internacional Publico nos Direitos de Língua Portuguesa, Lisboa: CEDIS, 2008.

\_\_\_\_\_, Os Tribunais Moçambicanos e o Direito Internacional Publico, in [pers.ssrn.com](http://pers.ssrn.com), consulado as 10 horas do dia 27 de Junho de 2020.

CHUVA, António, “A eficácia jurídico-constitucional das normas provenientes da Organização Mundial do Comercio (O.M.C) no Direito Constitucional Moçambicano”, in: CHUVA, António e tal. Estudos de Direito Constitucional Moçambicano: contributos para reflexão. Maputo: CFJJ, 2012.

DIMANDE, Armando César. “Os tratados internacionais na ordem jurídica moçambicana”. Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. Vol. 2, Junho de 1997.

GOUVEIA, Bacelar Jorge, Direito Constitucional de Moçambique, Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2015.

\_\_\_\_\_, *A Fiscalização concreta da constitucionalidade no Direito Moçambicano*, apresentação no seminário de Direito Constitucional, no quadro do curso de Doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da UEM, Maputo, Junho, 2009.

HENRIQUES, Henriques José. “A europeização indirecta do Direito Constitucional moçambicano – cláusula internacional”, in: CHUVA, António e tal. Estudos de Direito Constitucional Moçambicano: contributos para reflexão. Maputo: CFJJ, 2012.

JUSTINO, Justino Felisberto, O regime jurídico do acesso dos cidadãos à justiça constitucional moçambicana, em fiscalização concreta à luz da Constituição de 2004, Editorial Eundza, Beira, 2018.

---

LOUREIRO BASTOS, Fernando, O Direito Internacional na Constituição Moçambicana de 2004, Texto preparado para a Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em WWW. Fd. Ulisboo. Pt, consultado no dia 12 de julho, pelas 13 horas e 30 minutos.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, inconstitucionalidade e garantia da Constituição, 2ª Edição, revista e actualizada Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

\_\_\_\_\_, Fiscalização da Constitucionalidade, Edições Almedina, Lisboa, 2017.

\_\_\_\_\_, Direito Internacional Publico, 2ª Edição revista e actualizada, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, Cascais, 2004.

NHATITIMA, Pedro, A Jurisdição Constitucional Moçambicana, Maputo, 2007 (NP).

RIBEIRO, Lúcia, Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano, A Busca do Sistema, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito, UEM, Maputo

RODRIGUES, Filomeno, A Justiça Constitucional Moçambicana: Um breve olhar sobre a jurisprudência do Conselho Constitucional, Alcance Editores, 1ª edição, Maputo, 2017.

#### **b) Legislação:**

CANOTINHO, J.J. Gomes e Moreira Vital, Constituição da República Portuguesa, Lei do TC, 3ª Edição Revista, Coimbra, 1993.

Lei do TC de Portugal, Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, alterada pela Lei n.º 143/85, de 26 de Novembro e pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro.

Constituição da República de Moçambique de 1990, BR n.º 44, I Série, Suplemento, de 2 de Novembro de 1990.

Constituição da República de Moçambique de 2004, BR n.º 51, I Série, de 22 de Dezembro de 2004.

#### **c) Jurisprudência**

Acórdão n.º 8/CC/2017, de 6 de Novembro.

Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de Setembro.

Acórdão n.º 4/CC/2015, de 16 de Julho.

Acórdão n.º 4/CC/2019, de 17 de Novembro.

---

## **A APLICAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NA SISTEMÁTICA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Vitor Luís de Almeida <sup>1</sup>

**RESUMO:** A exemplo do que ocorre na grande maioria dos países ocidentais, o direito brasileiro passou e ainda passa pelo fenômeno da constitucionalização do processo, aspecto advindo do chamado neoconstitucionalismo, surgido em meados do século XX. Para persecução de um justo processo, a perspectiva de atuação probatória do magistrado foi sendo alterada, ao longo dessa evolução. Nesse ambiente de contemporâneas transformações, o presente trabalho tem por objetivo abordar questões inerentes à devida aplicabilidade dos poderes instrutório do juiz no âmbito do processo civil brasileiro, sua adequação ao sistema democrático e constitucionalizado, bem como sua contraposição à imparcialidade do julgador.

Palavras-chave: Poderes instrutórios. Democracia. Imparcialidade.

**ABSTRACT:** Like what happens in the vast majority of western countries, Brazilian Law passed and still passes through the phenomenon of constitutionalization of the process, an aspect arising from the so-called neoconstitucionalism, which emerged in the middle of the 20th century. In order to pursue a fair process, the perspective of the magistrate's evidential performance has been altered throughout this evolution. In this environment of contemporary transformations, the present work aims to address issues inherent to the due applicability of the judge's instructive powers within the scope of the Brazilian civil process, its adequacy to the democratic and constitutionalized system, as well as its opposition to the judge's impartiality.

Keywords: Instructional powers. Democracy. Impartiality.

### **1. NOTAS INTRODUTÓRIAS**

Tema que atualmente envolve intensa polêmica na doutrina especializada é o da legitimidade democrática de se atribuir ao magistrado o poder de determinar *ex officio* a produção de provas no processo civil. A questão é importante especialmente quando se busca determinar o modelo

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho – campus Montes Claros. Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público Municipal e graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UMIMONTES/MG. Colaborador na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEF/TJMG e na Escola Judiciária Eleitoral Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – EJE/TRE-MG.

---

constitucional de processo civil estabelecido a partir da vigência da Constituição da República de 1988, o que tem sido procedido pela contemporânea doutrina processual brasileira.

Na relação jurídico-processual, muitas questões discutíveis e relevantes referem-se à fase probatória, a qual se realiza sob a ótica da divisão do ônus da prova aplicável ao caso concreto. Com fundamento no ônus probatório, cada parte litigante ou interessada tem conhecimento do que lhe cabe provar para subsidiar a possibilidade de uma decisão favorável ao pleito por si formulado, como também das consequências processuais advindas da não realização dessas provas. Não obstante essa divisão, tem também aplicação na relação processual os poderes instrutórios do julgador, por meio dos quais, em certas situações, pode o magistrado determinar, de ofício, a realização de determinadas provas, que se mostrem necessárias a uma adequada apreciação judicial da questão e que não foram realizadas ou nem mesmo requeridas pelas partes.

O processo deve ser um instrumento de acesso à justiça, isto é, de acesso à ordem jurídica justa. Durante muito tempo, considerava-se o juiz como uma figura, além de imparcial, absolutamente desinteressada no resultado do processo. Defendia-se que o bom juiz era aquele que interferia o mínimo possível no processo, deixando às partes as iniciativas postulatórias e probatórias, em atenção ao princípio dispositivo. Confundia-se imparcialidade com omissão e neutralidade, preferindo-se o juiz distante ao juiz participativo (NEVES, 2016, p. 663). Essa perspectiva, entretanto, foi sendo, adequadamente, alterada ao longo da evolução do direito processual, até atingir o atual estágio, no qual foi desenvolvido a nova legislação processual civil brasileira.

O artigo 370 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 rege que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Na esteira do revogado artigo 130, do Código de Processo Civil de 1973, tal dispositivo legal expressa a tendência, existente não apenas no direito pátrio, como também no estrangeiro, de ampliação dos poderes probatórios do juiz.

## **2. DESENVOLVIMENTO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO BRASIL**

Consoante os ensinamentos de GUEDES (2013, p. 356-361), mesmo antes da fase republicana, o artigo 230, do Regulamento 737, de 1850, norma processual comercial que vigorou no Brasil Império, já dispunha sobre a possibilidade de o juiz ordenar diligências independentemente do requerimento das partes, sem que se considerasse esse um processo autoritário.

---

Decorrido certo período após a proclamação da república, já no século XX, a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, formulada pelo então Ministro da Justiça Prof. Francisco Campos, argumentava sobre o papel de direção a ser exercido pelo juiz no processo, em um Estado vanguardista, que lhe conferia “poderes largos” para “investigar os fatos” e “descobrir a verdade”. Tal posição revelava uma concepção publicística do processo com inspiração chiovendiana. Em referida legislação, destacavam-se os artigos 112 e 117, os quais faziam alusão aos poderes do juiz na instrução. Especialmente o artigo 117 que, dentre outras normas, previa a possibilidade de o juiz determinar *ex officio*, em despacho motivado, as diligências necessárias à instrução do processo<sup>2</sup>.

Nesse âmbito, asseverando sobre o ensaio *Processo autoritário e regime liberal*, de autoria de Luiz Machado Guimarães e publicado originalmente em 1940, GUEDES (2013, p. 356) afirma que, naquela época, já se apontava para a tendência de ampliação dos poderes do juiz. Essa tendência já ocorria inclusive em estados liberais e, no Brasil, já havia precedente também na época dos códigos processuais estaduais, pois, desde 1915, o Código de Processo da Bahia, em seu artigo 127, já trazia dispositivo similar àquele que se consagraria, depois, no artigo 117, do Código de Processo Civil de 1939. Também os códigos estaduais de Minas Gerais, em 1922 (artigo 262), e da Paraíba, em 1930 (artigo 263), conferiam os mesmos poderes instrutórios ao juiz, para a apuração da verdade.

Na segunda metade do século XX, o Código de Processo Civil de 1973, conhecido “Código Buzaid”, acompanhando as tendências mundiais sobre o tema, dispôs em seu artigo 130 sobre a incumbência afeta ao juiz, agindo de ofício ou atendendo a requerimento das partes, de determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Com relação a esse diploma, GOMES (2016, p. 394) argumentou a existência de duas grandes vertentes doutrinárias a respeito. A primeira, de forma cautelosa e conservadora, preferia direcionar exclusivamente às partes a responsabilidade pela produção das provas. A segunda, mais moderna e, quiçá, mais adequada à realidade brasileira, contava com a atuação mais participativa do magistrado na condução da fase instrutória, especialmente nas iniciativas voltadas para a busca da verdade real, inclusive com a possibilidade de desenvolvimento de algumas iniciativas investigatórias.

---

<sup>2</sup> Em sentido contrário, GOMES (2016, p. 393) defende que o CPC de 1939, inspirado em experiências estrangeiras, embora em sua exposição de motivos tenha tratado detalhadamente sobre a necessidade de se reavaliar a atuação dos magistrados no âmbito do processo, para que esses pudessem ter uma conduta mais ativa e participativa, não trouxe, na prática, muitos novos elementos que pudessem fomentar, à época, essa tendência.

---

E sob a égide desse diploma, na década de 90, do século passado, MARINONI (1993, p. 71-74) indicava como essencial a participação efetiva de um juiz ativo na relação processual, característica de um processo democrático, capaz de manter incólume o contraditório, pois inútil a igualdade de oportunidades sem paridade de armas. Sugeriu, contudo, que a atuação instrutória do juiz não se vinculasse à natureza do direito litigado, se disponível ou indisponível, mas ao que se buscava, ou seja, à instrução para o exercício do poder estatal de decidir sobre o direito.

Observe-se que o processo civil brasileiro não foi regulado exclusivamente por códigos processuais, recebendo também normatização de inúmeras leis especiais ou esparsas. Nesse ínterim, várias normas editadas após a promulgação e influência da “Constituição Cidadã” de 1988 continuaram a garantir poderes instrutórios ao magistrado, no objetivo de fomentar uma melhor instrução processual, com efetiva aplicação do devido processo legal e, conseqüentemente, de um justo processo.

Normas atinentes aos consumidores (Lei 8.078, de 1990), às crianças e adolescentes (Lei. 8.069, de 1990), aos idosos (Lei 10.741, de 2003), aos portadores de deficiência física ou mental e de doenças graves (Lei 12.008, de 2009), dentre outras, dispunham previsões legais no sentido de que os sujeitos processuais poderiam, em maior ou menor escala, necessitar ou depender da atividade instrutória do juiz, da elasticidade de seus poderes na busca da prova, especialmente em razão da hipossuficiência, fosse ela econômica, técnica ou mesmo presumida. Afinal, nos dizeres de CABRAL (2004, p. 347), referindo-se aos ensinamentos DINAMARCO, “tais sujeitos são pessoas diferenciadas e que merecem tutela não apenas dos direitos”.

Contemporaneamente, como já referido, o artigo 370, do Código de Processo Civil de 2015 consagra também o cabimento de provas determinadas de ofício pelo juiz. Para parte da doutrina, tais poderes são interpretados como uma faculdade instrutória e não um dever do magistrado (NEVES, 2015, p. 267). Para outros, tratando-se de um Estado Constitucional, a iniciativa probatória apresenta-se como elemento afeto à organização de um processo justo, que ao Poder Judiciário cumpre zelar, concretizando-se com o exercício dos poderes instrutórios a igualdade material entre os litigantes como a efetividade do processo (MARINONI *et al*, 2015, p. 391).

### **3. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E DEMOCRACIA**

É inegável que não se pode fazer uma relação automática entre democracia ou autoritarismo e a adoção de um ou outro modelo inerente aos poderes instrutórios do juiz. Conforme leciona TARUFFO (2006, p. 239-266), o Estado suíço é democrático e atribui amplos poderes probatórios ao juiz. O modelo oposto vigora no ordenamento norte-americano, no qual não se pode negar o caráter democrático do Estado. Lado outro, mesmo em ordenamentos autoritários,

---



todos os modelos podem ser encontrados. No ordenamento processual soviético, atribuía-se ao juiz dilatadíssimos poderes instrutórios, em contraposição, não houve alargamento dos poderes instrutórios na Alemanha nazista ou na Itália fascista.

É possível que existam normas autoritárias em regimes democráticos e normas democráticas em regimes autoritários. PICÓ I JUNOY (1996, p. 117) discorda da relação direta entre concessão de poderes instrutórios do juiz e o caráter fascista e autoritário, ou mesmo totalitário do processo civil. A disciplina processual pode até sofrer influência das características do sistema político, mas tal influência não seria fundamental para a utilização ou não dos poderes de instrução por parte do agente estatal julgador.

Os poderes de instrução do juiz não podem ser considerados, portanto, um problema meramente político. Além de toda a dúvida razoável, não existe nenhuma conexão entre a atribuição ao juiz de poderes mais ou menos amplos de iniciativa instrutória e a vigência de regimes políticos autoritários e antidemocráticos. É preciso evitar confusões ideológicas. É possível que um sistema não se inspire na ideologia liberal do século XIX sem que por isso deixe de ser democrático, e particularmente resultar autoritário ou totalitário somente porque atribui ao juiz um papel ativo na aquisição das provas (TARUFFO, 2008, p. 172). A esse respeito, TARUFFO (2006, p. 240-241) enfrenta a questão de saber se a concessão de poderes instrutórios ao juiz pode ser reputada um problema político, argumentando que o mesmo é dizer se tal iniciativa probatória finca-se em uma ideologia antiliberal (autoritária ou totalitária). O autor italiano afirma não ser claro se o qualificativo autoritário seria atribuível ao processo em que o magistrado possua poderes instrutórios ou se também ao sistema jurídico que contemple um diploma processual instituidor desses poderes. No primeiro caso, ter-se-ia um “jogo circular de definição”: o processo no qual se confirmam poderes instrutórios ao juiz é autoritário. Além, disso, discorda dessa premissa imposta. Para ele, a concessão de poderes instrutórios ao juiz, quando de natureza supletiva e integrativa da atividade das partes, não revela traços autoritários.

Também é oportuno registrar um uso preciso e rigoroso dos conceitos: um juiz potencialmente ativo para complementar as iniciativas probatórias das partes, dentro de um contexto processual em que estão asseguradas as garantias das partes no âmbito de um sistema político democrático, e um juiz inquisidor em um marco de um sistema político e processual de caráter autoritário são coisas completamente distintas. A diferença entre um juiz ativo e um juiz autoritário se constata por meio do fato de que a posição ativa do juiz com respeito à aquisição das provas se configura claramente como complementar e supletiva a respeito da atividade probatória das partes, de modo que, quando estas exercem completamente seu direito de propor todas as provas disponíveis e, portanto, proporcionam ao juiz elementos suficientes para a determinação dos fatos – como ocorre frequentemente na prática – não há nenhuma necessidade de que o juiz exercite seus

---

poderes. Seria completamente distinta uma função inquisitória e autoritária de um juiz que recolhesse as provas de ofício, por iniciativa própria, mas negando às partes os direitos e garantias que lhes correspondem no âmbito do processo. Sem embargo, não há indício algum de uma função semelhante nos ordenamentos modernos (TARUFFO, 2008, p. 172-173).

Lado outro, existem autores, a exemplo de VELLOSO (p. 307-310), que defendem, categoricamente, que a atribuição de poderes de iniciativa probatória do juiz contraria o sistema democrático. Sustentam que tais poderes não estariam de acordo com um modelo garantista de processo, mas, sim, com um sistema autoritário.

Não obstante, na esteira do posicionamento de CÂMARA (2013, p. 74-75), é cediço que o artigo 1º da Constituição Federal constituiu um Estado Democrático de Direito, destinado à implementação da igualdade e buscando a melhoria das condições de vida das pessoas. Tal fundamento é ainda reiterado pelo disposto no artigo 3º, da referida norma fundamental, que estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação.

Esse caráter ativo do Estado brasileiro faz com que seja adequada a criação de um modelo processual em que não se veja no processo mero mecanismo de resolução dos conflitos, mas, sim, um instrumento de realização dos objetivos do Estado. Isso significa que o processo possui também o escopo de pacificar a sociedade, não devendo ser visto como mero mecanismo de resolução de conflitos. Portanto, as regras legais que garantem aos magistrados poderes de iniciativa probatória possuem ampla legitimidade constitucional e devem ser interpretadas no sentido de garantia de um justo processo.

#### **4. LIMITES AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ**

Não obstante as argumentações positivas já versadas, impende também ressaltar a existência de limites impostos pelo sistema processual ao exercício dos poderes instrutórios do juiz. Segundo os ensinamentos de BEDAQUE (2013, p. 144-146), tais limites podem ser assim elencados: a) os elementos objetivos da demanda eis que, à luz do princípio da correlação, a sentença deve ater-se ao pedido e a causa de pedir, não podendo o juiz, portanto, determinar provas que não sejam congruentes aos referidos elementos; b) a produção da prova deve ser aferida pelos elementos dos autos, ou seja, para concluir pela realização de determinada diligência instrutória, o julgador leva em conta, exclusivamente, dados obtidos no processo; c) a submissão da prova ao contraditório; d) a fundamentação do ato judicial que a determina; e) que a iniciativa não acarrete excessiva

---

demora no feito, sob pena de ofensa à garantia constitucional da celeridade, segundo a qual o processo deve terminar em tempo razoável (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Ainda sobre essa limitação, BACARIM e NOGUEIRA (2013, p. 481-484) defendem que a iniciativa probatória não se justifica de maneira ilimitada, mas deve seguir o que se denomina “núcleo mínimo de atuação”, possível de ser extraído dos próprios princípios que norteiam a atividade jurisdicional. A realização da justiça, expressa por princípios como o da efetividade da jurisdição e o acesso a uma ordem jurídica justa, traz consigo outros princípios correlatos, como o são o princípio da igualdade, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da celeridade processual ou da duração razoável do processo.

Por conseguinte, no tocante ao princípio da igualdade, não basta que as partes tenham igual possibilidade formal de produção de provas, mas cabe ao juiz, ao constatar a desigualdade substancial, fruto de desnivelamento econômico, intelectual ou técnico, adotar medidas que importem no restabelecimento do equilíbrio da relação processual. A desigualdade entre as partes seria um primeiro parâmetro concreto para intervenção do magistrado na produção de provas, cabendo-lhe atuar de maneira ativa sempre que se deparar com situação de inferioridade que lhe permita auferir que a ausência de iniciativa da própria parte poderá comprometer o resultado justo do processo.

Um segundo parâmetro seria a violação à boa-fé objetiva, em hipótese que se enuncia a ocorrência de fraude ou abuso por uma das partes, com inaptidão da outra para elidi-las.

Por fim, um terceiro parâmetro a justificar a iniciativa probatória do magistrado é a busca da celeridade processual. A prática forense demonstra que nem sempre os caminhos percorridos pela parte são os mais eficientes e ágeis na busca do resultado almejado. Muitas provas são postuladas, valendo-se de um raciocínio linear dos meios comuns, ignorando-se outras possibilidades, trazidas até mesmo pela evolução tecnológica, que poderiam desaguar no mesmo resultado com economia de tempo e até mesmo de recursos financeiros.

Existindo limites, não se pode afirmar que o poder instrutório do julgador venha a ser considerado como meramente discricionário ou mesmo arbitrário. Não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao decidir à luz das regras, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Quanto à manifestação arbitrária, ou autoritária, nos dizeres de LEMOS (2007, p. 81), mostra-se muito difícil ligar os poderes instrutórios do juiz a qualquer manifestação nesse sentido, pois falta-lhe, antes de mais nada, a característica do exercício do poder desligado de qualquer outro critério ou propósito que não o da vontade de quem o exerce ou

---

da pessoa por conta de quem é exercido, segundo o seu programa, na prossecução de seus objetivos. Afinal, os poderes instrutórios servem, essencialmente, para que esse possa ter um comportamento ativo na busca da verdade quanto aos fatos que pode conhecer, os quais lhe foram trazidos pelas partes ao processo, considerando-se a inércia do poder judiciário e a necessidade de demanda das partes quanto aos fatos que originam a causa de pedir, o que, por si só, limita a atividade judicante.

Existe, pois, confusão na doutrina e na jurisprudência entre discricionariedade e interpretação. Por mais amplo que seja o campo de atuação do juiz, no exercício da função de buscar o sentido da lei, sua decisão será sempre fundamentada e representará a única solução possível para a situação examinada, segundo seu entendimento. É preciso distinguir entre o poder discricionário conferido ao administrador público da liberdade que o juiz tem em atuar da exegese da lei, visando alcançar a decisão correta. Discricionariedade implica reconhecimento, pelo sistema jurídico, da possibilidade de adoção de mais de uma solução, cabendo ao ente ou agente público a livre opção por qualquer delas, tendo em vista que todas são aceitas como legítimas, adequadas e corretas pelo Direito. Ao interpretar e aplicar a norma, o Poder Judiciário não age dessa forma, visto que, representando o posicionamento de determinado integrante da função jurisdicional a respeito da questão em exame, a decisão será sempre passível de impugnação.

## **5. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E IMPARCIALIDADE – SUPERAÇÃO DA ANTINOMIA POR MEIO DA ATUAÇÃO COMPLEMENTAR E SUPLETIVA**

A análise da questão debatida passa então a fazer referência ao princípio da imparcialidade, segundo o qual os agentes estatais têm o dever de agir com impessoalidade no desempenho de suas funções, tendo como fundamento o princípio da igualdade. A imparcialidade não é um valor em si próprio, mas um requisito para que as partes recebam tratamento isonômico no processo: “quer-se o juiz imparcial, para que dê tratamento igual aos litigantes ao longo do processo e na decisão da causa” (DINAMARCO, 2005, p. 220). A doutrina questiona a possibilidade de quebra dessa imparcialidade, tendo em vista o aumento dos poderes probatórios do juiz (SILVA e FLORENTINO, 2009, p. 65-82).

Para LIEBMAN (1962, p. 17), a possibilidade de o juiz determinar de ofício a realização de uma prova implica favorecimento da parte a quem o resultado da prova vier a beneficiar, com a consequente quebra da imparcialidade necessária à atividade jurisdicional.

Com fundamento no princípio do dispositivo, corolário do princípio da imparcialidade, SANTOS (2006, p. 181) entende que às partes incumbe a prova dos fatos que alegam, não sendo lícito ao juiz agir inquisitorialmente na busca de provas não requeridas. No mesmo sentido, era a lição de

---

ALVIM (1972, p. 230), segundo o qual a investigação por parte do juiz poderia condicioná-lo psicologicamente a crer no direito que tenha sido objeto de sua própria investigação.

Entretanto, outra parcela da doutrina entende, acertadamente, em sentido contrário. MOREIRA (1984, p. 242) acredita que a iniciativa de prova concedida ao juiz não ofende o princípio da imparcialidade. Isso porque, ao determinar a realização de alguma prova, o juiz não tem condições de prever ou adivinhar seu resultado e, portanto, “à qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará”.

No mesmo sentido é o entendimento de BEDAQUE (2001, p. 80), para quem o aumento do poder instrutório do julgador não favoreceria qualquer das partes, mas somente proporcionaria uma apuração mais completa dos fatos: não importa ao juiz se o autor ou réu se beneficiará com a prova, mas, sim, que seja vitorioso aquele que efetivamente tenha razão.

Ainda segundo essa corrente doutrinária, parcial seria o magistrado que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixa de fazê-lo e, com tal atitude, acaba beneficiando o demandante que não é detentor da razão. A imparcialidade vista como a qualidade daquele que não assume ou protege o interesse de uma das partes, impede, por conseguinte, que o juiz use seus poderes para beneficiar ou prejudicar qualquer das partes no processo.

Nesse âmbito de discussão, RAMOS (2013, p. 257-259) argumenta que mostra-se imperioso que o sistema de enjuizamento seja estruturado a partir de dois valores constitucionais fundamentais: a jurisdição (poder) e o devido processo legal (garantia). Assevera que a prevalência de um desses valores sobre o outro fará com que o resultado da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário careça de legitimidade constitucional, ainda que a prática demonstre que nem sempre esse necessário balanceamento ocorra como desejado. Em linhas gerais, defende que os fundamentos da concepção da prova de ofício atrelam-se a certos argumentos como: a) o juiz tem o compromisso constitucional de bem julgar; b) a busca da verdade real seria um dever do juiz para que lhe seja possível prolatar uma sentença justa; c) devido ao caráter publicístico do processo, o juiz deve atuar de maneira a suprir eventuais deficiências técnicas das partes; d) quando o juiz determina a prova de ofício não sabe exatamente a qual das partes o respectivo fato, uma vez provado, poderá beneficiar (princípio da aquisição da prova).

Essa postura encontra raízes em um sistema de enjuizamento de caráter inquisitivo, onde a figura do juiz avulta com proeminência por sobre a parte, e seus interesses dispositivos, e revela uma concepção altamente publicística do processo civil.

---

A nosso ver, o aumento dos poderes instrutórios do juiz, se levado a extremos, pode, sim, representar risco ao princípio da imparcialidade e, conseqüentemente, ao princípio da igualdade de tratamento. O excesso de poderes instrutórios pode fazer com que o magistrado adote uma postura paternalista de tutela da parte que, não sendo hipossuficiente, é negligente. Aumentar ilimitadamente os poderes instrutórios do juiz, incumbindo-o, em nome da busca pela verdade, de suprir as atividades instrutórias que a parte não praticou, mesmo dispondo de todos os meios e condições para tanto, representa ofensa à imparcialidade do julgador e, mais do que isso, ao princípio da igualdade de tratamento, além de estímulo ao desleixo das partes em sua atuação no processo.

Recorde-se que o princípio da igualdade material significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade. Assim, não existindo desigualdade (social, econômica, cultural, etc.) entre as partes, não seria adequado ao julgador suprir a atividade probatória de uma delas, sob pena de violação ao princípio da isonomia material e, conseqüentemente, da imparcialidade.

No atual estágio da sistemática processual civil, realmente não se tolera um juiz indiferente ou passivo na condução do processo, mas, por outro lado, também não deve ser aceito um juiz paternalista, que tutele uma das partes apesar de sua falta de compromisso com o processo, sob pena de flagrante parcialidade e disparidade de tratamento dispensado aos litigantes (SILVA e FLORENTINO, 2009, p. 68).

O Código de Processo Civil de 2015 revela a intenção do legislador de distribuir a responsabilidade pela atividade probatória, conforme disposições inseridas em seus artigos 370 e 373. No direito processual brasileiro, a atividade instrutória não compete unicamente às partes, mas também não deve ser praticada exclusivamente pelo juiz. Deve haver uma atuação conjunta, em colaboração, de forma que o magistrado não substitua a atividade instrutória que as partes podem e devem praticar. Essa visão coaduna-se com a mais recente concepção de contraditório, que abrange o diálogo pertinente e a cooperação entre as partes e o juiz.

Portanto, como forma de evitar a parcialidade e o tratamento anti-isonômico das partes, o julgador deve verificar se a ausência do requerimento ou produção de determinada prova ocorreu por negligência ou por hipossuficiência da parte. O exame da conduta das partes no decorrer do processo é imprescindível, uma vez que, a despeito do aumento dos poderes do juiz no campo das provas, este não pode chamar para si toda a responsabilidade pela atividade probatória, nem se converter num investigador de fatos não alegados.

---

Ainda em sede da doutrina brasileira, SANTOS (1989, p. 349-350) lecionou que o poder de iniciativa judicial deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado quando houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, impossibilitando o juiz, de consciência tranquila, proferir a sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes e, por exceção, poderá o juiz, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa.

Em sentido semelhante ensinou GRECO FILHO (2003, p. 227-228) que a autorização (com base na regra do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, mas aplicável na atualidade) deve ser interpretada coerentemente com a sistemática do Código, em especial, com o princípio da igualdade das partes. Não se pode permitir que o magistrado venha a substituir a iniciativa probatória de cada parte, sob pena de estar auxiliando-a e violando a igualdade de tratamento que merecem todos os participantes do processo. Para não inutilizar o dispositivo, o juiz poderia determinar provas de ofício, nos procedimentos de interesse público, como de jurisdição voluntária, e nos demais processos de maneira complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando o conjunto probatório até então produzido for insatisfatório para o seu convencimento. Se a isonomia fosse comprometida, também estaria atingindo a imparcialidade.

Verifica-se, portanto, o caráter necessariamente supletivo da iniciativa probatória do magistrado sob pena de restar violada a imparcialidade do juiz que, ao determinar a produção de provas *ex officio* substituiria a atividade da parte e acabaria por favorecer aquela que fosse beneficiada pela prova produzida por iniciativa judicial.

Há autores, entretanto, que negam o caráter supletivo da iniciativa probatória do juiz. Nesse sentido, BEDAQUE (2001, p. 161-162) defende que a atividade instrutória do magistrado deve ser exercida não em substituição das partes, mas em conjunto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na fase de instrução do processo é uma manifestação da postura instrumentalista que envolve a ciência processual, favorecendo a supressão das diferenças de oportunidade em razão da situação econômica dos sujeitos. Contribui para a efetividade do processo, possibilitando que o instrumento estatal de solução de conflitos seja autêntico meio de acesso à ordem jurídica justa.

O que importa não é a interpretação pura e simples do disposto no artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, mas a verificação de sua conformidade constitucional. Ou seja, se a concessão de poderes de iniciativa probatória ao juiz está ou não de acordo com o regime democrático e, por conseguinte, com modelo constitucional do direito processual civil brasileiro. Analisar as normas do novo Código de Processo Civil à luz do princípio da legitimidade, de forma

---

a verificar sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Em outros termos, verificar se é legítimo, em um processo civil democrático, que ao juiz sejam atribuídos poderes probatórios. O que, a nosso ver, mostra-se não apenas possível, mas necessário, eis que o ordenamento jurídico brasileiro adota, contemporaneamente, um sistema processual cooperativo, em que a postura ativa do magistrado vem aderir à correta e completa atuação estatal, na garantia de desenvolvimento de um processo justo e eficaz.

Os poderes instrutórios do juiz serão aplicados, portanto, quando não funcione a mera distribuição do ônus da prova entre as partes. O juiz poderá apenas mandar completar a prova produzida (ALVIM, 2013, p. 104-105). Os critérios utilizados pelo magistrado para exercer esse poder subsidiário deverão basear-se na prova já produzida, que poderá demonstrar alusões a outras fontes ou meios de prova; na condição paritária ou não dos litigantes; na eventual impossibilidade de os fatos subjacentes à causa serem objeto de confissão. Qualquer desses critérios autoriza a iniciativa probatória do juiz, em busca de uma premissa fática que se mostre verdadeira e apta a embasar um justo provimento jurisdicional.

Dessa forma, pode-se equilibrar, de um lado, a autonomia e liberdade das partes quanto à forma de defender os próprios direitos e, de outro, a possibilidade ou necessidade de intervenção judicial para propiciar essa defesa a uma das partes. Isso será feito de forma a reduzir o risco da parcialidade judicial, porquanto o juiz só intervirá em caso de estrita necessidade.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Todo e qualquer Estado que se intitule e aspire ser tido como um Estado Democrático de Direito deve alicerçar-se em pilares suficientemente fortes, que tornem possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe sobre a existência dessas bases no ordenamento jurídico pátrio por meio de seus princípios, dentre os quais aqueles que versam sobre o direito processual. Somente a consolidação e o respeito aos princípios constitucionais acarretam a salvaguarda incondicional das bases do Estado Democrático de Direito.

Segundo essa nova concepção, a função do magistrado no âmbito probatório não é apenas conceder às partes a oportunidade de provar suas alegações, mas, também, de participar efetivamente da verificação dos fatos alegados, a fim de alcançar a verdade. Todos os integrantes da relação processual no sistema brasileiro, conseqüentemente, devem participar da atividade probatória. A diferença é que as partes desenvolverão essa atividade de acordo com seus interesses, enquanto o julgador deve buscar o esclarecimento dos fatos alegados de forma imparcial.

---



A atividade instrutória do juiz não contamina, portanto, sua indispensável imparcialidade, especialmente porque o juiz não tem condições de conhecer *a priori* o resultado da prova, sendo incorreto imaginar que a determinação da produção de prova possa beneficiar autor ou réu, de forma antecipada. Na realidade, se a prova efetivamente auxiliar na formação do convencimento judicial, seu resultado beneficiará o titular do direito material, sendo esse o objetivo precípua da atividade jurisdicional. Seria na verdade parcial o juiz que deixasse de determinar a produção de prova, quando possível, beneficiando a parte que não tinha o ônus de provar. Juiz imparcial não é sinônimo de juiz neutro e tampouco de juiz desinteressado na qualidade da prestação jurisdicional. A imparcialidade do magistrado não resta garantida ao impedi-lo de produzir prova de ofício, mas, sim, ao exigir respeito ao contraditório em sua produção e à motivação das decisões.

O modelo processual brasileiro deve estar, assim, de acordo com o modelo de Estado que a Constituição Federal estabeleceu para o país, no qual a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo possa atingir seus fins, entre eles a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para tanto se impõe o reconhecimento de efetivos poderes de iniciativa probatória ao juiz, dentro dos limites propostos, permitindo que este agente estatal cumpra sua missão constitucional de realizar a justiça.

## 7. REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manoel Arruda. **Curso de direito processual**. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 97-110.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9.ed.; São Paulo: Malheiros, 2009.

BACARIM, Maria Cristina de Almeida/ NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Intervenção do juiz na busca da verdade processual: considerações sobre a dinâmica da realização das provas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 477-488.

---

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n.29, jan./mar. 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 111-146.

CABRAL, Antônio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição, **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.115, 2004.

\_\_\_\_\_. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie/ JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 99-124.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65-78.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. v.I. São Paulo: Classic Book, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. v.II. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tradução de José Casais y Santaló. v.1. Madrid: Reus, 1922.

\_\_\_\_\_. **Principios de derecho procesal civil**. Tradução de José Casais y Santaló. v.2. Madrid: Reus, 1925.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e técnica del “giusto processo”**. Torino: Giappichelli, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.1. 5.ed.; São Paulo: Malheiros, 2005.

---

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.

FREITAS, José Lebre. **Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais**. 2.ed.; reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral.). **Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 389-411.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v.1. 17.ed.; São Paulo: Saraiva, 2003.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 351-381.

LEMOS, Jorge Nuno. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. **Julgar**, n.3, p. 61-86, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile**. Nápoles: Morano, 1962.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme/ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme/ARENHART, Sérgio Cruz/MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. **Ação declarativa à luz do código revisto**. 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, abr./jun., 1984.

---

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**. 8.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre al garantismo y la eficacia: um debate mal planteado. In: MONTERO AROCA, Juan. (Coord.). **Proceso civil e ideología: um prefacio, uma sentencia, dos cartas i quince ensayos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 255-271.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 11.ed.; São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.2. 12.ed.; São Paulo: Saraiva, 1989.

SILVA, Bruno Freire e/ FLORENTINO, Carlos Manoel Leite Gomes. Uma análise da tendência de aumento dos poderes do juiz no campo das provas e os seus necessários limites diante de princípios e regras. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord.). **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. São Paulo: Método, 2009, p. 65-82.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori dele parti e del giudice in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, p. 239-266, mar. 2006.

\_\_\_\_\_. **La prueba**. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *et al.* **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VARELA, V. Antunes/ BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e. **Manual de processo civil**. 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Debido processo versus pruebas de oficio**. Rosário: Juris.

---



FACULDADE  
**SANTO AGOSTINHO**  
MONTES CLAROS • MG