



ISSN 0034-835X  
e-ISSN 2596-0466

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 57

# 228

outubro a dezembro de 2020

SENADO FEDERAL



# **SENADO FEDERAL**

Mesa

Biênio 2019 – 2020

Senador Davi Alcolumbre

**PRESIDENTE**

Senador Antonio Anastasia

**PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE**

Senador Lasier Martins

**SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE**

Senador Sérgio Petecão

**PRIMEIRO-SECRETÁRIO**

Senador Eduardo Gomes

**SEGUNDO-SECRETÁRIO**

Senador Flávio Bolsonaro

**TERCEIRO-SECRETÁRIO**

Senador Luis Carlos Heinze

**QUARTO-SECRETÁRIO**

## **SUPLENTE DE SECRETÁRIO**

Senador Marcos do Val

Senador Weverton

Senador Jaques Wagner

Senadora Leila Barros



ISSN 0034-835X  
e-ISSN 2596-0466

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 57

# 228

outubro a dezembro de 2020

SENADO FEDERAL





#### MISSÃO

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

#### FUNDADORES

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

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

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. EDITOR EXECUTIVO: Raphael Melleiro. GESTÃO DE

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

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

**POLÍTICA DE ACESSO E DIREITO DE USO:** A RIL oferece acesso aberto livre a seu conteúdo (disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/>), sendo publicada sob uma licença Creative Commons na modalidade “atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença” (CC BY-NC-SA 3.0 BR).

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

---

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

Trimestral.

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

ISSN 0034-835X (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

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

## CONSELHO

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

## PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Adualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Guilherme Lemos Jorge, Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Betânia de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caetano Ernesto Pereira de Araújo, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Augusto Daniel Neto, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Ma. Caroline Somesom Tauk, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cristiano Lange dos Santos, Laboratório de Análise de Políticas Públicas e Sociais, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Leles, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Dircêo Torrecillas Ramos, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Edinilson Doniset Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto

Alegre, RS, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fábio Feliciano Barbosa, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Dalla Libera Damacena, Ambrósio e Dalla Libera Advogados Associados, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Gabriel Saad Kik Buschinelli, Ibmec São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Henrique Aniceto Kujawa, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ielbo Marcus Lobo de Souza, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Jordan Vinícius de Oliveira, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. José Renato Gaziero Cella, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Pedro Kostin Felipe de Natividade, Natividade Sociedade de Advogados, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Julia Sichier Moura, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Juliane Sant'Ana Bento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Júlio César Faria Zini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Larissa Lauda Burmann, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Ma. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Leonardo Geliski, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Ma. Licemar Vieira Melo, Unisinos, Passo Fundo, RS, Brasil / Ma. Lillian Barros de Oliveira Almeida, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Ma. Lorena Abbas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Lucas Rodrigues Cunha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dra. Luciana de Souza Ramos, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luís Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcelo Weick Pogliese, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marcio Iorio Aranha, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade

Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Lirida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Mariana Cirne Barbosa, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dra. Marilisa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Me. Martin Pino, Escola Superior de Advocacia da OAB, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maurínce Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Patryck de Araújo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Fernando Soares Pereira, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saravia, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Universidade Santa Cecília, Santos, SP, Brasil / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Me. Rafael Santos Soares, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Luis Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecedes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sandra Mara Campos Alves, Fundação Oswaldo Cruz Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Unicatólica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Sônia Leticia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dra. Tayara Talita Lemos, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Thiago Rodrigues Silame, Universidade Federal de Alfenas, Alfenas, MG, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil

## AUTORES

André Felipe Canuto Coelho é doutor em Ciência Política e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; pós-doutorando em Direito Tributário pela Universidad de Granada, Granada, Andaluzia, Espanha; graduado em Direito e Economia pela UFPE, Recife, PE, Brasil; professor de Direito Tributário, Financeiro e Econômico da Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil; auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, Recife, PE, Brasil. / Antonio Henrique Graciano Suxberger é doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, DF, Brasil; graduado em Direito pela UnB, Brasília, DF, Brasil; professor titular do programa de mestrado e doutorado do UniCEUB e dos cursos de especialização da FESMPDFT, Brasília, DF, Brasil; promotor de Justiça no Distrito Federal, Brasília, DF, Brasil. / Caio Gentil Ribeiro é mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; procurador do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. / Elias Jacob de Menezes Neto é doutor e mestre em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, RN, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da UFRN, Natal, RN, Brasil. / Ernane Salles da Costa Junior é

doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil, com estágio doutoral no instituto Fonds Ricoeur, vinculado à École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, França (Bolsa Capes); mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor em Direito Constitucional pela UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor substituto da Faculdade de Direito e de Ciências do Estado da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Giuseppe Giura é doutor em Direito pela Università degli Studi di Catania, Sicília, Itália; professor da Università degli Studi di Catania, Sicília, Itália; membro da Polizia di Stato da Itália. / Ivan Luiz da Silva é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; pós-graduado em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito, São Paulo, SP, Brasil; procurador do Estado de Alagoas, Maceió, AL, Brasil; advogado. / João Paulo Atilio Godri é mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Curitiba, PR, Brasil; professor de Direito Empresarial e Direito Civil da graduação da Faculdade Inspirar e da pós-graduação *lato sensu* da PUC-PR e do Centro Universitário UniDomBosco, Curitiba, PR, Brasil; advogado, Curitiba, PR, Brasil. / Jorge André de Carvalho Mendonça é doutor em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz federal, Recife, PE, Brasil. / Marcia Carla Pereira Ribeiro é doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, e pela Universidade Paris I, Sorbonne, Paris, França; professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da UFPR, Curitiba, PR, Brasil. / Mariana Mazzini Marcondes é doutora em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; professora de Administração Pública e Gestão Social da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil. / Regina Stela Corrêa Vieira é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil. / Rodrigo Costa Yehia Castro é mestre em Direito e Inovação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora, MG, Brasil; professor substituto do Departamento de Direito Público Formal e Ética Profissional da Faculdade de Direito da UFJF, Juiz de Fora, MG, Brasil; advogado do Núcleo de Prática Jurídica da UFJF, Juiz de Fora, MG, Brasil. / Vicente Riccio é doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Ciência Política pelo IUPERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor em Ciência Política pela Northwestern University, Evanston, Illinois, EUA; professor adjunto da graduação e do mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil.

# Sumário

## Artigos

- 11 **Perspectiva de gênero nas licenças por nascimento**  
**Uma análise do Brasil, da Argentina e do Uruguai durante governos de esquerda**  
Mariana Mazzini Marcondes  
Regina Stela Corrêa Vieira
- 37 **A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos *common law crimes***  
Jorge André de Carvalho Mendonça
- 59 **O Direito como parte da moralidade e o fim da teoria do Direito**  
Caio Gentil Ribeiro
- 77 **O crime organizado no Brasil e na Itália**  
**Análise de decisões**  
Rodrigo Costa Yehia Castro  
Giuseppe Giura  
Vicente Riccio
- 93 **O juiz das garantias como caso de erro legístico**  
Antonio Henrique Graciano Suxberger
- 115 **Registro empresarial em perspectiva histórica**  
**Um olhar sobre o passado para compreender a importância jurídico-econômica do instituto**  
Marcia Carla Pereira Ribeiro  
João Paulo Atilio Godri
- 133 **O processo disciplinar estadual e o princípio do devido processo legal**  
Ivan Luiz da Silva
- 149 **A sociedade em rede e o Estado democrático na modernidade líquida**  
Elias Jacob de Menezes Neto
- 165 **Constitucionalismo e hermenêutica crítica da consciência histórica**  
**Ricoeur, leitor de Gadamer**  
Ernane Salles da Costa Junior

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

## Artigo em língua estrangeira

- 179 **Teoría del motivo económico válido: ¿seguridad jurídica o capacidad económica?**  
**Una aplicación de la norma antielusiva en España**  
André Felipe Canuto Coelho

# Perspectiva de gênero nas licenças por nascimento

Uma análise do Brasil, da Argentina e do Uruguai durante governos de esquerda

MARIANA MAZZINI MARCONDES  
REGINA STELA CORRÊA VIEIRA

**Resumo:** Nas primeiras décadas do século XXI emergiram governos de esquerda na América Latina. Com eles houve ampliação de políticas e direitos sociais, gerando um contexto favorável à instituição de medidas promotoras da igualdade de gênero, como as voltadas à distribuição mais equitativa do cuidado. Entretanto, tais medidas foram instituídas? Para refletirmos a respeito, enfocamos o direito ao cuidado e analisamos as licenças remuneradas por nascimento (maternidade, paternidade e parental), a fim de investigar se ocorreram mudanças significativas nessas políticas durante os governos de esquerda no Brasil, na Argentina e no Uruguai. Para isso, realizamos uma análise qualitativa documental, complementada por entrevistas e dados secundários, e construímos evidências com base em indicadores parametrizados e comparáveis. Os resultados apontam para variações notáveis, com maiores avanços no Uruguai, seguido por Brasil e Argentina, mas não nos permitem concluir se é possível relacionar diretamente governos de esquerda à incorporação de perspectivas de gênero em direitos relacionados ao cuidado.

**Palavras-chave:** Gênero. Política pública. Direito ao cuidado. América Latina. Pesquisa comparada.

## Gender perspective on Birth Leaves: an analysis of Brazil, Argentina, and Uruguay during left-wing governments

**Abstract:** During the first decades of the 21st century, left-wing governments emerged in Latin America. They have expanded policies and social rights, generating a favorable context for the institution of measures that promote gender equality, such as those aimed at a more equitable distribution of care. However, would this take place? To reflect

Recebido em 22/4/20  
Aprovado em 6/6/20

upon this, we focused on the right to care and analyzed paid leave for birth (maternity, paternity and parental), investigating whether there were significant changes in these policies during the leftist governments in Brazil, Argentina, and Uruguay. Drawing on qualitative document analysis, complemented by interviews and secondary data, we built parameterized and comparable indicators for the analysis of the results. We found out a notable variation between cases, with greater advances in Uruguay, followed by Brazil and Argentina. Thus, we concluded that it is not possible to directly relate left-wing governments and the incorporation of a gender perspective on the right to care.

**Keywords:** Gender. Public policy. Right to care. Latin American. Comparative research.

## 1 Introdução

No início do século XXI, governos de esquerda foram eleitos em diversos países da América Latina (AL), a exemplo do Brasil, Argentina, Uruguai, Venezuela e Bolívia (WEYLAND; MADRID; HUNTER, 2010). Embora tenham sido distintos entre si, houve elementos comuns a esses governos: eles compartilharam críticas às reformas neoliberais, sobretudo às realizadas na década de 1990, assim como valorizaram o compromisso da ação estatal com a inclusão social, por meio da garantia de direitos e implementação de políticas públicas (HUBER; STEPHENS, 2012).

Esse processo de expansão de direitos e políticas também abarcou iniciativas de promoção de igualdade de gênero, impulsionadas por reivindicações dos movimentos feministas e pela atuação de feministas no Estado (MCBRIDE; MAZUR, 2013; BLOFIELD; MARTÍNEZ FRANZONI, 2014). Uma das demandas no período foi a de medidas para a promoção da igualdade de gênero no trabalho e o enfrentamento da divisão sexual do trabalho. Nesse cenário, a desigual divisão de responsabilidades familiares ganhou visibilidade, com a ampliação de dados sobre o trabalho doméstico não remunerado e de pesquisas sobre uso do tempo (MARTÍNEZ FRANZONI, 2005; PAUTASSI, 2008; AGUIRRE, 2009; BATTYÁNY, 2009; HIRATA; GUIMARÃES, 2012). As evidências empíricas revelaram jornadas de trabalho excessivas de mulheres latino-americanas em comparação aos homens, uma vez que, além do tempo de trabalho remunerado, elas assumem a maior parte das tarefas de manutenção da casa e de cuidado de parentes e crianças (NAÇÕES UNIDAS, [2020]).

Consequentemente, o trabalho de cuidado (remunerado e não remunerado) ganhou espaço no debate feminista, tornando-se um campo de disputa na reformulação de direitos e políticas (AGUIRRE, 2009; FARIA; MORENO, 2010; FEDERICI, 2012; RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ; PAUTASSI, 2014). O diagnóstico de teóricas e ativistas apontava que, se o poder público não ignorava essa questão, tampouco a priorizava. Essas críticas indicavam que grande parte das formulações jurídicas e políticas seguiam reproduzindo a lógica sexista “homem-provedor/mulher-cuidadora” (AGUIRRE, 2009; FUDGE, 2014).

Assim, na conjuntura de ascensão de governos de esquerda na AL, identificamos que houve expansão de direitos e políticas sociais, e que movimentos feministas atuaram para que essa ampliação incorporasse o compromisso com a igualdade de gênero – incluindo o cuidado, em maior ou menor medida. Todavia, teria isso resultado na ampliação e reorganização de direitos relacionados ao cuidado, numa perspectiva de gênero? Com o objetivo de debater essa questão, partimos de estudos e pesquisas sobre o tema (PAUTASSI; RICO, 2011; BLOFIELD; MARTÍNEZ FRANZONI, 2014; BATTHYÁNY; GENTA; SCAVINO, 2017) e analisamos os dados de uma investigação comparada acerca da garantia de direitos de licença remunerada por nascimento durante governos de esquerda no Brasil, na Argentina e no Uruguai.

As licenças foram escolhidas por sua representatividade em relação à atuação estatal para garantir direitos e políticas de cuidado no campo do trabalho e da proteção social. Elas constituem um campo profícuo para debater a responsabilização do Estado (regulação, financiamento e provisão) e dos homens (licenças paternidade e parental), além da proteção à maternidade (licença-maternidade). Para refletir sobre a garantia das licenças nos três paí-

ses, investigamos um conjunto de indicadores parametrizados, desenvolvidos com base em Blofield e Martínez Franzoni (2014), para depois analisarmos dados documentais, especialmente atos normativos, complementados por entrevistas e por dados secundários, provenientes de pesquisas feministas. A literatura mobilizada privilegiou a aproximação entre políticas públicas, Direito e estudos de gênero, sustentando um arcabouço teórico para debater o direito ao cuidado na perspectiva de gênero (MARTÍNEZ FRANZONI, 2005; PAUTASSI, 2008; AGUIRRE, 2009; BATTHYÁNY, 2009; HIRATA; DEBERT, 2016).

Os resultados evidenciam notáveis diferenças. Ainda que no ponto de partida da comparação (antecedente aos governos de esquerda) o Uruguai estivesse em posição de desvantagem, foi nele que houve maiores avanços durante os governos de esquerda. No Brasil, houve extensão do período de licenças, mas os benefícios ficaram restritos a grupos de trabalhadoras e trabalhadores mais protegidos pela legislação trabalhista e previdenciária vigente. Por fim, na Argentina, as mudanças foram pontuais, mas privilegiaram categorias laborais “precarizadas”, como as trabalhadoras domésticas e as rurais temporárias.

Este artigo está organizado em oito partes, incluindo esta introdução. Na segunda seção, apresentamos o referencial teórico. Na terceira, explicitamos as estratégias e o percurso metodológico. Na quarta, quinta e sexta partes analisamos, respectivamente, os casos brasileiro, argentino e uruguaio, com base nos indicadores desenvolvidos, comparando o que ocorreu durante os governos de esquerda com o que havia antes do início deles. Em seguida, debatemos os resultados de forma comparada. Por fim, na oitava parte, em caráter de considerações finais, apresentamos uma síntese do percurso, indicando limitações e possíveis contribuições

do trabalho. Nosso propósito foi contribuir para estudos feministas que reflitam sobre a atuação estatal na AL por meio da implantação de políticas públicas, sob a ótica da garantia de direitos.

## 2 Referencial teórico

### 2.1 Estado e igualdade de gênero: relações entre direitos e políticas públicas

Um marco para a relação entre direitos e políticas públicas é o paradigma do Estado Democrático de Direito, surgido ao final da Segunda Guerra Mundial (MOREIRA, 1973; CANOTILHO, 1998; BERCOVICI, 2005). Nele ganhou relevância a estruturação de sistemas de bem-estar social, ancorados no reconhecimento da cidadania, na busca do pleno emprego e na criação de políticas de proteção social (BLOFIELD; MARTÍNEZ FRANZONI, 2014). Consequentemente, essa configuração transbordou a noção de direitos individuais, incluindo os direitos políticos, sociais e econômicos (MARSHALL, 1967).

Nesse paradigma, à medida que as funções estatais se tornaram protetivo-repressivas e promocionais (BOBBIO, 2007), o padrão de legislação alterou-se substantivamente, invertendo-se de um sentido negativo (coibir uma ação) para um sentido positivo (promover uma ação) (CANOTILHO, 1998). Nesses termos, a efetivação de direitos passou a envolver prestações positivas do Estado, especialmente por meio de políticas públicas (PAUTASSI, 2008), cuja formulação, financiamento e implementação necessitam de formalização jurídica. Direitos e políticas públicas tornaram-se, portanto, noções imbricadas. Entretanto, como observa Pautassi (2008), a despeito de os direitos servirem como objetivos que deveriam orientar o desenho de políticas, isso não necessariamente ocorre.

É nesse enquadramento mais geral que propomos abordar a temática do cuidado. Para introduzir uma perspectiva feminista na discussão, recorreremos à transversalidade de gênero (*gender mainstreaming*), difundida internacionalmente a partir da IV Conferência Mundial de Mulheres (Pequim, 1995) (WALBY, 2005; BANDEIRA, 2005). A transversalidade é uma estratégia de comprometimento do Estado com a igualdade material que envolve a inserção de uma perspectiva de gênero no curso da ação estatal, reorganizando cultura e práticas organizacionais, assim como a forma de garantir direitos e implantar políticas públicas (WALBY, 2005; PAUTASSI, 2008).

Nas últimas décadas, a transversalidade na AL tornou-se referencial importante na implantação de políticas de igualdade de gênero e na

reflexão sobre elas (PAUTASSI, 2008; MARCONDES; DINIZ; FARAH, 2018). Concorreu para isso o impulso de organizações e instâncias internacionais, principalmente da *Comisión Económica para América Latina y el Caribe* (CEPAL) (BANDEIRA, 2005).

Com base nesse arcabouço mais amplo, que integra Direito e política pública numa perspectiva de gênero, enfocamos a questão do cuidado.

## **2.2 O cuidado e a ação estatal de garantia de direitos e políticas numa perspectiva de gênero**

Embora seja polissêmico, o termo *cuidado* tem ganhado contornos bastante específicos na teoria feminista (MARTÍNEZ FRANZONI, 2005; AGUIRRE, 2009; BATTHYÁNY, 2009; HIRATA; GUIMARÃES, 2012). Por essa razão, é fundamental esclarecer a concepção adotada neste trabalho, que parte de Hirata e Debert (2016, p. 7), para as quais o cuidado engloba “processos, relações e sentimentos entre pessoas que cuidam umas das outras”. Nesses termos, o cuidado é um campo amplo de ações em diversas dimensões da vida social, decorrentes de relações intersubjetivas, ações do Estado ou políticas públicas voltadas a segmentos da população tidos como dependentes, como crianças, idosos e pessoas com deficiência (HIRATA; DEBERT, 2016).

Com nuances contextuais, as práticas sociais de cuidado nos países capitalistas ocidentais ancoram-se primordialmente nas famílias e, no âmbito delas, numa rede de mulheres (BATTHYÁNY, 2009). Essas práticas reprodutoras das desigualdades de gênero foram denunciadas pelos movimentos feministas ao redor do mundo, inclusive na AL (MARTÍNEZ FRANZONI, 2005; AGUIRRE, 2009; BATTHYÁNY, 2009; PAUTASSI, 2018). Entretanto, esses movimentos não apenas elaboraram críticas, como também apresentaram propostas de soluções, enfatizando tanto a proteção a quem cuida quanto a responsabilização de quem não cuida, a exemplo dos homens e do Estado. Nesse sentido, uma das possíveis abordagens é a que traz um enfoque do Direito.

Para Pautassi (2018), é possível definir direitos e deveres envolvendo sujeitos e o Estado de maneira abrangente, enredando quem cuida, quem é cuidado e o autocuidado. Ainda segundo a autora, a garantia do direito ao cuidado não se limita a apenas um sujeito da relação de cuidado (ex.: quem deve ser cuidado) ou a uma posição social (ex.: trabalhadoras com vínculo formal), mas deve ser formulado em bases universais. Para isso, a ação estatal deve abranger tanto a garantia de direitos quanto a oferta de serviços ou prestações sociais que os efetivem, integrando políticas públicas de diferentes áreas (ex.: trabalho, seguridade social, saúde, educação e assistência social).

Esse enfoque em relação ao cuidado envolve funções normativas, mas não apenas; também abarca fiscalização, financiamento e provisão (direta ou indireta). Essa provisão pode implicar serviços públicos que promovam algum nível de “desfamiliarização” do cuidado, a exemplo de políticas de creches e equipamentos de cuidado de pessoas idosas e deficientes em situação de dependência (AGUIRRE, 2009). Pode também abranger a instituição de medidas de proteção à maternidade e de corresponsabilização masculina, a exemplo das licenças remuneradas por nascimento (BATTHYÁNY; GENTA; SCAVINO, 2017; VIEIRA, 2019). As licenças não se limitam à maternidade: podem incluir a licença-paternidade e a licença parental. É a esse tipo de medida que nos dedicamos neste trabalho.

### 2.3 Licenças remuneradas por nascimento

Desde as primeiras formulações de normas trabalhistas no mundo, entre o final do século XIX e o início do século XX, a proteção da maternidade figurava entre os temas de atenção dos legisladores (FEDERICI, 2017). É emblemático um dos primeiros tratados internacionais relativos ao trabalho, a Convenção 3 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1919, em que foi prevista licença remunerada obrigatória de seis semanas antes e depois do parto. Contudo, sobre os pais ou o cuidado de crianças para além da maternidade, esse normativo não previu uma linha (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1919).

Influenciada pela agenda internacional e por debates internos, a maioria dos países da AL editou normas trabalhistas, prevendo licenças para antes e depois do parto. No entanto, tais previsões legislativas, apesar de estruturarem políticas referentes ao cuidado de crianças para mulheres se inserirem no mercado de traba-

lho, não o fizeram incorporando a perspectiva feminista sobre trabalho reprodutivo, mas reafirmando estereótipos de gênero e da divisão sexual do trabalho (VIEIRA, 2019).

As licenças remuneradas por nascimento integram o rol dos chamados direitos trabalhistas e previdenciários. Elas consistem em uma forma de intervenção estatal na articulação entre trabalho produtivo e reprodutivo, que pode combinar regulação e fiscalização da ação de outros agentes (mercado e famílias) com transferência de recursos públicos (BLOFIELD; MARTÍNEZ FRANZONI, 2014), definindo direitos e garantindo condições para a sua efetivação.

Sua modalidade mais recorrente é a licença-maternidade, em regra exercida pela mãe, e a princípio decorrente do parto, embora possa ser gozada por adotante, inclusive por família LGBTQ+, conforme a legislação do país. Por meio dela, garante-se um número de dias de cobertura, em que a mãe se ausenta do trabalho para o cuidado infantil, sem perda de vínculo laboral ou de remuneração. De forma análoga, a licença-paternidade é exercida pelos pais em razão de nascimento, mas também pode incluir adotantes ou família LGBTQ+. Em regra, ela é menos extensa e sua previsão como um direito trabalhista não visou, num primeiro momento, à promoção de tempo para cuidar, mas à garantia de uma ausência remunerada do trabalho para o registro civil da criança recém-nascida.

Distinta é a licença parental, que pode ser usufruída por mães ou pais, além de diferentes arranjos familiares, incluindo monoparentais e LGBTQ+ (PINHEIRO; GALIZA; FONTOURA, 2009; DÍAZ LANGOU; FLORITO, 2016). Essa modalidade pode variar em relação à obrigatoriedade de seu gozo por homens (BATTHYÁNY; GENTA; SCAVINO, 2017). Na hipótese de ser obrigatória, caso o pai não usufrua, o benefício não pode ser utilizado pela mãe. A licença

parental pode não incluir o completo afastamento do trabalho, mas estabelecer uma jornada parcial, na qual mães e pais ficam parcialmente à disposição do mercado e do cuidado familiar.

Na efetivação das licenças, há transferência de recursos públicos quando à licença é atrelado um benefício, geralmente vinculado à previdência social; ou quando elas beneficiam membros do serviço público, situação em que o Estado é o empregador. Transferências condicionadas de renda também são uma forma de financiamento público do cuidado realizado por famílias, de caráter não contributivo, razão pela qual assumimos que elas consistem numa espécie de licença de caráter precário, ainda que não tenham sido criadas com esse fim (DÍAZ LANGOU; FLORITO, 2016).

Numa perspectiva de gênero, a licença-maternidade pode ter um duplice efeito: promover a proteção à maternidade e, a depender de sua extensão, reproduzir a lógica maternalista de cuidado. As licenças paternidade e parental, por sua vez, a depender de sua formatação, podem contribuir para a corresponsabilização masculina, promovendo uma cultura de compartilhamento de cuidados. Desse modo, as licenças tangenciam de formas distintas a proteção à maternidade, o maternalismo e a responsabilização masculina, o que as torna de especial interesse para este estudo.

### 3 Estratégia e percurso metodológicos

Para a investigação da perspectiva de gênero nas licenças remuneradas por nascimento, partimos da convergência dos dados de duas pesquisas mais amplas<sup>1</sup>, relativas aos direitos e políticas de cuidado. A análise desenvolvida neste artigo envolveu um estudo de casos qualitativo e comparado de pequeno “N”, com comparações dentro e entre os casos (STAKE, 1998; GERRING, 2008). Nele, optamos por focar governos de esquerda em países da AL, pois essa foi uma conjuntura favorável à ampliação de direitos para a inclusão social e para a incorporação de reivindicações feministas nos compromissos assumidos pela ação estatal.

Entre os países elegíveis, selecionamos três que, em termos relativos, tinham as melhores condições estatais para responder à transformação das relações entre trabalho e família na região (BLOFIELD; MARTÍNEZ FRANZONI, 2014). Privilegiamos os casos que compartilharam elementos contextuais, como o histórico de consolidação de sistemas de proteção social, além de semelhanças em relação aos governos de esquerda (ocorrência em períodos assemelhados e de forma contínua).

---

<sup>1</sup> Marcondes (2019) e Vieira (2018).

Em face desses critérios, escolhemos Brasil, Argentina e Uruguai. No Brasil, o Partido dos Trabalhadores (PT) governou entre 2003 e 2016. A *Frente para la Victoria* (FPV), capitaneada por Néstor e Cristina Kirchner, presidiu a Argentina entre 2003 e 2015. No Uruguai, o *Frente Amplio* (FA) assumiu em 2005 e permaneceu no poder até 2020<sup>2</sup>.

A construção dos dados partiu principalmente da análise documental de atos normativos, complementada por entrevistas e dados secundários. Estes últimos decorrem de pesquisas sobre as licenças nos três países investigados. No caso das entrevistas, incluímos uma de cada país: do Brasil, uma deputada constituinte; da Argentina, uma representante de organização da sociedade civil atuante nos debates sobre cuidado; e, do Uruguai, uma representante da Secretaria Nacional de Cuidados. Foi preservado o anonimato na citação das entrevistadas.

Para debater os dados, definimos um conjunto de indicadores e parâmetros baseados em normativos internacionais e na análise comparada de Blofield e Martínez Franzoni (2014). Levamos em conta duas variáveis: abrangência e tempo para cuidar. A abrangência é elemento fundamental para refletir sobre a garantia de direitos, ao passo que o tempo para cuidar implica um olhar mais detido na perspectiva de gênero. Para cada uma delas, consideramos dois indicadores e definimos parâmetros para análise. O Quadro 1 apresenta esse instrumento.

### Quadro 1 – Instrumento de análise: variáveis, indicadores e parâmetros

Variáveis	Indicador	Parâmetros (por grau)
Abrangência	Requisitos para elegibilidade por formas de inserção no sistema de proteção social e por modalidade de licença (maternidade, paternidade e parental)	Baixo: trabalho formal para todas as modalidades
		Intermediário: mais amplo do que o trabalho formal para uma modalidade e restrito a ele para as demais
		Intermediário alto: mais amplo do que o trabalho formal para todas as modalidades, com assimetrias
		Alto: todas as modalidades em bases universais (piso comum)
Fonte de financiamento por modalidade		Baixo: privado para todas as modalidades
		Intermediário: misto
		Alto: público para todas as modalidades

<sup>2</sup> No Brasil, o segundo mandato de Dilma Rousseff (o quarto do PT) foi interrompido por um processo de impedimento (ou *impeachment*) que entendemos ter sido um golpe parlamentar. Na Argentina, em 2019 a esquerda foi novamente eleita: a chapa de Alberto Fernández e Cristina Kirchner derrotou Mauricio Macri em sua tentativa de reeleição. No mesmo ano, no Uruguai o FA foi derrotado pelo Partido Nacional (*Blancos*), partido de direita.

Variáveis	Indicador	Parâmetros (por grau)
Tempo para cuidar	Extensão da licença-maternidade, em dias, e instituição de licença parental, considerando a obrigatoriedade do exercício paterno	Baixo: abaixo do piso mínimo de proteção à maternidade (menos de 12 semanas/84 dias)
		Intermediário baixo: igual ou acima do piso mínimo e abaixo do piso recomendado de proteção à maternidade (entre 12 semanas/84 dias e 14 semanas/98 dias)
		Intermediário: acima do piso recomendado de proteção à maternidade (14 semanas/98 dias)
		Intermediário alto: atendimento do piso recomendado de proteção à maternidade (14 semanas/98 dias) e instituição de licença parental de gozo facultativo pelo homem
	Extensão da licença-paternidade, em dias, e instituição de licença parental, considerando a obrigatoriedade do exercício paterno	Alto: atendimento do piso recomendado de proteção à maternidade (14 semanas/98 dias) e instituição de licença parental de gozo obrigatório pelo homem
		Baixo: abaixo do piso da corresponsabilidade (menos que cinco dias)
		Intermediário: igual ou acima do piso da corresponsabilidade (cinco ou mais dias)
		Intermediário alto: atendimento do piso da corresponsabilidade e instituição de licença parental de gozo facultativo pelo homem
		Alto: atendimento do piso da corresponsabilidade e instituição de licença parental de gozo obrigatório pelo homem

Nota: na análise, quando cabível, consideramos a garantia de direitos às famílias LGBTQ+ e a proteção à adoção.

Fonte: elaborado pelas autoras.

Para a análise da abrangência, mobilizamos dois indicadores. O primeiro, de elegibilidade, mensura diferentes formas de inserção no sistema de proteção social, considerando conjuntamente as licenças maternidade e paternidade. Nesse caso, adotamos como uma *proxy* de sua ampliação/restrrição a relação ou com o vínculo formal de trabalho (menos aderente, por ser produtor de desigualdades) ou com a universalização de acesso a direitos, mediante a adoção de um piso comum para as modalidades contributivas e não contributivas (mais aderente).

O segundo indicador diz respeito a fontes de financiamento. Como observam Pautassi e Rico (2011) e Blofield e Martínez Franzoni (2014), as licenças financiadas pelo estabelecimento empregador são assumidas como um custo direto deste, o que desestimula sua adoção e ainda penaliza desproporcionalmente as pequenas empresas. Em contrapartida, quando o financiamento é público, sua abrangência tende a ser ampliada. Esse

indicador é importante para considerar tanto como é financiada cada uma das modalidades (maternidade, paternidade e parental) quanto se há diferença entre elas.

Em relação ao tempo para cuidar, lançamos mão de indicadores de extensão (em dias) das licenças (maternidade e paternidade), além da instituição da licença parental. A garantia de um tempo remunerado para o cuidado materno após o nascimento (ou adoção) é um reconhecimento do valor social da maternidade. No entanto, a depender de sua extensão e se desarticulada de medidas que também responsabilizem os pais, essa licença pode produzir efeitos discriminatórios, por responsabilizar desproporcionalmente as mulheres pelo cuidado. Isso alimenta a crença de maior custo e menor comprometimento da força de trabalho feminina, inibindo a contratação de mulheres em relação à de homens ou acarretando pior remuneração.

Por outro lado, a ampliação de licença-paternidade e a adoção de licença parental contribuem para equalizar essa relação, diminuindo efeitos discriminatórios e estimulando a responsabilização masculina. A previsão legal desses mecanismos e a adoção de políticas públicas não alteram, por si, a divisão sexual do trabalho e a responsabilização pelos cuidados dentro das famílias. Porém, a possibilidade jurídica de os pais assumirem parte do cuidado das crianças elimina barreiras e permite que mudanças sociais avancem, fomentando uma nova cultura política sobre o cuidado.

Uma forma de parametrizar o tempo para cuidar é considerar pisos de extensão dessas licenças, como propõem Blofield e Martínez Franzoni (2014), com base nas Convenções da OIT. Nesse sentido, utilizamos os seguintes normativos: Convenção 103, sobre proteção à maternidade, com parâmetro mínimo de 12 semanas para a licença (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1952); Convenção 183, exten-

são da licença-maternidade para 14 semanas, parâmetro recomendado (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2000); e Convenção 156, na qual consta o estímulo à adoção gradual de licenças parentais (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, c2009). Os três países ratificaram pelo menos uma das três convenções. O Brasil e o Uruguai ratificaram a Convenção 103, e a 156 foi ratificada pela Argentina e pelo Uruguai (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, [2019]).

Assumimos como piso mínimo de proteção à maternidade as licenças de 12 semanas (84 dias), e como piso recomendado, a de 14 semanas (98 dias). Contudo, com a instituição de licenças parentais, introduz-se outro paradigma, mais ajustado à corresponsabilidade masculina e à pluralidade de arranjos familiares, incluindo as monoparentais e LGBTQ+ (PINHEIRO; GALIZA; FONTOURA, 2009; DÍAZ LANGOU; FLORITO, 2016).

Em relação à licença parental, diferenciamos o gozo facultativo e o exercício obrigatório para os homens, pois essas escolhas são permeadas por visões maternalistas que estimulam mulheres a exercerem a licença, especialmente se o tempo de duração coincidir com a recomendação de aleitamento materno exclusivo de 180 dias (BATTHYÁNY; GENTA; SCAVINO, 2017).

A parametrização em relação à responsabilização masculina encontrou menos subsídios nos normativos internacionais. Para suprir essa lacuna, buscamos dialogar com a proposta de Blofield e Martínez Franzoni (2014), que sugerem um piso mínimo de corresponsabilidade masculina, equivalente a cinco dias de licença-paternidade. Apesar de exíguo, esse período seria um aceno para a adoção de licenças para o cuidado, e não apenas para o registro civil de recém-nascido. As autoras apontam também que a adoção da licença parental representa um passo adiante em prol de maior igualdade de gênero.

Nas próximas seções apresentamos os resultados para cada caso, enfocando mudanças e permanências ocorridas nos governos de esquerda em relação a seus antecedentes. Em seguida, debatemos os dados comparativamente.

## 4 Brasil

### 4.1 Antecedentes

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a]) incorporou as demandas dos movimentos feministas e de mulheres em relação a licenças. Isso tornou o texto constitucional um marco tanto para a proteção à maternidade quanto para a responsabilização masculina. A *elegibilidade* para as licenças (maternidade e paternidade) abarcou distintos setores assalariados, urbanos e rurais, dos setores privado e público.

Após a CRFB, houve ampliação progressiva da *elegibilidade* da licença-maternidade para além do mercado formal de trabalho. Isso incluiu ocupações precárias, mal remuneradas, mulheres desempregadas e adoção (BRASIL, 2002, [2019b]), por meio da garantia da medida às contribuintes individuais e às denominadas *seguradas especiais* (ex.: trabalhadoras rurais). Ainda que com valores de benefício proporcionalmente menores – e, em alguns casos, com a necessidade de observância de carência (10 contribuições mensais) –, promoveu-se a ampliação do número de mulheres que recebem o benefício. Houve ainda situações como a das trabalhadoras rurais, para as quais não se exige o cumprimento da carência, mas a comprovação do exercício do trabalho no campo.

Essa paulatina ampliação da *elegibilidade* não abrangeu a paternidade, com exceção da sua adoção no serviço público. A licença-paternidade no Brasil restringiu-se ao Direito do Trabalho, não se tornando um benefício da previdência social,

como a maternidade (VIEIRA, 2019). Assim, a licença-paternidade seguiu recaindo sobre o estabelecimento empregador, consagrando o regime denominado *misto*: público para a maternidade e privado para a paternidade.

Em relação à *abrangência*, antes mesmo da CRFB o *financiamento* da licença-maternidade era de responsabilidade da Previdência Social (o chamado “salário-maternidade”), como uma medida para desonerar o estabelecimento empregador no período de afastamento da trabalhadora (VIEIRA, 2019).

Por fim, no que diz respeito ao *tempo para cuidar*, mais uma vez a CRFB foi um marco: nela se previu *licença-maternidade* de 120 dias (22 dias acima do piso recomendado, de 98 dias/14 semanas) e *licença-paternidade* de 5 dias (equivalente ao piso da corresponsabilidade). A CRFB garantiu essa licença-paternidade em caráter transitório, estabelecendo que sua regulamentação definitiva viria por meio de legislação posterior, o que ainda não ocorreu (BRASIL, [2019a]).

A despeito da assimetria de extensão entre as duas modalidades, houve um esforço de valorizar a paternidade responsável, como observa uma das entrevistadas, deputada constituinte:

a gente também votou a licença-paternidade. Porque é preciso, nessa divisão de tarefas e de responsabilidades, que a gente chamava de paternidade responsável, compartilhar. Claro que para o homem foi menor que para a mulher [pois havia pressão dos deputados], mas nós conseguimos votar as duas.

### 4.2 Governos petistas

Durante os governos de esquerda no Brasil (2003-2016), os fundamentos do regime de licenças brasileiro não foram alterados, ainda que tenha havido alguma ampliação de abrangência e, para algumas categorias, extensão de sua duração.

Em relação à *abrangência*, houve alguns avanços nos requisitos para a *elegibilidade*, a exemplo da garantia do gozo de licenças por famílias LGBTQ+. Foi assegurado que o benefício garantido à maternidade poderia ser concedido a adotante de sexo masculino, independentemente da idade da criança adotada, restrito a um membro do casal (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2018). Foi também assegurado ao cônjuge, em caso de morte da genitora, o gozo de licença-maternidade integral ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, desde que ele seja também segurado da previdência social (VIEIRA, 2019; STOLAR, 2018).

Durante os governos de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, houve também outra alteração no regime de licenças, em nível nacional, referente à ampliação do *tempo para cuidar*, em alguns casos específicos. A licença-maternidade foi ampliada em 60 dias, que, somados aos 120 já previstos, totalizou 180 dias (BRASIL, [2016a]). Para a paternidade foram previstos 15 dias suplementares, totalizando 20 dias (BRASIL, 2016b). Ambos os casos incluíram adoção.

Essa *extensão* de licenças foi de limitada *abrangência*, e sua *elegibilidade* ficou restrita ao serviço público e às empresas privadas de grande porte. No primeiro caso, foi autorizado que cada ente federativo instituisse esse benefício de forma individualizada. Em nível federal, ele foi garantido como direito no mesmo ano de aprovação de cada uma das leis (BRASIL, [2016a], 2016b). No segundo, foi criada uma medida de fomento, intitulada Programa Empresa Cidadã, cuja adesão é facultada a empresas de grande porte<sup>3</sup>, garantindo-se a elas a restituição de valores pagos pelas empregadoras em decorrência da ampliação de licença, por meio de uma isenção tributária.

Essa possibilidade de *extensão* das licenças (maternidade e paternidade) acirrou disparidades em relação à *elegibilidade*, ao prever medidas de proteção favoráveis aos setores mais formalizados do mercado de trabalho brasileiro, que geralmente são constituídos pelas classes médias e altas, em que predominam pessoas brancas. Ademais, as corporações que podem aderir ao programa representam apenas 3% das empresas do País (BRASIL, 2014). Trata-se, pois, de uma medida regressiva, uma vez que há financiamento público empregado para ampliar benefícios de setores mais formalizados (STOLAR, 2018; VIEIRA, 2019).

Em compensação, as transferências condicionadas de renda, que se generalizaram nos países latino-americanos, tornaram-se uma espécie de licença-maternidade de caráter não contributivo (ARCIDIÁCONO, 2012; DÍAZ LANGOU; FLORITO, 2016). É o caso do Programa Bolsa Família

---

<sup>3</sup> Podem gozar do benefício as empresas de arrecadação tributária com base no lucro líquido cujo faturamento seja superior a R\$ 78 milhões por ano.

(PBF), que prevê um benefício da assistência social a famílias pobres. Ele enfoca a maternidade, infância e adolescência, e seus valores são transferidos preferencialmente para mulheres. Essas transferências consistem em benefícios da assistência social, e não licenças laborais ou previdenciárias, mas de certa forma também garantem um tempo remunerado para cuidar, atingindo sujeitos que não seriam alcançados, dado o caráter contributivo das licenças.

Assim, o PBF guarda alguma semelhança com uma licença não contributiva. Contudo, há diferenças, a exemplo da exigência de contrapartidas (como frequência escolar e acesso a serviços de saúde). Ademais, não há um piso mínimo comum entre as modalidades contributivas e não contributivas fundamentado no cuidado como um direito. Trata-se, portanto, de um arranjo precário de atenção ao cuidado não contributivo.

Em síntese, em relação à garantia de licenças, as principais medidas implementadas durante o giro à esquerda foram marcadas por duas características: ampliação de assimetrias em relação aos benefícios por tipo de vínculo trabalhista, que decorrem da extensão das licenças ter beneficiado apenas algumas categorias já protegidas (serviço público e empresas de grande porte); e maternalismo, devido à desproporcional extensão da licença-maternidade (6 meses) em relação à da paternidade (20 dias).

Esses traços também estiveram presentes nas transferências condicionadas de renda, que consideramos um arranjo precário de atenção ao cuidado não contributivo. O PBF pode contribuir para a autonomia econômica das mulheres por priorizar as mães no pagamento dos benefícios, mas elas não são reconhecidas como sujeitos de direito específicos, funcionalizando-se papéis tradicionais de gênero para aumentar a eficácia do programa.

Por fim, as mesmas características maternalistas e de ampliação de assimetrias evidenciam-se

no *padrão de financiamento*. Antes e durante os governos de esquerda, vigeu o modelo misto, no qual a licença-maternidade é responsabilidade da Previdência Social, e a licença-paternidade é custeada pelos estabelecimentos empregadores. Com as alterações introduzidas no período em análise, criou-se a possibilidade de utilizar financiamento público indireto da *extensão* das licenças (maternidade e paternidade) por meio de isenções tributárias. Entretanto, a medida ficou restrita, beneficiando apenas setores do mercado de trabalho de maior proteção social. Assim, como regra geral, o financiamento público seguiu prioritariamente atrelado à proteção à maternidade, e não à corresponsabilização paterna.

## 5 Argentina

### 5.1 Antecedentes

Antes dos governos kirchneristas, o regime de licenças argentino era fortemente marcado pelas diferenças entre os setores privado e público – este último mais sintonizado com as perspectivas feministas.

A *Ley de Contrato de Trabajo* (LCT), de 1974 (ARGENTINA, [2018]), regulamentou as licenças para o setor privado, abarcando *requisitos de elegibilidad* restritos. Foi garantido ao setor formal licença-maternidade com *extensão* de 90 dias (6 dias acima do teto mínimo), excluindo as trabalhadoras domésticas. A licença-paternidade também se restringiu ao setor formal e não atende aos patamares mínimos de corresponsabilidade, pois ela se limitou a 2 dias, o que permite presumir que sua finalidade seja garantir tempo para as providências de registro civil.

Na década de 1990, foi instituído o regime de licença do setor público federal, com 100 dias para a maternidade (2 dias acima do piso recomendado) e 5 dias para a paternidade (equiva-

lente ao piso da corresponsabilidade) (ARGENTINA, [2006]). Em caso de adoção, a licença é de 100 dias, sem distinção de sexo, o que beneficia famílias LGBTQ+ (RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ; PAUTASSI, 2014). Esse regime abrange grande parte da administração direta federal, além de alguns órgãos descentralizados, mas não se aplica às províncias, que têm regimes próprios.

O *tempo para cuidar* garantido às mães pode chegar a 180 dias em duas hipóteses: em decorrência de nascimento de criança com síndrome de Down; ou por meio do *estado de excedência*, que permite à mulher optar pelo afastamento do trabalho após o período da licença-maternidade, durante três a seis meses. Por não haver remuneração, não consideramos essa última hipótese como licença de cuidado.

O *padrão de financiamento misto* foi adotado, assim como no Brasil, prevendo-se custeio público para a proteção à maternidade, ao passo que a licença-paternidade, custeada pelo empregador, consubstancia-se numa ausência trabalhista justificada.

## 5.2 Governos kirchneristas

Durante o kirchnerismo (2003-2015), em que pese a profusão de projetos de lei sobre regimes de licença, essas alterações não se concretizaram (RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ; PAUTASSI, 2014; DÍAZ LANGOU; FLORITO, 2016). Com isso, o regime de licença do período anterior seguiu, em regra, vigente.

Houve, contudo, algumas mudanças relevantes em relação à *elegibilidade*, que favoreceram a inclusão. Primeiramente, foi garantida a licença para as trabalhadoras domésticas (BLOFIELD; MARTÍNEZ FRANZONI, 2014) e para as trabalhadoras rurais temporárias (AULICINO, 2015). Isso beneficiou duas categorias de trabalho assalariado marcadas pela desproteção social. As regras gerais de licença-paternidade tampouco sofreram alterações profundas, mantendo-se em 2 dias sua *extensão* para o setor privado, e em 5 dias para o setor público federal, abrangendo a adoção apenas para este último. Uma exceção foi a ampliação da licença-paternidade para 30 dias para trabalhadores rurais não temporários (ARGENTINA, [2016]), o que excede o piso de corresponsabilidade. Assim, a licença-paternidade argentina continuou sendo, junto com a paraguaia, a mais limitada dos países da América do Sul que garantem esse direito (PAUTASSI; RICO, 2011).

O fundamento para a *elegibilidade* no caso argentino é o vínculo formal de trabalho, o que prejudica pessoas em relações de trabalho precárias (RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ; PAUTASSI, 2014; BLOFIELD; MARTÍNEZ FRANZONI, 2014). Com efeito, os regimes de trabalho informais, monotributistas (“conta própria”) e autônomos não são abrangidos – o

que, na estimativa de Díaz Langou e Florito (2016), corresponde a cerca de metade da força de trabalho argentina. Não houve tampouco alterações no *financiamiento* misto das licenças (DÍAZ LANGOU; FLORITO, 2016). A questão do financiamento foi apontada como o principal obstáculo para a alteração do regime de licenças por uma das entrevistadas, que integra uma organização da sociedade civil bastante atuante nas discussões sobre política de cuidado: “el sector privado responde con otras series de mitos, que se refieren más a la productividad y a los impactos que pueden ter las licencias. [...] Hay un miedo muy grande del sector público del costo fiscal que viene de la mano con esas medidas”.

Como também apontou a entrevistada, a não alteração do regime combinou a falta de consenso no âmbito governamental, em decorrência do custo fiscal da medida, com a resistência do setor privado, que via tais mudanças como um risco de aumento de custo. Essa era especialmente presente para as pequenas e médias empresas, setor de maior empregabilidade do país, para as quais o gasto adicional com a substituição temporária da pessoa em licença representa potencial maior onerosidade.

Por fim, durante os mandatos de Cristina Kirchner (2007-2015), foram instituídos programas de transferências condicionadas de renda, denominados *Asignaciones Universales por Hijos e por Embarazo*. Eles foram previstos como uma modalidade de *asignación familiar* (“salário família”), a qual prescinde de contribuição para a previdência social e beneficia principalmente as mulheres (ARCIDIÁCONO, 2012). Dessa forma, por vezes, esses programas funcionaram como uma modalidade de licença remunerada não contributiva, reproduzindo igualmente as assimetrias e os traços maternalistas observados no caso brasileiro.

## 6 Uruguai

### 6.1 Antecedentes

Antes do giro à esquerda, a *elegibilidadade* do regime de licenças uruguaio abrangia o vínculo formal de trabalho assalariado (BLOFIELD; MARTÍNEZ FRANZONI, 2014). Para o setor público, a *extensión* era de 13 semanas de licença-maternidade (uma semana acima do piso mínimo e uma abaixo do recomendado) e 3 dias de licença-paternidade (abaixo do piso da corresponsabilidade) (BATTHYÁNY; GENTA; SCAVINO, 2017). Era facultado às mães lactantes a realização da jornada parcial, sem prejuízo de remuneração.

Para o setor privado, a licença-maternidade era de 12 semanas (equivalente ao piso mínimo) (BATTHYÁNY; GENTA; SCAVINO, 2017), não

havendo licença-paternidade prevista em lei. A adoção era protegida por essas legislações vigentes, não se diferenciando, para seu uso, mulheres e homens, o que permitia a cobertura das famílias LGBTQ+.

Assim como nos demais países, o regime de *financiamento* adotado era o misto, em que a licença-maternidade era paga como benefício previdenciário devido pelo Estado, e a licença-paternidade era um benefício trabalhista devido pela instituição empregadora.

## 6.2 Governos *frenteampelistas*

Ainda no início dos governos do *Frente Amplio* (2005-2020), o regime de licenças do setor público uruguaio foi alterado. Em 2005, a *extensão* da licença-paternidade nesse segmento foi para 10 dias úteis, incluindo a adoção, o que a colocou acima do piso de corresponsabilidade (BLOFIELD; MARTÍNEZ FRANZONI, 2014). Entretanto, a mudança mais inovadora foi realizada em 2013, no contexto da discussão do Sistema Nacional Integrado de Cuidados, beneficiando o setor privado. Nesse novo marco (URUGUAY, 2013), foram previstas três licenças: maternidade, paternidade e parental.

Com base nas novas regras, a licença-maternidade foi estendida para 14 semanas (98 dias, equivalente ao piso recomendado). A licença-paternidade, por sua vez, passou a ser de 10 dias para trabalhadores por conta própria contemplados na legislação e de 13 dias para empregados (URUGUAY, 2013). Em ambos os casos, acima do piso de corresponsabilidade.

Por fim, foi prevista a criação de uma licença parental de meio período, cujo início ocorre com o fim da licença-maternidade, estendendo-se até os 180 dias da criança. Com ela, facultou-se a mães e pais trabalharem em regime de meio período e, assim, disporem de tempo para cuidado. Essa licença é remunerada por um subsídio proporcional a uma jornada parcial de trabalho, que não pode ser superior a quatro horas.

Esse novo marco legislativo também ampliou a *elegibilidade*, incluindo as três modalidades (maternidade, paternidade e parental), previstas tanto para os postos com carteira assinada (*dependientes*) quanto para o trabalho por conta própria (*independientes* e *monotributistas*). Além disso, assim como nos demais casos, no Uruguai foi instituído um programa de transferência de renda condicionada: a modalidade não contributiva de *asignaciones familiares*, que atende a critérios de vulnerabilidade social, preferencialmente transferida para as mulheres (URUGUAY, 2008).

Outra importante inovação incidiu sobre o *financiamento* das licenças. No novo regime para o setor privado, o financiamento passou a ser da previdência social também para as modalidades paternidade e parental

(URUGUAY, 2013). Com isso, as três formas de licença passaram a integrar os benefícios sociais previdenciários e, assim, constituíram-se em transferências de recursos públicos para o exercício do cuidar.

Com essas mudanças, as licenças para o setor privado tornaram-se mais comprometidas com a igualdade de gênero, e o Uruguai projetou-se, entre os três países, como o caso de maiores inovações na perspectiva da igualdade de gênero. Entretanto, há limitações. Primeiramente, destaque-se a disparidade entre os regimes privados e públicos, como observa a representação governamental entrevistada:

Ahí tenemos una dificultad. Porque es más progresista la ley del sector privado que el público. En el sector público tiene un medio horario para la lactancia. De lo que estamos de acuerdo. Pero no tiene la perspectiva de corresponsabilidad de género. El varón padre no existe. Es una agenda que tenemos que ir construyendo.

Além disso, a licença parental é optativa para os pais, o que reduz a potencialidade do instrumento para a promoção de novas práticas, pois tende-se a reproduzir as normas culturais de gênero, que estimulam seu exercício por mulheres, o que é agravado pela coincidência do período dessa licença com o recomendado para a amamentação (BATHYÁNY; GENTA; SCAVINO, 2017).

## 7 Análise comparada

Antes do giro à esquerda, a linha de base para a comparação nos três países era distinta. O caso brasileiro era o mais avançado, em decorrência de um processo de ampliação de direitos, no qual a CRFB foi um marco. Na vigência de governos de esquerda nos três países, reivindicações e propostas de mudanças legislativas estiveram presentes. Entretanto, a comparação dos resultados indica diferenças, como discutiremos a seguir ao lançar mão de nosso instrumento de análise (Quadro 1), com os parâmetros para classificar comparativamente cada um dos casos. Iniciamos a comparação pela variável *abrangência* e seus respectivos indicadores: elegibilidade e fontes de financiamento.

### 7.1 Abrangência

Antes da assunção dos governos de esquerda, a elegibilidade das licenças era similar no Uruguai e na Argentina: limitava-se ao vínculo formal de trabalho. Consequentemente, excluía-se os setores informais, forma expressiva de inserção no mercado de trabalho na AL. Havia, contudo,

diferenças entre os dois casos. Na Argentina setores laborais como o trabalho doméstico remunerado estavam excluídos pela LCT; no Uruguai não havia licença-paternidade para o setor privado prevista em lei.

Por sua vez, a elegibilidade no caso brasileiro era mais abrangente (grau intermediário): mais amplo do que o vínculo formal para a licença-maternidade e restrito a esse vínculo no caso da licença-paternidade. Desde a promulgação da CRFB, ampliou-se progressivamente a proteção à maternidade, incluindo segmentos informais, podendo beneficiar mulheres pobres e negras. Contudo, a exigência de um número mínimo de contribuições reduziu esse potencial inclusivo, excetuando-se o caso das seguradas especiais (ex.: trabalhadoras rurais), para as quais o benefício é garantido mediante a comprovação do efetivo exercício do tempo de trabalho.

Durante os governos de esquerda, houve avanços nos três casos, em diferentes graus. Na Argentina, a aderência passou ao nível intermediário em decorrência da ampliação da licença-maternidade para algumas categorias que até então estavam excluídas (rurais temporárias e trabalhadoras domésticas). Ademais, foram instituídas transferências de renda condicionadas, que, apesar de não partilharem com as licenças um piso mínimo de proteção, constituíram-se em benefício não contributivo de apoio ao cuidado familiar.

O caso brasileiro apresentou avanços mais limitados. Além da instituição do PBF, garantiu-se a licença por adoção para homens, a possibilidade de que essas licenças beneficiassem famílias LGBTQ+ e a assunção da licença-maternidade pelo pai em caso de falecimento da mãe. Ademais, o avanço em relação ao tempo para cuidar, que discutiremos a seguir, foi regressivo, pois mobilizou recursos públicos para beneficiar apenas alguns segmentos formalizados (setor público e grandes empresas).

O caso uruguaio foi o que apresentou maiores avanços, alcançando o grau intermediário alto: mais amplo do que o trabalho formal para todas as modalidades, com assimetrias, pois a ampliação da elegibilidade foi além das transferências condicionadas de renda, tendo sido revisto o regime de licenças por nascimento no setor privado para todas as modalidades (maternidade, paternidade e parental). Foram incluídas categorias laborais para além do vínculo formal de trabalho, a exemplo das categorias por conta própria. Entretanto, isso não se deu em bases universais, e o fator contributivo ainda é o fundamento do regime de licenças do país.

Em relação às fontes de financiamento, os três países estavam antes em situação similar: adotavam o modelo misto, classificado como intermediário. Nele a licença-maternidade é financiada pela previdência, garantindo-se recursos públicos para o cuidar e reconhecendo-se o valor da maternagem. A licença-paternidade, por sua vez, é custeada pelo estabelecimento empregador, o que lhe confere importância secundária.

Durante os governos de esquerda na Argentina, isso não se alterou. No Brasil, a extensão da licença-paternidade previu um financiamento público indireto, restrito a algumas categorias laborais (serviço público e empresas que aderiram ao Programa Empresa Cidadã), ao passo que são excepcionais os casos de recebimento de salário-maternidade pelo pai devido à morte da mãe, e o benefício é apenas transferido ao homem – ou seja, não há novo orçamento. O caso uruguaio, uma vez mais, foi o que apresentou os mais importantes avanços em virtude da instituição do financiamento público das licenças, aplicando-se para maternidade, paternidade e parental. Assim, apenas no caso uruguaio identifica-se uma mudança de patamar, ao alcançar o grau alto (público para todas as modalidades).

O Quadro 2 apresenta uma síntese comparativa.

## Quadro 2 – Síntese da análise dos indicadores de abrangência: classificação por grau, por país e períodos comparados

Indicador	Brasil		Argentina		Uruguai	
	Antes	Durante	Antes	Durante	Antes	Durante
Elegibilidade	Intermed.	Intermed. +	Baixo	Intermed.	Baixo	Intermed. alto
Fonte de financiamento	Intermed.	Intermed. +	Intermed.	Intermed.	Intermed.	Alto

Nota: o sinal + indica avanços dentro da mesma categoria.

Fonte: elaborado pelas autoras com base nos dados de pesquisa.

### 7.2 Tempo para cuidar

Para a análise do tempo para cuidar, enfocamos a extensão de licenças (maternidade e paternidade) e, em relação a ambas, a eventual instituição de licença parental.

A linha de base era mais favorável ao caso brasileiro: intermediário para ambas as modalidades – acima do piso recomendado de proteção à maternidade e igual ao piso da corresponsabilidade. Com efeito, a CRFB previu licença-maternidade de 120 dias e licença-paternidade de 5 dias.

Os casos argentino e uruguaio, por sua vez, eram profundamente marcados por diferenças entre os setores público e privado. No Uruguai, no setor público, a licença de 91 dias para as mães garantia o piso mínimo de proteção à maternidade (grau intermediário baixo), e a licença de 3 dias para os pais estava abaixo do piso da corresponsabilidade (grau baixo). O setor privado estava no mesmo patamar, mas era ainda mais restritivo: 84 dias de licença-maternidade e sem regulamentação geral para a paternidade. Na Argentina, garantia-se o mínimo do piso da proteção à maternidade ao setor privado (90 dias; intermediário baixo) e o piso recomendado, para o público federal (100 dias; intermediário). O mesmo padrão observou-se na licença-paternidade: mais restrita no setor privado (2 dias; baixo) do que no público (5 dias; intermediário).

Durante o giro à esquerda, não houve mudanças nas regras gerais no caso argentino. No Brasil, a licença-maternidade passou a ser de 180 dias e a licença-paternidade, de 20 dias, mas sua restrição a segmentos formais e específicos do mercado de trabalho tornou a medida limitada; quanto à possibilidade de o pai receber licença-maternidade, restringiu-se aos casos de morte da genitora, sendo excepcionais e, mais uma vez, reforçando o papel complementar dos homens no cuidado.

O caso uruguaio foi o que apresentou maiores mudanças, embora as inovações se tenham limitado ao setor privado, tendo sido prevista a extensão da licença-maternidade em atenção ao piso recomendado. As principais mudanças, porém, foram orientadas pela corresponsabilização masculina: ampliação da licença-paternidade (de 10 a 13 dias) e instituição de uma licença parental de meio período. Com isso, o caso uruguaio alcançou, para o setor privado, o grau intermediário alto para as modalidades analisadas – atendimento do piso recomendado de proteção à maternidade e de corresponsabilidade para o homem e instituição de licença parental, de gozo facultativo pelo homem.

A opção uruguaia pela licença parental voluntária, entretanto, limitou seu potencial de fomento de novas práticas sociais de cuidado. Há uma tendência, decorrente das representações sociais de gênero acerca do cuidado, de que a “opção” seja desproporcionalmente usufruída pelas mulheres (BATTHYÁNY; GENTA; SCAVINO, 2017). Além disso, verificam-se assimetrias, já que no setor público essas mudanças alcançaram apenas a licença-paternidade, que foi ampliada para 10 dias.

O Quadro 3 apresenta uma síntese comparativa.

**Quadro 3 – Indicadores de tempo para cuidar: classificação por grau, por país e períodos comparados**

Indicador	Brasil		Argentina		Uruguai	
	Antes	Durante	Antes	Durante	Antes	Durante
Extensão da licença-maternidade e instituição de licença parental	Intermed.	Intermed. +	Intermed. baixo (privado)	Intermed. baixo (privado)	Intermed. baixo (privado)	Intermed. alto (privado)
			Intermed. (público)	Intermed. (público)	Intermed. baixo (público)	Intermed. baixo (público)
Extensão da licença-paternidade e instituição de licença parental	Intermed.	Intermed. +	Baixo (privado)	Baixo (privado)	Baixo (privado)	Intermed. alto (privado)
			Intermed. (público)	Intermed. (público)	Baixo (público)	Intermed. (público)

Nota: o sinal + indica avanços dentro da mesma categoria.

Fonte: elaborado pelas autoras com base nos dados de pesquisa.

## 8 Considerações finais

O objetivo deste artigo foi investigar, numa perspectiva feminista, a garantia de direitos de licença remunerada por nascimento no Brasil, na Argentina e no Uruguai durante governos de esquerda. Partimos da suposição de que esse período na AL apresentou uma conjuntura

favorável à transversalidade de perspectivas de gênero nos direitos relacionados ao cuidado.

Os resultados da nossa análise apontam que houve maiores avanços no caso uruguaio, ainda que a linha de base na comparação não lhe fosse favorável. Nos outros dois casos, houve avanços limitados. No Brasil, cuja linha de base era a mais favorável, as mudanças foram pontuais e beneficiaram principalmente setores altamente protegidos. Na Argentina, houve introdução de mudanças também pontuais, mas mais inclusivas, a exemplo da licença-maternidade para trabalhadoras domésticas e rurais temporárias. Em todos os casos, a introdução de programas de transferência de renda condicionada tornou-se uma forma (precária) de subsídio ao exercício do cuidado, especialmente de proteção à maternidade, haja vista seu enfoque nas gestantes e a prioridade das mulheres como titulares para recebimento de valores.

Embora as mudanças legislativas ocorram no Parlamento, é importante salientar que em regimes presidencialistas o Executivo tem notável poder sobre essa agenda, seja como impulsionador de projetos, seja como *veto player*. Ademais, a composição das casas legislativas e de suas coalizões não é, em regra, dissociável da dinâmica do governo eleito. Logo, é possível sugerir que, embora os governos de esquerda possam ter representado uma conjuntura favorável à introdução de perspectivas de gênero na garantia de direitos na AL, isso não se concretizou como uma regra em relação ao cuidado nos três casos analisados. Com efeito, houve variações expressivas, mesmo entre casos relativamente semelhantes. E isso não se explica pelos diferentes pontos de partida de cada caso, como a análise dos antecedentes evidenciou.

Por fim, é necessário indicar algumas das limitações dessa análise: *i.* enfocamos o instituído, sem aprofundar a análise do implementado; *ii.* conferimos ênfase ao nível nacional, sem debater os aspectos federativos, relevantes no caso brasileiro, além de que, sobretudo no argentino, a regulamentação do serviço público que usamos de base (ARGENTINA, [2006]) não contempla a totalidade desse setor, havendo regimes específicos em nível nacional e subnacional; *iii.* priorizamos a análise de legislações, dado que acordos e negociações coletivas podem resultar na ampliação de licenças para setores específicos; *iv.* a definição de parâmetros para a análise dos indicadores foi especialmente desafiadora nas hipóteses em que não havia normas internacionais, como no caso da licença-paternidade; e *v.* não logramos avançar em indicadores e parâmetros que relacionassem as extensões de licenças (maternidade e paternidade), para permitir um aprofundamento da reflexão sobre responsabilização e maternalismo, o que seria importante para investigações futuras.

A despeito dessas limitações, entendemos que por meio deste artigo contribuimos para subsidiar os estudos de gênero, Direito e políticas públicas, com novas abordagens teóricas e metodológicas, além de agregar dados empíricos para a compreensão das potencialidades e dos limites da efetivação da transversalidade de gênero em políticas na AL.

### Sobre as autoras

Mariana Mazzini Marcondes é doutora em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; professora de Administração Pública e Gestão Social da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil.  
E-mail: mariana.mazzini.m@gmail.com

Regina Stela Corrêa Vieira é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil.  
E-mail: regina.vieira@unoesc.edu.br

Este trabalho contou com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) (Processo nº 2016/18865-6) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) (Código de Financiamento 001).

### Como citar este artigo

(ABNT)

MARCONDES, Mariana Mazzini; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Perspectiva de gênero nas licenças por nascimento: uma análise do Brasil, da Argentina e do Uruguai durante governos de esquerda. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 11-36, out./dez. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p11](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p11)

(APA)

Marcondes, M. M., & Vieira, R. S. C. (2020). Perspectiva de gênero nas licenças por nascimento: uma análise do Brasil, da Argentina e do Uruguai durante governos de esquerda. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 11-36. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p11](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p11)

### Referências

AGUIRRE, Rosario. Uso del tiempo y desigualdades de género en el trabajo no remunerado. In: \_\_\_\_\_ (ed.). *Las bases invisibles del bienestar social: el trabajo no remunerado en el Uruguay*. Montevideo: Unifem, 2009. p. 23-85. Disponível em: <https://www.ohchr.org/>

Documents/Issues/Poverty/UnpaidWork/LibroLasbasesinvisibles.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

ARCIDIÁCONO, Pilar. Políticas sociales y bienestar en Argentina 2002-2009: entre el trabajo asalariado y los programas sociales. *Revista SAAP*, [Buenos Aires], v. 6, n. 2, p. 319-341, nov. 2012. Disponível em: <https://revista.saap.org.ar/contenido/revista-saap-v6-n2/Arcidiacono.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

ARGENTINA. *Decreto 66/99*. Homologase el Convenio Colectivo de Trabajo General, celebrado entre el Estado Empleador y los Sectores Gremiales, con vigencia a partir del 1º de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre del año 2000. [Buenos Aires]: InfoLEG, [2006]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/56235/textact.htm>. Acesso em: 18 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Ley 20.744 – texto ordenado por Decreto 390/1976*. Regimen de Contrato de Trabajo. [Buenos Aires]: InfoLEG, [2018]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/textact.htm>. Acesso em: 18 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Ley 26.727*. Apruébase el Régimen de Trabajo Agrario. [Buenos Aires]: InfoLEG, [2016]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/192152/textact.htm>. Acesso em: 18 jun. 2020.

AULICINO, Carolina. *El desafío es hoy: un análisis de los retos hacia la integralidad en las políticas de primera infancia en argentina: el caso del Programa Nacional “Primeros Años”*. 2015. Disertación (Maestría en Administración y Políticas Públicas) – Universidad de San Andrés, [Buenos Aires], 2015. Disponível em: <http://repositorio.udes.edu.ar/jspui/bitstream/10908/11781/1/%5BP%5D%5BW%5D%20T.M.%20AyPP.%20Aulicino%2C%20Carolina.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BANDEIRA, Lourdes. *Fortalecimento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres: avançar na transversalidade da perspectiva de gênero nas políticas públicas*. Brasília, DF: Cepal: SPM, 2005. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/outros-artigos-e-publicacoes/fortalecimento-da-secretaria-especial-de-politicas-para-as-mulheres-avancar-na-transversalidade-da-perspectiva-de-genero-nas-politicas-publicas/view>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BATTHYÁNY, Karina. Cuidado de personas dependientes y género. In: AGUIRRE, Rosario (ed.). *Las bases invisibles del bienestar social: el trabajo no remunerado en Uruguay*. Montevideo: Unifem, 2009, p. 87-123. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/UnpaidWork/LibroLasbasesinvisibles.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BATTHYÁNY, Karina; GENTA, Natalia; SCAVINO, Sol. Análisis de género de las estrategias de cuidado infantil en Uruguay. *Cadernos de Pesquisa*, [São Paulo], v. 47, n. 163, p. 292-319, jan./mar. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/198053143710>. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/3710/pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BLOFIELD, Merike; MARTÍNEZ FRANZONI, Juliana. Trabajo, familia y cambios en la política pública en América Latina: equidad, maternalismo y corresponsabilidad. *Revista CEPAL*, [Santiago], n. 114, p. 107-125, dic. 2014. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37439/RVE114BlofieldMartinez\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37439/RVE114BlofieldMartinez_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 19 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/ConstituicaoCompilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/ConstituicaoCompilado.Htm). Acesso em: 19 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 19 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002*. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110421.htm). Acesso em: 19 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008*. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm). Acesso em: 19 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm). Acesso em: 19 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Receita Federal. *Dados setoriais 2008/2012*. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2014. Disponível em: [http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudoTributarios/estatisticas/DadosSetoriais2008\\_2012.pdf](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudoTributarios/estatisticas/DadosSetoriais2008_2012.pdf). Acesso em: 19 jun. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DÍAZ LANGOU, Gala; FLORITO, José. ¿Cómo promover un cambio en el régimen de licencias por maternidad, paternidad y familiares?: lecciones aprendidas del análisis de casos provinciales. *CIPPEC*, Buenos Aires, n. 168, p. 1-13, jun. 2016. Disponível em: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1071.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

FARIA, Nalu; MORENO, Renata (org.). *Cuidado, trabalho e autonomia das mulheres*. São Paulo: SOF, 2010. (Coleção Cadernos Sempreviva. Série Economia e Feminismo, 2). Disponível em: <https://www.sof.org.br/cuidado-trabalho-e-autonomia-das-mulheres/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Tradução de Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017. Disponível em: [https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/CALIBA\\_E\\_A\\_BRUXA\\_WEB.pdf](https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/CALIBA_E_A_BRUXA_WEB.pdf). Acesso em: 19 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Revolution at point zero: housework, reproduction, and feminist struggle*. Oakland, CA: PM Press, 2012.

FUDGE, Judy. Feminist reflections on the scope of labour law: domestic work, social reproduction, and jurisdiction. *Feminist Legal Studies*, [s. l.], v. 22, n. 1, p. 1-23, Apr. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10691-014-9256-2>.

GERRING, John. Case selection for case-study analysis: qualitative and quantitative techniques. In: BOX-STEFFENSMEIER, Janet M.; BRADY, Henry E.; COLLIER, David (ed.). *The Oxford handbook of political methodology*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. p. 645-684.

HIRATA, Helena; DEBERT, Guita Grin. Apresentação. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 46, p. 7-15, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201600460007>. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645350>. Acesso em: 19 jun. 2020.

HIRATA, Helena; GUIMARÃES, Nadya Araujo (org.). *Cuidado e cuidadoras: as várias faces do trabalho do care*. São Paulo: Atlas, 2012.

HUBER, Evelyne; STEPHENS, John D. *Democracy and the left: social policy and inequality in Latin America*. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Homens adotantes podem receber salário-maternidade. *Instituto Nacional do Seguro Social – INSS*, [Brasília, DF], 29 ago. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/assuntos/noticias/homens-adotantes-podem-receber-salario-maternidade>. Acesso em: 19 jun. 2020.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Convention 183: Maternity Protection Convention*. Geneva: ILO, 2000. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312328](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312328). Acesso em: 19 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Ratification by Convention*. [S. l.]: ILO, [2019]. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12001::NO::>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MARCONDES, Mariana Mazzini; DINIZ, Ana Paula Rodrigues; FARAH, Marta Ferreira Santos. Transversalidade de gênero: uma análise sobre os significados mobilizados na estruturação da política para mulheres no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, DF, v. 69, n. 2, p. 35-61, abr./jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.21874/rsp.v69i2.2297>. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2297>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MARCONDES, Mariana Mazzini. *Transversalidade de gênero em políticas de cuidado: uma análise comparada das políticas de cuidado infantil no Brasil, Argentina e Uruguai durante o giro à esquerda*. 2019. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27291>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MARSHALL, Thomas H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTÍNEZ FRANZONI, Juliana. Regímenes de bienestar en América Latina: consideraciones generales e itinerarios regionales. *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales*, [San José de Costa Rica], v. 2, n. 2, p. 41-78, 2005.

MCBRIDE, Dorothy E.; MAZUR, Amy G. Women's policy agencies and state feminism. In: WAYLEN, Georgina; CELIS, Karen; KANTOLA, Johanna; WELDON, S. Laurel (ed.). *The Oxford handbook of gender and politics*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013. p. 654-678.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.

NAÇÕES UNIDAS. *Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe*. [S. l.]: ONU, Cepal, [2020]. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt>. Acesso em: 22 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 3: Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade)*. [Genebra]: OIT, 1919. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilica/convencoes/WCMS\\_234869/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilica/convencoes/WCMS_234869/lang-pt/index.htm). Acesso em: 22 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Convenção 103: amparo à maternidade*. Genebra: OIT, 1952. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilica/convencoes/WCMS\\_235193/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilica/convencoes/WCMS_235193/lang-pt/index.htm). Acesso em: 22 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Convenção 156: sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares*, 1981. [Genebra]: OIT, c2009. Disponível em: [http://www.oit.org/brasilica/publicacoes/WCMS\\_226561/lang-pt/index.htm](http://www.oit.org/brasilica/publicacoes/WCMS_226561/lang-pt/index.htm). Acesso em: 22 jun. 2020.

PAUTASSI, Laura C. El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [s. l.], v. 68, n. 272, p. 717-742, sept./dic. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67588>. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/67588/59318>. Acesso em: 22 jun. 2020.

PAUTASSI, Laura C.; RICO, María. Licencias para el cuidado infantil. Derecho de hijos, padres y madres. *Desafíos: Boletín de la Infancia y Adolescencia sobre el Avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Santiago, n. 12, p. 4-9, jul. 2011. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/35987-cuidado-infantil-licencias-parentales>. Acesso em: 22 jun. 2020.

PAUTASSI, Laura C. Transversalidad de género en un marco de derechos: el desafío actual. *SER Social*, Brasília, DF, v. 10, n. 22, p. 11-40, jan./jun. 2008. DOI: [https://doi.org/10.26512/ser\\_social.v10i22.12957](https://doi.org/10.26512/ser_social.v10i22.12957). Disponível em: [https://periodicos.unb.br/index.php/SER\\_Social/article/view/12957](https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/12957). Acesso em: 22 jun. 2020.

PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com

essas tensões. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 17, n. 3, p. 851-859, set./dez. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2009000300013>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2009000300013>. Acesso em: 22 jun. 2020.

RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina; PAUTASSI, Laura C. (coord.). *La organización social del cuidado de niños y niñas: elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina*. Buenos Aires: ADC; CIEPP; ELA, 2014. Disponível em: <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&aplicacion=APP187&cnl=14&opc=49&codcontenido=18158&plcontempl=43>. Acesso em: 22 jun. 2020.

STAKE, Robert E. Case studies. In: DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna S. (ed.). *Strategies of qualitative inquiry*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1998. p. 445-454.

STOLAR, Larissa Bueno. *A hora de voltar: consequências da ampliação da licença-maternidade para emprego e renda*. 2018. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20730>. Acesso em: 22 jun. 2020.

URUGUAY. *Ley nº 18.227*. Nuevo sistema de asignaciones familiares a menores en situación de vulnerabilidad servidas por el BPS. [Montevideo]: IMPO, 2008. Disponível em: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18227-2007>. Acesso em: 22 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 19.161*. Modificación del subsidio por maternidad y fijación de subsidio por paternidad y subsidio para cuidado del recién nacido. [Montevideo]: IMPO, 2013. Disponível em: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/19161-2013>. Acesso em: 22 jun. 2020.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. *Direito e gênero na saúde e segurança das mulheres no trabalho*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2019.

\_\_\_\_\_. *O cuidado como trabalho: uma interseção do direito do trabalho a partir da perspectiva de gênero*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

WALBY, Sylvia. Gender mainstreaming: productive tensions in theory and practice. *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, Oxford, UK, v. 12, n. 3, p. 321-343, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1093/sp/jxi018>.

WEYLAND, Kurt; MADRID, Raúl L.; HUNTER, Wendy (ed.). *Leftist governments in Latin America: successes and shortcomings*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

# A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos *common law crimes*

JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA

**Resumo:** A possibilidade de criação de tipos penais pelo Poder Judiciário é uma polêmica ressurgida no Brasil com as decisões judiciais que criminalizaram a homofobia e a transfobia. Considerando que os Estados Unidos se filiam à tradição jurídica do *common law*, este artigo objetiva investigar como o princípio da legalidade penal tem sido tratado pela Suprema Corte daquele país, em face de afirmações de autores brasileiros de que sua missão estaria voltada à produção de normas para o futuro. Depois de estudar o assunto, confirmamos que ela cria o Direito Penal, mas de forma limitada, vedando os *common law crimes*. O Poder Judiciário não pode condenar alguém por uma conduta não prescrita em lei como crime.

**Palavras-chave:** Legalidade penal. Criação judicial do Direito. Suprema Corte. Estados Unidos da América.

## The Supreme Court of the United States, the judicial law-making in criminal law, and the proscription of common law crimes

**Abstract:** The judicial law-making possibility in criminal law is a controversy risen in Brazil due to recent judicial decisions which made homophobia and transphobia a crime. Since the United States is a common law country, this article intends to research how the principle of criminal legality has been applied by their Supreme Court, which we do based on statements made by Brazilian law-writers that its role would be focused on producing law for the future. After studying the subject, we confirm that it creates criminal law, but in a limited way, forbidding common law crimes. The Judiciary branch cannot convict someone because of a conduct which is not proscribed by the statutory law as a crime.

Recebido em 10/6/20

Aprovado em 4/8/20

**Keywords:** Criminal Legality. Judicial law-making. Supreme Court. United States of America.

## 1 Introdução

No início de 2019, uma grande polêmica jurídica foi instalada no Brasil em virtude da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, bem como do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, ações por meio das quais seus autores pretenderam que atos de homofobia e transfobia passassem a constituir crime (BRASIL, 2019b, 2019c).

A ação foi criticada, entre outros, por Pereira Júnior e Morau (2019), os quais, além de dizerem não ter havido omissão do Congresso Nacional, lembraram o princípio da legalidade penal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, na forma do art. 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2020]). Apesar da crítica de alguns e da defesa de outros, o fato é que rapidamente, em 13/6/2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento dessas ações<sup>1</sup>: por maioria de oito a três, após reconhecer a omissão inconstitucional do Poder Legislativo em criminalizar a homofobia e a transfobia, o STF enquadrando as condutas correspondentes, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/1989 (BRASIL, [2012]), até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, o que fez com eficácia geral e efeito vinculante.

Diante desse recente problema brasileiro, questionamo-nos sobre como o tema é tratado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA).<sup>2</sup> A opção por analisar o direito norte-americano decorre, em primeiro lugar, da sua tradição jurídica inserida na família do *common law*, de modo que podemos imaginar uma maior flexibilidade na criação judicial do Direito, em face de um sistema de precedentes mais solidificado. Em segundo lugar, a opção também decorre da crescente afirmação, no território nacional, embora geralmente ligada à Justiça Cível, de que o seu órgão jurisdicional de vértice funciona como uma Corte de precedentes, adotando uma prática proativa e voltada para o futuro, orientando a comunidade jurídica e a sociedade civil (MITIDIERO, 2014,

---

<sup>1</sup>Noticiado no Informativo STF (2019).

<sup>2</sup>A maioria dos casos e a doutrina citadas indiretamente neste artigo foram escritas em língua inglesa; em todas as oportunidades, o próprio autor fez a tradução.

p. 131).<sup>3</sup> Dessa afirmação surge a importância de saber se essa alegada missão abrange a produção de normas penais incriminadoras. Por essas duas razões, uma “razoável” hipótese inicial é que ela não apenas confere o devido alcance aos textos elaborados pelo legislador, como até mesmo cria tipos penais e respectivas sanções por meio de suas decisões judiciais. Contudo, essa hipótese se confirma?

Começaremos a investigação pela questão da taxatividade da norma penal incriminadora naquele país (lei certa), quando abordaremos a possibilidade de construção de sentido do texto legal, de criação judicial do Direito Penal, estudando ainda o alcance das normas correspondentes relacionadas a dois casos concretos. Em seguida, passaremos à questão tanto da lei escrita quanto da lei estrita e enfocaremos o *nullum crimen sine lege*, chegando finalmente ao *nulla poena sine lege*, sempre de forma relacionada à teoria dos precedentes. Deixamos de fora, todavia, o estudo sobre a anterioridade penal (lei prévia), a despeito da sua relação com o princípio da legalidade, tanto diante da necessidade de uma delimitação espacial desta pesquisa, como também por ser a vertente um pouco mais distante do seu objeto específico.

## 2 A construção de sentido do texto

O Brasil de hoje, ao menos na teoria, está voltando a ter consciência do estado de falibilidade humana, que impossibilita a redação de textos perfeitos, absolutamente claros e objetivos, e percebendo também a impossibilidade de vetar leituras diferentes, decorrentes de visões de mundo diversas entre aqueles que os leem.

Essa percepção, evidentemente, não é diferente no mundo anglo-saxão. Lá também se reconhece que os textos constroem posições de leitura para os leitores, mas sem que eles sejam meros recipientes passivos de significados fixos. Pelo contrário, os leitores já estão discursivamente equipados quando interagem com o texto e o reconstróem com um significado que talvez seja menos ou mais congruente com a ideologia que lhe subjaz (FOWLER, 2004, p. 212).

Isso não poderia ser diferente no plano jurídico. Embora os adeptos da teoria originalista norte-americana entendam que a interpretação constitucional e legal deva partir de um sentido fixo, considerando o mo-

---

<sup>3</sup> Em linha semelhante, já fora do Brasil, Taruffo (2016, p. 236-249) defende que, embora a Suprema Corte dos EUA decida sobre casos concretos, estabelecendo se o Direito (lei ou precedente) foi ou não interpretado e aplicado corretamente pela Corte inferior, seu aspecto decisivo, como uma “Corte suprema”, é relacionado a uma segunda função, proativa, de desenvolvimento da legalidade em sentido dinâmico e orientado para o futuro, ou seja, participando ativamente no mais geral movimento de evolução do Direito.

mento de entrada em vigor do texto respectivo, a descoberta desse sentido não é objetiva. Aliás, na Inglaterra do século XVIII já se falava que os juízes deveriam decidir inclusive em todos os casos de dúvida (BLACKSTONE, 1771, p. 69), de onde se deduz a inexistência de um Direito claro, certo, que leve a um único resultado possível.

É de conhecimento também dos estudiosos do Direito que a linguagem é cheia de textura aberta, ambiguidade e imprecisão, razão pela qual a sua interpretação, mesmo por contemporâneos, está fadada a produzir leituras diferentes. Além do mais, tem sido ensinado que o significado do texto é afetado por mudanças da própria tradição, o que acontece continuamente ao longo do tempo, de maneira que o intérprete é confrontado por muito mais do que um simples texto a interpretar (KRYGIER, 1986, p. 252-253).

Ainda que para o Brasil o máximo de clareza devesse ser buscado quando da elaboração de normas jurídicas pelo Poder Legislativo, quando pensamos na criação de normas penais incriminadoras, não podemos negar a frequente necessidade de construção de sentido dos textos legais respectivos, o que, com maior razão, não é diferente nos EUA, diante da sua tradição jurídica no *common law*.

O Direito feudal na Inglaterra também forneceu o contexto para o desenvolvimento de um sistema costumeiro, o qual, porém, diferentemente do que acontecera no *civil law*, resistiu aos efeitos da romanização e subsequente “humanização”, com instituições desenvolvidas no período medieval que sobreviveram até quase o final do século XIX (SAMUEL, 2006, p. 145). Nesse período, se um novo e imprevisível problema surgisse em um país do *civil law*, a solução *grasso modo* deveria ser buscada nas regras existentes, diante de um sistema concebido como completo e sem lacunas, com legislação que parecia estabelecer normas para resolver todos os casos futuros; se a mesma coisa acontecesse em

um país do *common law*, eles deveriam prever como o juiz lidaria com a situação, com base em decisões pretéritas, reconhecendo seu caminho como gradual, de caso a caso, passo a passo, procedendo cautelosamente (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 69-70). A despeito de não ser tão absoluto e objetivo, esse traço distintivo pode ser percebido na diferença entre o marco normativo norte-americano, a Constituição, que entrou em vigor com sete artigos em 1789, e o marco normativo francês, o Código Civil de 1804, com seus 2.281 artigos, grande influenciador de outros países integrantes da mesma família jurídica.

O fato é que o Direito não pode ser visto como um sistema fechado, como se fosse um jogo de xadrez, no qual todos os movimentos podem ser previstos nas suas regras. Pelo contrário, é especialmente sujeito a imprevisíveis complexidades da condição humana (SCHAUER, 2009, p. 5-6). Não é por outra razão que MacCormick (2005) diz sempre ter uma inclinação a lembrar que certeza é inatingível, razão pela qual o máximo que se pode fazer é diminuir a incerteza para um nível razoável. Embora os juízes não devam decidir-se por qualquer caminho que apreciem, mas de acordo com as opções que o Direito lhes permite, dentro dos limites de sua competência, no *common law* é natural reconhecer que em algumas vezes ele terá de usar o seu arbítrio, a discricionariedade, como acontece na interpretação de duas leis contraditórias (DUXBURY, 2008, p. 120-121).

Mesmo o controverso “originalista e textualista” Scalia (1997) dizia que textualismo não poderia ser confundido com construcionismo estrito, com literalismo, embora entendendo que as palavras têm significados de alcance limitado, discordando de interpretações que vão além daquele alcance. Até para ele, uma norma não deveria ser sempre construída estritamente, ainda que isso fosse melhor que concebê-la de

maneira não textualista. E, ao tratar especificamente da Constituição, acrescentava que o seu contexto determina não se pegar em detalhes, devendo ser dada interpretação expansiva às palavras e frases, em vez de uma interpretação limitada – embora não seja admissível uma interpretação que a linguagem não possa suportar (SCALIA, 1997, p. 23-37).

Na verdade, parece-nos que a atribuição de interpretação ampliativa ou restritiva depende de uma opção do julgador, dentro dos espaços deixados pelo legislador, ainda que existam alguns critérios para a escolha. De toda forma, como não poderia deixar de ser, o que aqui importa é que não é possível, ao menos no estágio atual de desenvolvimento da humanidade, seja nos EUA, no Brasil, ou em qualquer lugar do mundo, criar normas penais incriminadoras que sejam certas e precisas ao ponto de sabermos previamente qual o seu âmbito exato, sem necessidade de valoração ou interpretação.

Talvez a questão do alcance de tais normas no sistema jurídico norte-americano seja até mais problemática do que no Brasil. Segundo Abrams, Beale e Klein (2015), as proibições penais naquele país geralmente apresentam duas abordagens básicas: a adoção de uma descrição do tipo de forma muito geral pelo legislador e a opção pela descrição de uma série de condutas criminais bem específicas. Porém, ao tratarem dos crimes de obstrução de justiça, previstos no 18 U.S.C., §§ 1.503 a 1.519, dizem que no caso de tais espécies delituosas houve opção legislativa por ambos os critérios, resultando no grande número de diferentes previsões legais sobre o assunto, inclusive coincidindo com outras categorias de ilícitos penais (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.203).

Na teoria pode ser fácil imaginar que basta haver a opção legislativa pela descrição das condutas criminais de forma bem específica. O problema é que são muitos os tipos penais

que, talvez tentando seguir essa orientação, têm uma redação muito densa, com longa previsão incriminadora que termina sem conseguir a desejada precisão total. O crime de *mail fraud*, previsto no 18 U.S.C., § 1.341, é outro exemplo, entre inúmeros, do que parece ser a intenção do legislador de detalhar a conduta de forma específica, mas sem êxito, acabando por proibir, em tese, qualquer tipo de fraude cometida por meio de correio físico, ainda incluindo o meio eletrônico mais atual no *wire fraud* do 18 U.S.C., § 1.343 (UNITED STATES, [201-]).

Aliás, para os membros do órgão acusatório federal que atuam contra os crimes de colarinho branco, a lei relativa ao *mail fraud* tem sido seu verdadeiro amor. Eles podem flertar com outros tipos penais também amplos, mas sempre voltando para as “virtudes” do 18 U.S.C., § 1.341, diante não só de sua simplicidade e familiaridade confortável como também justamente da sua “adaptabilidade” (RAKOFF, 1980, p. 771), o que é uma característica típica dos tipos penais abertos.

Por isso, é difícil imaginar que a Suprema Corte norte-americana, no julgamento dos seus processos, deixe de dar sentido ao texto da norma oriunda do Poder Legislativo, analisando a sua constitucionalidade, interpretando-a, como também efetuando o fechamento daqueles seus pontos que sejam abertos. Em outras palavras, ela também construirá o exato sentido do texto legal, o que é facilmente compreendido naquele país, sem falar na possibilidade de influência de fatores externos sobre essa construção, o que será trabalhado mais à frente.

### 3 A criação judicial do Direito

Mesmo em países do *civil law*, como ainda é o caso do Brasil, não é fácil sustentar a absoluta ausência de papel criativo do juiz na formação

do Direito, sendo a opinião contrária questionável, inclusive durante o período imediatamente posterior à Revolução Francesa. Ainda que na teoria se defendesse o contrário, especialmente no âmbito do sistema de justiça penal, na prática já não era possível prever legalmente tudo de forma clara e precisa, situação que não seria diferente justamente nos EUA.

No *common law* do passado também já se pensava no tema da criação judicial do Direito. Os costumes, como também as regras e máximas estabelecidas,<sup>4</sup> ganhavam autoridade pela recepção e uso geral, mas mediante prova de que sua observância realmente existia. De acordo com Blackstone (1771, p. 68-71), no século XVIII a sua demonstração deveria ser feita perante os juízes, que tomariam decisões que já eram naquela época a principal e maior prova do reconhecimento oficial dos costumes válidos. As decisões judiciais no *common law*, então, seriam o guia para o futuro.

Segundo o mesmo autor, é verdade que, ao observar os costumes conhecidos em determinado tempo e lugar, e não o seu próprio julgamento privado, o magistrado não pronunciava um novo Direito, apenas mantendo e interpretando o antigo. Explicado de outro modo, o juiz seria somente o seu depositário e oráculo vivo (BLACKSTONE, 1771, p. 69). Contudo, se na teoria não se falava em atividade criativa do juiz, fica difícil imaginar que ela não existisse na prática, até em face da maior imprecisão dos usos e costumes, que dificilmente impediriam pelo menos a complementação judicial daquele direito costumeiro.

Talvez na própria infância da lei anglo-saxã se pudesse ter pensado que os tribunais eram meros expositores da prática social geralmente aceita; e certamente, mesmo na plena maturidade do *common law*, uma prática social bem estabelecida poderia servir de base para a decisão de um tribunal. Entretanto, desde cedo – desde os primeiros registros de decisões judiciais inglesas entre o fim do século XIII e o início do século XVI –, qualquer equivalência entre o Direito costumeiro e o *common law* deixara de existir, exceto se pensarmos num sentido de decisões judiciais prévias formando o “costume”. Os assuntos que chegavam aos tribunais envolviam, cada vez mais, questões refinadas, às quais a prática costumeira não dava resposta (SCALIA, 1997, p. 4).

Mesmo assim, na teoria, até a segunda metade do século XIX, a maioria dos advogados, juízes e comentaristas entendia que a mudança do *common law* era um processo de descoberta, e não de criação. Para eles, o desenvolvimento do Direito não envolvia apenas localizar aquele que já existia o tempo todo, mas também seria caracterizado como uma marcha lógica

---

<sup>4</sup> A exemplo daquela segundo a qual nenhum homem era obrigado a se acusar.

e dedutiva de um caso para outro. No início do século XX, quando ainda se concordava que um “modelo positivista” determinava o resultado das causas, acreditando-se que somente as categorias jurídicas eram importantes na previsão de consequências legais, surgiu a ideia de que os juízes faziam escolhas políticas não ditadas pela lógica, nem pelo Direito preexistente. No entanto, hoje em dia seria difícil encontrar muitos dissidentes do ponto de vista de que os juízes, quando mudam o Direito, baseiam suas decisões em uma mistura de política e princípio que dificilmente pode ser pensada como um exercício dedutivo ou lógico (SCHAUER, 2009, p. 125).

O *common law* não é mais um Direito consuetudinário, nem reflexo da prática do povo, mas sim um direito desenvolvido pelos juízes (SCALIA, 1997, p. 4). No entanto, o Direito que eles criam, bem como o caminho seguido para o seu cumprimento, corresponde a atos deliberativos, da mesma forma que as decisões negociais e as decisões feitas pelo Legislativo também o são. Eles não se limitam a aplicar claras regras de Direito criadas pelos legisladores, pela administração, pelos constituintes ou por outra fonte extrajudicial. Mesmo aqueles que pensam que os juízes deveriam ser simples aplicadores de regras não acreditam que é dessa forma que os magistrados norte-americanos se comportam, porque na verdade eles têm e exercem discricionariedade, atuando como legisladores ocasionais (POSNER, 2010, p. 5). Na família jurídica do *common law*, os juízes abertamente declaram que criam o Direito, não apenas o descobrindo, havendo pouca dificuldade teórica em dizer que as Cortes, como os legisladores, em princípio têm o poder de estabelecer novas regras oriundas do *case law* (MATTEI; RUSKOLA; GIDI, 2009, p. 621).

Eisenberg (1991) lembra que a capacidade de o Legislativo gerar regras legais é limitada. Menciona ainda que grande parte dessa capa-

cidade deve ser alocada para algumas áreas específicas, como para a produção de regras consideradas fora da competência dos tribunais, a exemplo do que acontece com a definição de crimes – situação que, mesmo assim, não impede a construção de sentido do texto legal, e que ainda permitirá alguma margem de liberdade, conforme veremos a seguir. Por isso, ao tratar de um modelo de Corte não limitado à solução das lides postas em exame, ele explica que o estabelecimento de normas jurídicas para reger a conduta social é tratado como desejável em si mesmo, fazendo os tribunais assumirem conscientemente a função de desenvolver o Direito em certas matérias. Nessa linha de raciocínio, chega até a sustentar que deveríamos esperar que as decisões frequentemente anunciassem mais regras que as estritamente necessárias à resposta ao conflito do qual ela surgiu (EISENBERG, 1991, p. 5-6).

Durante a época do crescimento acadêmico da doutrina norte-americana dos precedentes obrigatórios, críticos apontaram prontamente que os julgamentos não eram objetivos, mas necessariamente baseados nos valores e crenças pessoais dos juízes sobre o que era certo. E, então, questionaram por que regras derivadas de tal fonte do Direito deveriam ser respeitadas. Para eles, ninguém acreditaria que as regras que refletiam as pressuposições morais e políticas de homens, anglo-saxões, brancos, de religião protestante e proprietários, que constituíam o Judiciário, a maioria já morta, eram justas ou adequadas às condições de mudança rápida da vida moderna no início do século XX. Passou-se a trabalhar não apenas com precedentes, mas também com argumentos de política pública, de valores sociais e de justiça, numa atividade judicial mais criativa do Direito (HASNAS, 2004, p. 94-96), de forma que até hoje talvez ainda influencie os julgamentos da Suprema Corte dos EUA.

Mesmo que se pense de forma diferente, uma consequência indireta da atenção ao precedente também entra em jogo quando um juiz conclui que nenhuma regra existente se aplica ao caso. Agora, diante dessa situação, o juiz assume o papel de “legislador”: mesmo que sua decisão não anuncie uma regra para casos futuros, as razões que oferece serão tratadas pelo público como sendo o Direito (SHERWIN, 2005).

Aliás, é importante não perder de vista que, nos EUA, resultados ditados por uma regra ou precedente são improváveis de serem litigados ou, se litigados, dificilmente serão objeto de recurso. Assim, a população de casos, especialmente no nível da sua Suprema Corte, é fortemente direcionada para disputas cujos resultados não são previamente determinados ou guiados pelos precedentes existentes (SCHAUER, 2009, p. 89-90), o que parece dar razão ao forte posicionamento dos que admitem a possibilidade de seu papel criativo.

Como suas decisões determinam a “legalidade” em assuntos que são judicialmente contestados, debatidos, disputados, as Cortes norte-americanas necessariamente criam o Direito. Todos não totalmente desconectados da realidade reconhecem esse papel criativo. Embora para alguns a ausência de discricionariedade judicial ainda sobreviva, esse pensamento não passa de conto de fadas (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 8-10).

#### **4 O alcance da norma penal e os casos *Durland* e *Skilling***

Já apresentamos a nossa posição de que o legislador deve elaborar as normas da forma mais clara possível, permitindo que os seus destinatários saibam as consequências de suas condutas, ainda mais no âmbito do sistema penal. Também vimos que, apesar disso, uma precisão absoluta não é factível, o que se repete no mundo inteiro,

não sendo diferente com os EUA; é possível que o Judiciário venha a construir o sentido do texto escrito pelo legislador, criando o próprio Direito, não estando limitado a uma atividade de mera aplicação de uma norma preexistente.

Essa realidade é um grande problema prático, com maiores consequências no âmbito criminal, sendo, por isso, estudado já há algum tempo naquele país, geralmente por meio do que eles chamam de doutrina do *void for vagueness*, cuja tradução literal leva à expressão portuguesa “vazio por imprecisão”. O seu sentido é relacionado à grande preocupação ali existente com a capacidade de regras legais controlarem as condutas, mais especificamente com a “clareza” da distinção da lei entre comportamento aceitável e proibido, tanto para orientar as condutas dos cidadãos quanto para restringir a discricionariedade dos funcionários do governo (POST, 1994, p. 491).

O problema também é evidente para a Suprema Corte dos EUA, o que é perceptível no estudo de dois casos, cujos julgamentos distam mais de cem anos, sobre os já mencionados tipos de *mail fraud* e *wire fraud*. Embora com opções diferentes, as decisões demonstram a continuidade da imprecisão do texto legislativo, mesmo com o legislador inovando, justamente para tentar ser mais claro, mas sem conseguir o êxito desejado.

A primeira das decisões foi proferida no julgamento do caso *Durland v. United States*, em 1896 (UNITED STATES, 1896), correspondendo à oportunidade inicial na qual a Suprema Corte interpretou o *Mail Fraud Act*. Antes dela, no âmbito estadual as pessoas não eram condenadas pela aquisição fraudulenta de propriedade quando tivessem afirmado que efetuariam o pagamento no futuro, ainda que já não existisse essa intenção prévia de pagar (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 312). No caso, o réu tentou enganar os menos cautelosos, conse-

guindo dinheiro deles para uma aplicação que seria atraente, mas que na verdade era enganosa e irreal. Sua alegação foi de que a lei alcançava apenas as situações nas quais a deturpação da realidade se relacionava a um fato já existente, não a uma mera promessa para o futuro, alegação que não foi acolhida pelo órgão julgador máximo daquele país.

Segundo a Suprema Corte, a lei era mais ampla do que a defesa alegou. Disse que sua literalidade demonstrava que bastava “qualquer esquema ou artifício para fraudar”, devendo sua leitura abranger tudo que fosse arquitetado para isso, tanto para o passado como para o futuro. Se alguém fizesse uma compra, sabendo que não teria condições de pagá-la, e com o intento de enganar o vendedor, a conduta configurava uma clara fraude punível, diante da importância do objetivo do autor, da sua intenção (UNITED STATES, 1896).

Em *Durland* a decisão foi radical, ao estabelecer que o *mail fraud* não estava limitado ao objetivo da fraude punível com base nas leis estaduais, podendo ter uma cobertura mais ampla no âmbito federal. Ademais, ao aceitar este amplo alcance da lei penal incriminadora, a Corte acabou afastando-se do conceito de “esquema para fraudar” que vinha sendo aplicado pelos antecedentes no *common law* (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 314-320).

Embora não vejamos problema na disposição legal, tal como redigida no ponto questionado, diante da impossibilidade humana de prevê-la de forma detalhada o suficiente,<sup>5</sup> é fato que ela é aberta. A própria utilização da palavra “qualquer”, antes da expressão “esquema ou artifício para fraudar”, evidencia a amplitude normativa, que acabou aceita pelo julgado, o qual inclusive foi expresso em reconhecê-la.

Quase cem anos depois, o Congresso norte-americano decidiu inovar, trazendo uma definição de “esquema ou artifício para fraudar”, no âmbito dos mencionados tipos de *mail fraud* e *wire fraud*, o que fez por meio do 18 U.S.C., § 1.346, em 1988.<sup>6</sup> A partir de então, ficou estabelecido que a expressão incluía o esquema ou artifício para privar outrem de direito até mesmo “intangível” a serviços honestos. O mesmo raciocínio efetuado no julgamento do caso *Durland* poderia levar à rápida conclusão de que qualquer conduta praticada para fraudar, nela incluídas as ofensas até mesmo ao direito da vítima de receber um mero serviço honesto de terceiro em que confiou, já corresponderia ao crime prescrito legalmente, não fosse mais uma vez o problema da abertura normativa.

---

<sup>5</sup> O art. 171 do Código Penal brasileiro (BRASIL, [2019a]) também se utiliza de expressão ampla (“qualquer outro meio fraudulento”), sem questionamentos específicos.

<sup>6</sup> Segundo a letra da lei, para fins do capítulo, o termo “esquema ou artifício para fraudar” inclui um esquema ou artifício para privar outro do direito intangível a serviços honestos (UNITED STATES, [201-]).

Realmente, como o Congresso não definira o conceito de “serviços honestos” no § 1.346, os tribunais chegaram a conclusões variadas sobre o que constitui a sua violação, lutando para definir o seu alcance, uns divergindo dos outros (PITTMAN, 2010, p. 813-814), justamente diante dessa amplitude. Em razão disso, a questão terminou chegando novamente à mais alta Corte dos EUA, que a resolveu no julgamento do caso *Skilling v. United States* (UNITED STATES, 2010).

Ao “interpretar” o texto legal no julgamento da causa, a Corte terminou reduzindo o alcance da lei penal incriminadora, dizendo não bastar uma fraude a direitos intangíveis para a configuração do delito, sendo necessário pelo menos que a conduta tenha sido praticada de forma relacionada a subornos e propinas. Disse a Corte que, ao proibir privações fraudulentas do “direito intangível a serviços honestos”, o Congresso pretendeu alcançar os esquemas de forma limitada a tais situações, até porque a criação de lei para além disso seria excessivamente aberta (UNITED STATES, 2010). Assim, para que a traição da confiança da vítima fosse criminosa, a prática do serviço desonesto não era suficiente por si só, sendo preciso que ela estivesse ligada a subornos e propinas.

Skilling tinha sido executivo e presidente da empresa Eron, uma das líderes mundiais em energia, estando entre as setenta maiores receitas do país naquela época, mas que terminou falindo pouco depois de seu pedido de demissão. Ele empregou uma variedade de práticas contábeis para disfarçar suas perdas, ocultando a realidade de empreendimentos sem sucesso, numa “conspiração” elaborada para sustentar os preços das ações de curto prazo da corporação, exagerando o seu bem-estar financeiro. Entretanto, como a sua conduta não implicava suborno ou propina, ela não se enquadrava na proibição do § 1.346, segundo decidiu a maioria (UNITED STATES, 2010). Em outras palavras, “o direito intangível a serviços honestos” significava o direito da vítima de não ter a pessoa em quem confiou aceitando subornos e propinas.

Embora à primeira vista o texto legal pudesse parecer claro, preciso, delimitado, sem deixar margem a dúvidas, sua comparação com o mundo real mostrou o contrário. Tanto que, em vez de optar por uma interpretação meramente literal, a Corte disse estar fazendo uma interpretação teleológica e histórica para chegar a sua conclusão restritiva; e o fez sob o fundamento de que, antes de declarar inconstitucional uma lei vagamente inadmissível, deve-se considerar se a prescrição legal é passível de uma construção restritiva, podendo ser utilizada qualquer interpretação que seja razoável nesse sentido (UNITED STATES, 2010).

A posição adotada pela Corte não foi unânime, mas a divergência também afirmou que a previsão textual da norma penal incriminadora era vaga (UNITED STATES, 2010) – portanto, com uma ampla moldura apta

a aceitar inúmeras “pinturas” diversas. De fato, a expressão “serviços honestos” configura o que no Brasil chamaríamos de elemento normativo do tipo, exigindo um juízo de valor do “intérprete”. Não há dúvida de que a prática de conduta para fraudar, traindo a confiança da vítima mediante a simples prática de serviços desonestos, tem aptidão para incluir uma série de condutas, algumas até leves, o que para a Suprema Corte dos EUA foi um grande problema.

Aqui surge ainda outra questão muito importante: ao formar precedentes, a Suprema Corte deverá produzir normas penais mais fechadas e claras, para o seu destinatário poder saber com mais precisão ainda o que é proibido sob pena de aplicação de uma sanção penal? Ou poderá agir também de forma inversa, ampliando mais o alcance e a vagueza da norma penal?

Parece-nos que, na sua atuação criativa, a Suprema Corte devesse ao menos tentar fechar, não abrir ainda mais, sempre que possível, o âmbito dos textos legais, já que o *stare decisis* foi pensado para reduzir a incerteza e a insegurança do *common law*, então baseado nos costumes, da mesma forma como servia a lei para o *civil law*.

Todavia, como o desejável não é humanamente possível, um fechamento normativo total das normas penais incriminadoras, ou mesmo das normas processuais, procedimentais ou não, também não será alcançado. Além do problema dos limites da lide, da mesma forma que o legislador, o juiz, mesmo aquele integrante da Corte de vértice, não será capaz de prever todas as específicas situações que surgirão nas complexas sociedades atuais, não conseguindo conferir uma certeza absoluta sobre aquilo que seja exatamente proibido sob ameaça de uma sanção na área da justiça penal.

Isso não é diferente no Brasil ou nos EUA. No caso destes, basta ver que foram inúmeras as oportunidades nas quais a sua Suprema Corte julgou recursos relativos a acusações de *mail*

*fraud e wire fraud*. Além de *Durland* (1896) e *Skilling* (2010), outras abordagens foram efetuadas sobre os mesmos crimes nos julgamentos, pelo menos, nos casos *McNally v. United States* (UNITED STATES, 1987), *Neder v. United States* (UNITED STATES, 1999), *Cleveland v. United States* (UNITED STATES, 2000) e *Pasquantino v. United States* (UNITED STATES, 2005a), sem falar em inúmeros outros julgamentos ao longo do tempo realizados pelos tribunais federais de segunda instância. Se fosse possível aos *justices* produzir normas perfeitamente claras e fechadas para o futuro, aptas a alcançar todos os casos a surgir, praticamente não teria havido mais necessidade de novas decisões após o caso *Durland*, sobretudo diante da não superação expressa daquele precedente.

De qualquer forma, a dificuldade maior no momento está na linguagem imprecisa da lei, o que, ao lado de criar problemas de discricionariedade na sua aplicação, impede os cidadãos de saberem o que podem fazer para cumpri-la. As Cortes respondem à vagueza legal mediante a atividade interpretativa, ainda que com as já mencionadas limitações, abastecendo a necessidade de redução do arbítrio e de direcionamento dos indivíduos. Todavia, se algumas vezes elas externam o significado da norma, em outras podem optar por invalidar a lei aberta, em vez de interpretá-la (COOTER, 1994, p. 487-488), numa opção que, a nosso ver, tem sido extremamente subjetiva. No geral, porém, ao menos em face dos casos estudados, a Suprema Corte dos EUA tem construído o sentido das normas também no âmbito do sistema de justiça penal. E, ao assim agir, ela acaba criando o Direito, numa atividade produtora inevitável, ainda que algumas vezes possa ser excessiva. Esse papel criativo, contudo, não chega ao ponto de permitir a criação judicial de tipos penais, ainda que a questão seja mais aberta quanto ao preceito secundário das normas penais incriminadoras, como veremos a seguir.

## 5 O *nullum crimen sine lege* e o caso *Hudson and Goodwin*

Pelo menos na teoria, o princípio da legalidade penal não é um grande problema para os países do *civil law*. Freitas (2009, p. 363-364), por exemplo, embora debatendo sua relação com o Estado Democrático de Direito, afirma desconhecer a existência de estudiosos que se recusem a apontá-lo como uma espécie de base, que se encontra praticamente imune a questionamentos acerca de sua legitimidade, sendo provável não existir na doutrina do Direito Penal outro princípio tão unanimemente festejado.

Na história do *common law* a situação era diferente. Mesmo poucos anos depois da impressão, na Itália, do livro intitulado *Dos delitos e das penas*, de Beccaria (2009, p. 36-40), durante o Iluminismo, Blackstone (1771) enfatizava na Inglaterra os costumes gerais que guiavam e direcionavam as cortes de justiça naquele país, inclusive no sistema de justiça penal e, ao que parece, de forma bastante aberta. Segundo ele, a quebra da paz pública, por exemplo, era ofensa punível não apenas com multa, mas também com o aprisionamento, o que não era estabelecido em nenhuma regra legal, dependendo apenas dos usos passados para o seu sustento (BLACKSTONE, 1771, p. 68).

Talvez diante da realidade daquele tempo e lugar, tem-se sustentado que para nós, do *civil law*, Cortes do *common law* parecem violar o *nullum crimen nulla poena sine lege* todos os dias, não só quando aplicam punições por danos em ações cíveis, ou quando sumariamente punem indivíduos por desobediência ou desrespeito à Corte, mas também ao condenarem pessoas por “*common law crimes*” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 126). Entretanto, essa situação não acontece há muito tempo nos EUA, ao menos não com o alcance mencionado.

Ao contrário do que alguns brasileiros ainda podem pensar, não é de agora que os EUA afastam a possibilidade de condenação criminal baseada no reconhecimento de ofensa aos costumes, ou mesmo a precedentes. A sua Suprema Corte federal, no julgamento do caso *United States v. Hudson and Goodwin* (UNITED STATES, 1812), decidiu que apenas o Congresso pode criar um crime federal, o que aconteceu em fevereiro de 1812, apenas quarenta e um anos depois do ensinamento de Blackstone quanto à situação contrária na Inglaterra, e vinte e dois anos depois de o art. 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ([1789]) prescrever o princípio da legalidade penal na França revolucionária.

Segundo o precedente, ainda válido nos dias de hoje, multar por desacato, prender por recusa a obediência à autoridade da Corte, impor o cumprimento de suas ordens etc. são poderes que não podem ser retirados do órgão jurisdicional, porque são necessários ao exercício de

todos os outros. Para a Corte, esses são poderes implícitos, não imediatamente derivados da lei, devendo necessariamente ser concedidos ao Judiciário em razão da própria natureza da instituição (UNITED STATES, 1812).

Contudo, afirma a decisão, a jurisdição criminal não está entre esses poderes não expressos, ou seja, todo o exercício da jurisdição penal em *common law cases* está fora do alcance dos poderes implícitos. As Cortes não são investidas de jurisdição sobre qualquer ato particular praticado por um indivíduo em suposta violação da paz e dignidade do poder soberano, exigindo-se que a autoridade legislativa da União primeiro torne um ato crime, fixe para ele uma punição, além de declarar o Tribunal que terá a competência sobre a ofensa criminalizada (UNITED STATES, 1812).

Com esse precedente do início de 1812, a Suprema Corte foi de encontro a pelo menos oito decisões de Cortes inferiores de segundo grau, além de desconsiderar o entendimento de todos os *justices* que a compunham antes de 1804, à exceção de um. A divergência decorria da tensão entre o *common law* e a Constituição, pois esta criara integralmente outra estrutura de governo, mas tinha sido escrita por homens cuja cultura era oriunda de conceitos daquela tradição jurídica. A posição ao final vencedora, ao abolir os *common law crimes*, representou um momento que cristalizou a orientação, sugerida pela primeira vez em 1798, de que a Constituição não poderia com eles coexistir, já que ela teria fixado um sistema de governo norte-americano que havia se separado de seus antecedentes ingleses mais nitidamente do que qualquer um tinha percebido. Ao decidir assim, a Suprema Corte deu definição formal à noção de que o *common law* só operaria dentro da estrutura constitucional (ROWE, 1992, p. 920-923).

Desse modo, o modelo norte-americano parece caminhar em sentido semelhante ao

brasileiro quando estudamos o princípio da legalidade penal sob as vertentes da exigência de lei escrita oriunda do legislador, como também de lei estrita. Ou melhor, em sentido similar na teoria, considerando que na prática o STF criou os crimes de homofobia e transfobia por meio da ADO nº 26/DF e do MI nº 4.733/DF, em 13/6/2019. Naquele país, a vedação da criminalização de conduta por precedentes, ou decorrente dos costumes, acaba igualmente por impedir o uso da analogia *in malam partem*. Conquanto tenhamos como certa a distinção feita por Schauer (2009, p. 88-90) de que o uso da analogia ocorre apenas para dar suporte a um argumento atual, mas com possibilidade de escolha, ao passo que o uso de precedentes obrigatórios impõe um resultado diverso do preferido, sem margem de liberdade, nosso raciocínio não fica invalidado. A despeito da diferença, o certo é que alguém que realize um fato não previsto em lei penal incriminadora não será processado, mesmo que se verifique omissão do legislador, que o fato praticado seja muito semelhante a outro proibido criminalmente ou, ainda, que ele seja contrário àquilo que o *common law* entenda como penalmente reprovável.

O processo penal norte-americano, por sua vez, é regido acima de tudo por várias normas constitucionais, havendo ainda a aplicação não só de leis federais, mas também estaduais. Sobre esse ramo do Direito também incidem, além de códigos de ética, normas oriundas das próprias Cortes (CHEMERINSKY; LEVENSON, 2013, p. 1) – inclusive da Corte de vértice, claro, na forma do 28 U.S.C., § 2.071 –, o que sugere a possibilidade de criação de regras processuais por meio do Judiciário, situação que a nosso ver não se afasta tanto do modelo brasileiro, a não ser pela viabilidade de leis estaduais. Por outro lado, quando se fala na criação judicial do Direito Processual por precedentes, não tem

como ser evitado esse tema, normalmente relacionado ao reconhecimento de “direitos” pela Suprema Corte, o que também é plenamente viável, tendo acontecido inúmeras vezes, assunto que, porém, tem maiores consequências sobre a sua aplicação no tempo, conforme será visto adiante.

Na verdade, é muito importante ter em mente que, também ao contrário do que muito se imagina no Brasil, foram poucos os países ocidentais que escaparam do fenômeno de codificação do século XIX, situação que não foi tão diferente com os EUA, mesmo tendo sido colônia inglesa no passado. A ideia surgiu da cultura jurídica do *civil law*, mas foi transmitida ao mundo novo, até mesmo àquela nação. A edição de Códigos Civis, por exemplo, teve sucesso em alguns Estados norte-americanos, embora tenha fracassado em Nova Iorque. E, mesmo neste Estado, em 1848-1849 o Poder Legislativo editou um Código de Processo Civil, quando substituiu a distinção entre ações de Direito costumeiro e de equidade por um tipo único, com um sucesso que terminou servindo de modelo para outros países da mesma família jurídica. Além disso, o que nos interessa mais neste estudo é que lá um Código de Processo Penal entrou em vigor em 1881, um ano antes de o seu Código Penal também se tornar lei, o que nem sequer foi alvo de muita resistência (REIMANN, 1989, p. 97-101). Assim, embora se possa pensar que as codificações representem uma das maiores diferenças entre as famílias jurídicas estudadas, parece-nos que essa diferença não é tão grande assim, ao menos quando temos em mente os norte-americanos.

## 6 O *nulla poena sine lege* e o caso *Booker*

A questão relacionada ao princípio da legalidade penal nos EUA começa a complicar-se quando a analisamos sob o aspecto do *nulla poena sine lege*, isto é, em face do preceito secundário da norma penal incriminadora, embora o precedente no caso *United States v. Hudson and Goodwin* tenha abrangido esse aspecto em tese, ao dizer que a autoridade legislativa deve primeiro não apenas prescrever qual a conduta criminosa, mas também fixar uma punição para ela (UNITED STATES, 1812).

Até o final do século XX, a despeito da fixação legal da pena abstrata para os crimes federais, sua aplicação em concreto ocorria de forma incontrolada, com base na discricionariedade do julgador, diante da existência de um amplo alcance estabelecido para a maioria das condutas ilícitas,<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> O delito chamado de *mail fraud* (18 U.S.C., § 1.341), por exemplo, tem pena em abstrato prevista legalmente que varia entre zero e vinte anos, ou entre zero e trinta anos, a depender da situação específica (UNITED STATES, [201-]).

não havendo sequer direito de recurso quanto ao ponto, o que terminava gerando muita disparidade para condutas idênticas. Procurando uma solução, em 1984 o Congresso editou o *Sentencing Reform Act (SRA)*, criando uma comissão – uma agência federal independente localizada dentro do Poder Judiciário com competência para criar diretrizes (as *Guidelines*) que deveriam ser seguidas pelo juiz nessa fase da sentença, as quais terminaram sendo fixadas por meio de um longo, detalhado e complexo conjunto de normas (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.377-1.378).

A intenção do legislador pareceu-nos clara: ele visou estabelecer critérios menos subjetivos que resolvessem o problema da ampla distância entre a pena mínima e a máxima cominada, estabelecida abstratamente por ele próprio. Mas o fez mediante delegação desse trabalho para a “comissão”, até porque as *Guidelines*, como dito, correspondem a um grande e complexo conjunto de regras (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.382), com mais de seiscentas páginas (UNITED STATES, 2018), difícil de ser transportado para a lei em sentido formal.

Mesmo assim, a adoção de solução parecida no *civil law* dificilmente superaria as exigências do princípio da legalidade penal, na parte que veda a aplicação de pena sem cominação “legal”. E o debate desse assunto tampouco passou despercebido nos EUA, uma vez que a alegação de inconstitucionalidade do SRA já se encontrava perante a Suprema Corte mais ou menos cinco anos depois da sua promulgação. Apesar disso, no julgamento do caso *Mistretta v. United States*, a Corte formou o precedente no sentido de que a criação da Comissão de Sentença não constituía uma delegação legislativa inconstitucional, nem uma violação da separação dos Poderes (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.380).

De fato, naquela oportunidade o órgão decidiu por maioria que, ao criar a Comissão de Penas, o Congresso não delegara poder legislativo excessivo, nem perturbara constitucionalmente o equilíbrio de Poderes. Entendeu que as proteções estruturais da Constituição não proíbem o Congresso de delegar a um órgão especialista, localizado no Poder Judiciário, a tarefa intrincada de formular diretrizes para a aplicação da pena, consistentes com os parâmetros legais. Segundo a decisão, o sistema de autoridade controlada e equilibrada também não proíbe o Congresso de recorrer à sabedoria e à experiência acumuladas do Poder Judiciário na criação de políticas sobre um assunto exclusivamente da competência dos juízes, concluindo que a lei é constitucional (UNITED STATES, 1989).

Em 2005, no julgamento do caso *United States v. Booker* pela Suprema Corte dos EUA, a validade e o alcance das *Guidelines* norte-americanas foram novamente postos em discussão. Booker tinha sido acusado de portar, com intenção de distribuir, pelo menos 50 gramas de base de cocaína (*crack*). Entendendo haver prova de que ele possuía 92,5 gra-

mas, o júri condenou-o pela violação do 21 U.S.C., § 841 (a) (1), cuja pena variava de dez anos à prisão perpétua, na forma do § 841 (b) (1) (A) (iii) (UNITED STATES, [201-]). Com base na sua história criminal e na quantidade de drogas reconhecida pelos jurados, a sentença deveria fixar a pena entre 210 e 262 meses, de acordo com as *Guidelines*. O juiz, no entanto, concluiu haver evidência de que Booker possuía, na verdade, mais de 566 gramas de *crack*, e que ele também era responsável por obstrução da justiça, o que o fez considerar uma variação mais alta, entre 360 meses e prisão perpétua, fixando a pena em definitivo naquele mínimo. Assim, em vez de ser condenado no “máximo” de 21 anos e 10 meses (262 meses), o réu foi condenado à pena “mínima” de 30 anos. A sentença, todavia, foi anulada no segundo grau pelo Tribunal Federal do 7º Circuito, com determinação de nova decisão dentro dos parâmetros reconhecidos pelos jurados, ou para que fosse realizado outro julgamento perante o júri (UNITED STATES, 2005b).

Dessa decisão a acusação recorreu à Suprema Corte, perante a qual vários assuntos interessantes foram apresentados. Num deles, foi rejeitada mais uma vez a alegação, embora dessa vez formulada pela acusação, de haver vício das *Guidelines* em razão de não terem sido promulgadas pelo Congresso, mas pela Comissão de Sentença, o que aconteceu sob o fundamento de que isso não tinha significância constitucional. Em outro, também se afastou novamente a afirmação de ofensa à separação dos Poderes, quando a Corte disse que o Legislativo pode delegar ao Judiciário funções que lhes sejam apropriadas e que não ofendam as prerrogativas de outro Poder, concluindo que tal delegação não excedia os poderes do Congresso. Embora tais afirmações agora tenham sido proferidas como *obiter dictum*, servem para ratificar nossa afirmação sobre a diferente visão norte-ame-

ricana quanto à ideia de *nulla poena sine lege*. Poderia uma agência independente, vinculada ao Poder Judiciário brasileiro, mas sem função jurisdicional, editar normas obrigatórias para a fixação da pena de forma mais específica em casos futuros? Importante notar, ainda quanto a esse ponto, que no mesmo julgamento foi esclarecido justamente que a comissão tinha função legislativa e não judicial, não podendo esta ser por ela exercida, diante da existência de membros que não eram juízes, sob pena de afronta ao art. 3º da Constituição (UNITED STATES, 2007).

Além disso, com a decisão tomada em *Booker*, a aplicação judicial da pena entrou numa nova fase nos EUA, diante de dois votos majoritários proferidos no mesmo caso, o que aconteceu de maneira incomum, senão única (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.377-1.396). Visando responder a uma primeira pergunta formulada pelo recorrente, a Suprema Corte por maioria decidiu que a Sexta Emenda, instituidora da garantia do julgamento pelo tribunal do júri, se aplica às *Guidelines*. Em consequência, formou o precedente no sentido de que, afora uma condenação prévia ou uma admissão de culpa, qualquer fato utilizado pela sentença que aumente a pena máxima prevista nas *Guidelines* exige o seu reconhecimento pelo júri.

Porém, para responder a uma segunda pergunta formulada pelo recorrente, sobre em qual medida as *Guidelines* permaneciam válidas, a Corte – agora por uma maioria ligeiramente diferente – apresentou um segundo e “estranho” *holding*, invalidando duas previsões legais, formando o precedente de que as diretrizes eram apenas consultivas, não obrigatórias, cabendo recurso para a revisão das penas somente em caso de alegação de falta de razoabilidade, não de inobservância das diretrizes normativas. Em conclusão, manteve a anulação da sentença de-

terminada pelo órgão de segundo grau, mas dizendo que o rejuízoamento deveria ocorrer de acordo com os novos padrões estabelecidos pela Suprema Corte, não de acordo com os critérios das decisões recorridas.

Apesar de a decisão em *Booker* ter ido talvez de encontro ao *nulla poena sine lege* do *civil law*, além de ter sido confusa, a Suprema Corte produziu norma futura naquela oportunidade? A princípio, podemos dizer que sim, o que é visto em ambos os votos vencedores, de forma ainda mais clara no segundo.

Com efeito, naquele voto foi afirmado que a exigência constitucional do júri afetaria todos os casos. Além disso, mais adiante sustentou-se que a responsabilidade seria agora do Congresso, dizendo que a legislação nacional estava preparada para elaborar e instalar, a longo prazo, o sistema de sentenças compatível com a Constituição, que o Congresso julgasse melhor para o sistema federal de justiça. Ou seja, em outras palavras, a Suprema Corte normatizou daquela forma para todos os casos, até que o Poder Legislativo quisesse atuar. E, já no final, ela deixou claro que ambos os *holdings* deveriam ser aplicados a todos os casos objeto de recursos (UNITED STATES, 2005b).

Porém, mais uma vez estamos diante do problema de saber, no caso de normas legais abertas estabelecidas para o sistema de justiça penal, se a formação de precedente pelo Judiciário, especialmente pela Suprema Corte, deve fechá-las ou abri-las ainda mais. Como já dissemos, ao que nos parece, a filosofia do *stare decisis* – e, portanto, de uma Corte de precedentes – coincide com a base principal do princípio da legalidade penal: a intenção de reduzir a incerteza e insegurança jurídica, trazendo maior previsibilidade e uniformidade de tratamento para os destinatários da decisão judicial. No caso *Booker*, contudo, depois de o legislador norte-americano fechar a abertura da cominação legal por meio da criação da Comissão responsável pela elaboração das *Guidelines*, a Suprema Corte transformou-o em meramente consultivo, estabelecendo critérios subjetivos de razoabilidade para a decisão dos casos concretos, voltando, ainda que em menor proporção, ao estado anterior de maior incerteza jurídica. De toda forma, ela não chegou a autorizar, ao menos nesse caso, que os limites legais da cominação em abstrato sejam desobedecidos pelos juizes. Se de um lado lhes deu muita discricionariedade, com consequente poder criativo pela grande abertura legal, de outro não lhe permitiu que a criação saia dos limites legais.

Afora a preocupação com a reserva legal que possivelmente nós teríamos, haveria o problema relacionado com a possibilidade de aplicação retroativa da norma oriunda do caso *Booker* a fatos praticados antes da decisão, o que não é fácil de conciliar com o trabalho de uma Corte cujo objetivo predominante seja julgar de acordo com os fundamentos

da teoria dos precedentes. Dito de outra maneira, os problemas de uma suposta Corte de precedentes com o princípio da legalidade penal não param por aí.

## 7 Conclusão

Por mais que desejemos que as normas penais incriminadoras sejam fechadas, com enunciados claros, a fim de que os seus destinatários possam saber exatamente o que é proibido sob ameaça de imposição de uma sanção penal, não chegamos ao nível de perfeição que permita um fechamento absoluto dos textos legais. Por isso, gostemos ou não, ao Judiciário continua sendo possível construir o sentido desses textos, não sendo diferente o que acontece no âmbito do Direito norte-americano, inclusive por meio da sua Suprema Corte.

A tarefa de construir o sentido dos textos legais, inclusive “esclarecendo” o âmbito dos tipos penais e sanções correspondentes, conduz à convicção de que o Judiciário também cria o Direito, inclusive no específico ramo do Direito Penal, sendo uma utopia imaginar que ele apenas aplique normas preexistentes.

Essa constatação é exemplificada no julgamento dos casos *Durland* e *Skilling* pela Suprema Corte dos EUA. Diante da imprecisão do texto legislativo relativo aos crimes federais de *mail fraud* e *wire fraud*, o órgão deu-lhe interpretação extensiva no julgamento do primeiro dos casos mencionados, efetuando, por outro lado, interpretação que restringiu o seu alcance no segundo deles, o que parece demonstrar a possibilidade de escolhas subjetivas, ainda que na teoria, sob alguns aspectos, isso seja questionável.

Porém, o verdadeiro problema do Judiciário brasileiro atual, inclusive da sua Suprema Corte, parece estar no ativismo judicial *contra legem*. O fato de haver espaços abertos deixados pelo legislador não permite a conclusão de não haver limites à atividade jurisdicional, que deveria se limitar a escolhas possíveis ditadas previamente pelo poder competente. No campo criminal, um dos maiores limites certamente deveria estar no princípio da legalidade, ainda mais no âmbito de um país do *civil law* como o Brasil. Nos EUA, integrantes da tradição jurídica do *common law*, embora a aplicação prática do princípio seja questionável no âmbito do *nulla poena sine lege*, o mesmo não acontece com o *nullum crimen sine lege*, que incide naquele país desde o julgamento do caso *Hudson and Goodwin*, em 1812. Aqui, pelo contrário, no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, tivemos um exemplo no qual fomos “mais *common law* do que o *common law*”.

É importante também ter em mente, por fim, a importância de um maior cuidado com a afirmação de que a Suprema Corte dos EUA tem a missão principal de produzir normas para o futuro. A despeito de a inevitável abertura dos textos legais realmente poder sugerir que isso aconteça, o princípio da legalidade penal, de maior ou menor aplicação naquele país, impõe alguns limites ao raciocínio, ao menos no âmbito do sistema de justiça criminal, raciocínio igualmente questionável por alguns outros fatores, os quais, porém, fogem ao âmbito principal deste artigo.

## Sobre o autor

Jorge André de Carvalho Mendonça é doutor em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz federal, Recife, PE, Brasil. E-mail: jandrecm@hotmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos *common law crimes*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 37-58, out./dez. 2020. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p37](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p37)

(APA)

Mendonça, J. A. de C. (2020). A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos *common law crimes*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 37-58. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p37](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p37)

## Referências

ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal criminal law and its enforcement*. 6th ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2015. (American Casebook Series).

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (RT Textos Fundamentais, 1).

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: of the rights of persons*. Philadelphia: Union Library, 1771. v. 1.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 3 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 3 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 3 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção 4.733/DF*. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Interessada: União. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 3 set. 2020.

CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. *Criminal procedure*. 2nd ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. (Aspen Casebook Series).

COOTER, Robert D. Void for vagueness: introduction to a symposium. *California Law Review*, [s. l.], v. 82, n. 3, p. 487-490, May 1994. Disponível em: [https://works.bepress.com/robert\\_cooter/111/](https://works.bepress.com/robert_cooter/111/). Acesso em: 3 set. 2020.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. [S. l.: s. n., 1789]. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em: 4 set. 2020.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

FOWLER, Roger. Sobre a linguística crítica. Tradução de Débora de Carvalho Figueiredo e Delcimeris Schlottfeldt de Oliveira. *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, Tubarão, v. 4, n. especial, p. 207-222, 2004. Disponível em: [http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/Linguagem\\_Discurso/article/view/296/310](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/Linguagem_Discurso/article/view/296/310). Acesso em: 4 set. 2020.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. Princípio da legalidade penal e Estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 363-393.

HASNAS, John. Hayek, the common law, and fluid drive. *NYU Journal of Law & Liberty*, [s. l.], v. 1, p. 79-110, 2004. Disponível em: [https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_060886.pdf](https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060886.pdf). Acesso em: 4 set. 2020.

INFORMATIVO STF. Brasília, DF: STF, n. 944, 10-14 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>. Acesso em: 4 set. 2020.

KRYGIER, Martin. Law as tradition. *Law and Philosophy*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 237-262, Aug. 1986. DOI: 10.2307/3504690. Disponível em: <https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/Law%20as%20Tradition.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2005.

MATTEI, Ugo A.; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's comparative law: cases, text, materials*. 7th ed. New York: Foundation Press: Thomson Reuters, 2009. (University Casebook Series).

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; MORAU, Caio. O despótico STF e a desarmonia na República. *Estadão*, [São Paulo], 21 fev. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-despotico-stf-e-a-desarmonia-na-republica/>. Acesso em: 4 set. 2020.

PITTMAN, Elizabeth Wagner. Mail and wire fraud. *American Criminal Law Review*, [s. l.], v. 47, n. 2, p. 797-820, 2010.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

POST, Robert C. Reconceptualizing vagueness: legal rules and social orders. *California Law Review*, [s. l.], v. 82, n. 3, p. 491-507, May 1994. DOI: <https://doi.org/10.2307/3480970>.

RAKOFF, Jed S. The Federal Mail Fraud Statute (part I). *Duquesne Law Review*, [s. l.], v. 18, n. 4, p. 771-822, 1980.

REIMANN, Mathias. The historical school against codification: Savigny, Carter, and the defeat of the New York Civil Code. *The American Journal of Comparative Law*, [s. l.], v. 37, n. 1, p. 95-119, 1989. DOI: <https://doi.org/10.2307/840443>.

ROWE, Gary D. The sound of silence: United States v. Hudson & Goodwin, the Jeffersonian ascendancy, and the abolition of federal common law crimes. *The Yale Law Journal*, [s. l.], v. 101, n. 4, p. 919-948, Jan. 1992. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol101/iss4/6/>. Acesso em: 4 set. 2020.

SAMUEL, Geoffrey. Common law. In: SMITS, Jan M. (ed.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. p. 145-160. (Elgar Original Reference).

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. 5th ed. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997. (The University Center for Human Values Series).

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

SHERWIN, Emily. Judges as rulemakers. *Cornell Legal Studies*, [s. l.], n. 05-023, Aug. 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=790666>. Acesso em: 4 set. 2020.

TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas: aspectos generales. In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 231-251.

UNITED STATES. Sentencing Commission. *Guidelines manual, 2018*. [Washington, DC]: USSC, 2018. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Cleveland v. United States*, 531 U.S. 12 (2000). First party: Cleveland. Second party: United States. November 7, 2000. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/12/>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Durland v. United States*, 161 U.S. 306 (1896). A conviction for federal mail fraud may be sustained even if the intended victim did not actually rely on the defrauder's false statements. March 2, 1896. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/161/306/>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *McNally v. United States*, 483 U.S. 350 (1987). First party: McNally. Second party: United States. June 24, 1987. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/350/>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989). First party: John Mistretta. Second party: United States. January 18, 1989. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/361/>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Neder v. United States*, 527 U.S. 1 (1999). First party: Neder. Second party: United States. June 10, 1999. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/1/>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Pasquantino v. United States*, 544 U.S. 349 (2005). First party: David B. Pasquantino, Carl J. Pasquantino, and Arthur Hilts. Second party: United States. April 26, 2005a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/544/349/>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Skilling v. United States*, 561 U.S. 358 (2010). Bribes or kickbacks are the only situations in which the honest services doctrine may apply to prohibit the use of mails or wire to further fraudulent schemes. The doctrine should not arise in situations when a public official or private employee engages in undisclosed self-dealing. First party: Jeffrey Skilling. Second party: United States. June 24, 2010. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/358/>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). First party: United States. Second party: Freddie J. Booker. January 12, 2005b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/220/>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *United States v. Hudson*, 11 U.S. 32 (1812). The federal circuit courts do not have an implied authority to take criminal jurisdiction over common-law cases. 1812. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/32/>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. [Constitution (1787)]. *The Constitution of the United States of America*: as amended. Washington, DC: Government Printing Office, 2007. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *U.S. Code*: table of contents. [Ithaca, NY]: Legal Information Institute, [201-]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18>. Acesso em: 4 set. 2020.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Translated by Tony Weir. 3rd ed. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1996.

# O Direito como parte da moralidade e o fim da teoria do Direito

CAIO GENTIL RIBEIRO

**Resumo:** A relação entre Direito e moral é um problema antigo e persistente da teoria do Direito, que questiona se a moral é ou não parte do Direito. A partir de *Justice in robes*, Ronald Dworkin passou a defender não simplesmente que a moral é parte do Direito, mas que o Direito é parte da moral. Essa afirmação poderia levar-nos à conclusão de que o próprio empreendimento de identificação do Direito perde muito de sua relevância, de modo que, em vez de nos preocuparmos em dizer o que é e o que não é Direito, deveríamos ocupar-nos diretamente das questões de moralidade política colocadas na prática jurídica. Essa é a conclusão a que chega Scott Hershovitz em “The end of jurisprudence”. Embora a conclusão de Hershovitz pareça uma consequência natural do argumento de Dworkin, neste artigo argumenta-se que ela representa um erro grave, pois desconsidera que o Direito é tratado por Dworkin como uma forma de organização social especialmente valiosa, porque especialmente legítima. Entender e enfrentar o argumento de Hershovitz é uma maneira de evitar confusões e tornar mais clara a importância da legitimidade – entendida como justificação da coerção estatal – para a identificação do Direito.

**Palavras-chave:** Positivismo. Interpretativismo. Legitimidade. Ronald Dworkin. Scott Hershovitz.

## Law as a part of morality and the end of jurisprudence

**Abstract:** The relation between law and morality is an old and enduring issue in Legal Theory, which often questions if morality is a part of law. Ronald Dworkin has defended, since *Justice in robes*, not simply that morality is a part of law, but indeed that law is a part of morality. That statement may lead us to conclude that the very task of identifying law loses much of its relevance, so that in spite of worrying about what is or is not law, we would do better turning our attention directly to the issues of political morality put in legal practice. That is the conclusion

Recebido em 28/5/20  
Aprovado em 4/9/20

of Scott Hershovitz in “The end of jurisprudence”. In this article I argue that, while Hershovitz’s conclusion may seem a natural consequence of Dworkin’s argument, especially after *Justice in robes*, it is a deeply mistaken view, for it overlooks that law is presented by Dworkin as an especially valuable – because especially legitimate – form of social organization. To understand and to confront Hershovitz’s argument is a way of avoiding confusions and making clearer the importance of legitimacy – understood as justification of state coercion – to the identification of law.

**Keywords:** Positivism. Interpretativism. Legitimacy. Ronald Dworkin. Scott Hershovitz.

## 1 Introdução: a afirmação do Direito como parte da moral

Diferentes teorias do Direito estão ocupadas com o mesmo problema: justificar a coerção. Essa é a tese que Dworkin defende em *Law’s empire*. Nesse livro, ele apresenta um *conceito* de Direito ao redor do qual diferentes *concepções*<sup>1</sup> justificam de forma diversa (ou afirmam que é injustificável) a força moral que o Direito pretende ter. Dworkin (1998, p. 98, tradução nossa) afirma que sua proposta de ver dessa forma o conceito de Direito “mostra o velho debate sobre Direito e moralidade sob uma nova luz”<sup>2</sup>. Afinal, se as teorias do Direito estão preocupadas em justificar a força moral do Direito, então não é possível defender uma divisão absoluta entre Direito e moral.

Mais tarde, em *Justice in robes*, Dworkin (2006, p. 34) reformula sua tese, com a sugestão aparentemente extravagante de que não é que a moralidade componha uma parte do Direito ou com ele se relacione, mas que “o Direito é parte da moralidade”. A ideia é retomada em *Justice for hedgehogs*, em que Dworkin (2011, p. 402-403, tradução nossa) afirma ter errado ao “presumir que o Direito e a moral são dois sistemas diferentes de normas e que a questão crucial é como eles interagem”<sup>3</sup>, pois,

---

<sup>1</sup> Seguindo uma distinção que remonta à ideia de “conceito essencialmente contestado” (SHAPIRO, 2007), Dworkin (1998, p. 91, 2011, p. 162) afirma que para alguns conceitos há um acordo amplo e mais abstrato sobre ideias simples a eles relacionadas, mas há divergências sobre o que eles significam mais concretamente; tais divergências se expressam em diferentes *concepções* desses conceitos.

<sup>2</sup> No original: “shows the old debate about law and morals in a new light”.

<sup>3</sup> No original: “assume that law and morals are different systems of norms and that the crucial question is how they interact”.

uma vez que tomemos o Direito e a moralidade como compondo sistemas separados de normas, não há um referencial neutro de onde as conexões entre esses dois sistemas pudessem ser apreciadas.<sup>4</sup>

Assim, não haveria uma forma de decidir se a relação entre Direito e moral é uma questão jurídica ou se é uma questão moral, o que justificaria a ideia positivista “surpreendente” de que a questão não é nem jurídica nem moral, mas *conceitual* (DWORKIN, 2011, p. 403), a ser resolvida com a busca da essência ou natureza relacionada a esse conceito.

A ideia por trás do argumento de Dworkin é que, se estamos preocupados em oferecer um conceito de Direito que possa figurar em proposições sobre como *devemos* agir e fazemos isso procurando um conceito de Direito que seja capaz de justificar a coerção pelo Estado, então dizer que o Direito tem alguma espécie de “normatividade” que não seja uma normatividade moral parece não fazer sentido. Mais contemporaneamente, mesmo um positivista como Joseph Raz adota posição semelhante, ao afirmar que uma teoria do Direito busca saber como o Direito pretende *modificar a moralidade*, de modo que “nós não podemos conceber o Direito como um ponto de vista normativamente válido que contraste com a moralidade” (RAZ, 2004a, p. 6, tradução nossa).

Um juiz, por exemplo, ao ser colocado diante de um caso difícil, não analisará o que ele “deve fazer juridicamente” e considerará, eventualmente, que isso pode ter alguma relação com a moral. Tanto para Raz quanto para Dworkin<sup>5</sup>, o juiz,

<sup>4</sup> No original: “once we take law and morality to compose separate systems of norms, there is no neutral standpoint from which the connections between these supposedly separate systems can be adjudicated”.

<sup>5</sup> Como Waldron (2013, p. 7) aponta em “Jurisprudence for hedgehogs”, Dworkin está afirmando que, “when a judge faces a question about how to interpret a statute or a clause in the Constitution, or when she has to figure out the bearing of

como qualquer pessoa diante de uma situação em que tem de decidir como agir, simplesmente decidirá *o que ele deve fazer*, e essa é uma questão moral. Se o Direito é em alguma medida legítimo, o juiz terá alguma obrigação de obedecer a ele, mas tal obrigação será também moral. Não decorre daí que qualquer lei injusta (contrária à moralidade) deixe de ser Direito, mas que, quando há um dever de obedecer e aplicar essa lei injusta, esse dever virá de uma razão moral ou, dito de outra forma, a moralidade terá sido modificada por essa lei.

Questão diversa é saber até onde nos leva a conclusão de que o Direito é parte da moralidade. Raz (2004a, p. 15-16) diz que, se é possível dizer que uma comunidade *não é governada pelo Direito*, logicamente deve ser possível diferenciar o que é Direito e o que não é; e, de fato, oferecer essa diferenciação tem sido uma das principais tarefas que a filosofia do Direito avoca para si (PRIEL, 2008, p. 644). Se consideramos, entretanto, como faz Dworkin, que o Direito *é parte* da moral, ainda temos alguma razão para nos perguntarmos o que o Direito é? Em outras palavras, teríamos ainda alguma razão para identificar critérios que são os *fundamentos do Direito*<sup>6</sup>, para nos preocuparmos com os critérios

---

a line of precedents on a dispute in front of her, the question she faces is a moral question; it doesn't just involve moral elements, it is itself a moral question”. Raz não iria tão longe no que diz respeito aos métodos que os juízes devem utilizar para *identificar* o que o Direito exige em um caso concreto. A decisão que o juiz deve tomar terá, seja ela jurídica ou não, uma razão moral. Como Raz (2004a, p. 7) afirma em “Incorporation by law”, é um truísmo que “judges are human, and as such subject to morality” e, conseqüentemente, “if they are bound by law, that is because they are morally bound by it”.

<sup>6</sup> Proposições jurídicas (*propositions of law*) são as diversas afirmações e reivindicações que as pessoas fazem sobre o que o Direito permite ou proíbe. Os “fundamentos do Direito” (*grounds of law*), por sua vez, são as condições de verdade dessas proposições jurídicas (DWORKIN, 1998, p. 4); isto é, são outras proposições que tornam as proposições jurídicas verdadeiras. Por exemplo: a proposição de que a sanção de uma lei pelo presidente torna seu texto obrigatório pode ser um fundamento do Direito que torna verdadeira a proposição de que “[a] obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados,

de verdade de proposições jurídicas? Se o Direito é parte da moralidade, ainda ganhamos alguma coisa em diferenciá-los?

Uma resposta negativa a essas questões pode parecer natural e teria como consequência redirecionar nossas preocupações ao que cidadãos, autoridades e juízes *devem fazer*. Outrora tão central à teoria do Direito, a pergunta sobre “se considerações morais figuram ou não entre as condições de verdade do direito e, se sim, como”<sup>7</sup> não faria sentido ou no mínimo se tornaria extremamente desinteressante. Isso não significa – pelo menos *a priori* – que autoridades e cidadãos não devam guiar-se pelo que consta em leis, decretos e decisões judiciais. Todavia, significa que não ganhamos nada em discutir se “faz parte do Direito” uma proposição retirada de uma analogia com um texto legal, por exemplo.

Essa resposta negativa é dada por Hershovitz (2015) em “The end of jurisprudence”, texto em que ele pretende colocar fim ao debate Hart-Dworkin negando o que ele identifica como o pressuposto subjacente a tal debate: a existência de um domínio de normatividade (ou quase-normatividade) estritamente jurídico.

O argumento de Hershovitz pode parecer uma decorrência natural do argumento de Dworkin, especialmente a partir de *Justice in robes*. Contudo, representa um grave equívoco, ao desconsiderar que o Direito é defendido por Dworkin como uma forma especialmente valiosa de organização social porque especialmente legítima. Entender e enfrentar o argumento de Hershovitz serve para evitar confusões e deixar mais clara a importância da legitimidade – entendida como justificação da coerção estatal – da identificação do Direito.

---

salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso” (art. 233 do Código Civil (BRASIL, [2020b])).

<sup>7</sup>Na introdução de *Justice in robes*, Dworkin (2006, p. 5) dizia que essa seria a principal questão em relação ao conceito doutrinário de Direito.

Na seção 2 deste artigo, apresenta-se mais detalhadamente o argumento de Hershovitz; na seção 3, critica-se esse argumento com fundamento na importância de se identificar o que é especificamente o conteúdo do Direito, e não apenas o que é moralmente exigido. Na seção 4, apresenta-se a interpretação da tese de Dworkin de que o Direito é parte da moral – considerada correta e contrária à tese de Hershovitz – e suas possíveis consequências. Por fim, na seção 5 são apontadas algumas conclusões.

## 2 O fim da teoria do Direito: a proposta de Scott Hershovitz

Em “The end of jurisprudence”, Hershovitz (2015, p. 1.162) afirma que, por mais de quarenta anos, a teoria do Direito tem sido dominada pelo debate Hart-Dworkin com, de um lado, Hart e seus herdeiros, como Raz, defendendo que o conteúdo do Direito é determinado por fatos sociais e, de outro, Dworkin e seus seguidores defendendo que “fatos morais” também têm influência na determinação do conteúdo do Direito.<sup>8</sup>

O argumento de Hershovitz (2015, p. 1.192) é que esse debate está mal direcionado, pois pressupõe um domínio *especificamente jurídico* de normatividade, ou quase-normatividade, que não existe. Um domínio de normatividade especificamente jurídico existiria se nossas práticas jurídicas gerassem um domínio separado de outros domínios de normatividade, como a moralidade e a prudência. Um domínio de *quase-normatividade* existiria se o que o Direito exige – por meio de noções normativas como obrigação e direito subjetivo –, apesar de *pretender* ser normativo, pudesse na verdade não sê-lo.

---

<sup>8</sup>Shapiro (2007, p. 5) descreve o debate Hart-Dworkin de modo semelhante.

É nesse segundo sentido que se diz que, “do ponto de vista do Direito”, algo é permitido ou proibido (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.164-1.165); ou, como coloca Raz (1979, p. 157), pressupondo justamente esse domínio de quase-normatividade, que o “ponto de vista relevante” de uma teoria do Direito é o *ponto de vista do Direito*.

A compreensão de que as práticas jurídicas implicam algumas consequências *especificamente jurídicas*, criando esse domínio específico de normatividade ou quase-normatividade, seria “o vidro que faz a garrafa” onde estão presos os participantes do debate Hart-Dworkin (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.165). Para construir seu argumento, Hershovitz trata de algumas práticas, com nível crescente de complexidade, em que também lidamos com regras. Ele trata da hipótese de uma casa de aluguel onde há uma placa com regras a serem seguidas (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.174-1.180), da prática de fazer promessas (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.180-1.181) e – ao pretender apresentar uma prática em que, mais que regras esparsas, há um sistema de regras institucionalizado – do jogo de xadrez, referindo-se às regras que são expedidas pela Federação Mundial de Xadrez (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.181-1.186). Segundo ele, a lição a se tirar desses exemplos é que, embora em todos eles se trate da aplicação e interpretação de regras, não pressupomos que cada um corresponda a um domínio específico de normatividade.<sup>9</sup> Não existe, por assim dizer, um “ponto de vista do xadrez” para definir o que alguém deve ou não fazer em uma partida.

O exemplo do xadrez, por ser o mais complexo e o mais semelhante ao Direito – há um sistema de regras, instituições que criam e aplicam essas regras etc. –, merece mais atenção. Por que não é possível dizer que existe um “ponto de vista do xadrez” ou um “ponto de vista da Federação Mundial de Xadrez”? Porque as regras da Federação não existem no vácuo, responde Hershovitz. Elas têm uma história – foram adotadas pela Federação – e é à luz dessa história que alguém pode ter alguma razão para se importar com elas. Uma partida que faça parte de um torneio oficial, por exemplo, é governada pelas regras da Federação. Contudo, é possível que mesmo nesse caso a partida não seja governada pelos padrões retirados estritamente das regras da Federação. Pode-se, por exemplo, apelar à *intenção* daqueles que elaboraram essas regras ou aos padrões que melhor serviriam ao *propósito* da Federação quando adotou essas regras (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.184). Tais formas de identificar

---

<sup>9</sup>“The world is full of practices that are law-like, in that they aim to shape the norms that govern our lives. But we don’t take the vast majority of these practices to give rise to their own distinct domain of normativity, or even quasi-normativity, in the way that this picture supposes that legal practices do. [...] If I am right, then we should wonder whether we can navigate law without generating those problems too” (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.174).

as obrigações daqueles que estão jogando uma partida de xadrez apontam para o fato de que “as razões que as pessoas têm para prestar atenção às regras da Federação Mundial de Xadrez afetam os padrões que governam seu comportamento”<sup>10</sup> (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.186, tradução nossa).

Ao apresentar esse problema hipotético de interpretação de regras da Federação Mundial de Xadrez, Hershovitz pretende traçar um paralelo entre essa situação e as disputas jurídicas entre uma abordagem baseada na “intenção do legislador” e uma abordagem baseada em “integridade”, que demanda a identificação do propósito (*point*) do Direito, isto é, pretende fazer um paralelo com as divergências sobre os *fundamentos do Direito*. Hershovitz argumenta que, por mais que se atribua um *point* à prática jurídica que servirá à construção de proposições corretas sobre o que ela exige, não existe um “ponto de vista do Direito”, assim como não existe um “ponto de vista do xadrez”. É nesse sentido que ele considera sua proposta “eliminativista”:

podemos pensar nela [em sua proposta] como uma forma de eliminativismo, já que ela nega a existência de uma entidade – um domínio distintamente jurídico de normatividade ou quase-normatividade – que abordagens mais tradicionais pressupõem<sup>11</sup> (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.193, tradução nossa).

A abordagem eliminativista teria a vantagem positivista – a referência é a Hart e a Raz – de ser “realista, e não romântica”, ao permitir que distingamos claramente o que nossas práticas jurídicas *são* e o que elas *deveriam ser*, sem a desvantagem de adotar a proposta “misterio-

<sup>10</sup> No original: “the reasons people have to pay attention to the FIDE rules affect the standards that govern their behavior”.

<sup>11</sup> No original: “we might think of it as a kind of eliminativism, since it denies the existence of an entity – a distinctively legal domain of normativity, or quasi-normativity – that more traditional pictures presuppose”.

sa” de que nossa prática jurídica cria direitos e obrigações especificamente jurídicos. Teria também a vantagem antipositivista de acatar a sugestão de Dworkin de que as pessoas discordam a respeito do que o Direito requer porque discordam a respeito do significado moral de suas práticas jurídicas (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.194-1.195).

A “eliminação” do Direito evidentemente não significaria que não mais teríamos de perguntar o que temos de fazer em nossas práticas jurídicas, mas não teríamos razão para distinguir o que é ditado por uma razão moral e o que é ditado por uma razão especificamente jurídica.<sup>12</sup> Como resume Hershovitz (2015, p. 1.173, tradução nossa),

ainda nos perguntaríamos o que o Direito requer de nós. A única diferença seria que quando o fizéssemos, consideraríamos que estamos engajados em uma investigação moral, ou talvez prudencial, em vez de em uma investigação especificamente jurídica. Isto é, consideraríamos que estamos perguntando o que nossa prática jurídica nos dá razões morais ou prudenciais para fazer<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Hershovitz (2015, p. 1.190-1.191, tradução nossa) também desenvolve um argumento de que teríamos razões para falar “como se” o Direito gerasse obrigações especificamente jurídicas mesmo que ele não o faça; por exemplo, seria uma simplificação dizer que “os juízes devem aplicar as leis”, mas pode ser melhor falarmos dessa forma do que fazermos a qualificação de que “juízes estão obrigados a aplicar as leis, a não ser que sejam moralmente repugnantes”, pois tal qualificação, embora verdadeira, poderia levar a um abuso de poder por parte dos juízes. Essa forma de “identificar” o Direito não atende nem a uma abordagem de busca de sua natureza, como a feita por Raz, nem a uma abordagem sobre que tipo de obrigações o Direito impõe, como a feita por Dworkin (afinal, não pretende dizer o que os juízes devem fazer, mas sim apresentar uma proposição que induza os juízes a fazerem o que eles devem fazer). Permite ainda que o teórico faça afirmações que, nos termos de sua própria teoria, não são verdadeiras (por exemplo, o teórico dirá que o juiz tem obrigações que, na verdade, não tem). Contudo, essa parte do argumento é independente das demais e, por isso, pode ser ignorada.

<sup>13</sup> No original: “we would still wonder what the law requires of us. The only difference would be that when we did so, we’d take ourselves to be engaged in a moral inquiry, or perhaps a prudential one, rather than a distinctively legal

Poderíamos ainda falar sobre *o que o Direito requer*, mas não devemos supor que exista uma entidade única chamada “Direito”. Com isso, mais do que dizer, como faz Dworkin, que o Direito é parte da moral, Hershovitz está dizendo que não existem critérios para se dizer o que é e o que não é Direito. A caracterização de um “domínio jurídico” apenas poderia ser feita para propósitos específicos, mas essa seria meramente uma questão prática, e não uma questão metafísica.<sup>14</sup> Assim, não ganhamos nada preocupando-nos com um conceito de Direito do qual podemos deduzir permissões, exigências e proibições<sup>15</sup> (por exemplo, em “de acordo com o *Direito* brasileiro, é proibido o anonimato em manifestações”); apenas podemos usar “Direito” para alguma finalidade específica, como descrever uma relação<sup>16</sup> (por exemplo, uma pesquisa sobre “a relação entre o *Direito* brasileiro e o desenvolvimento de *startups*”), ou para tratar das permissões, exigências e proibições de determinado cidadão ou autoridade em uma situação específica.

A teoria do Direito deveria, portanto, abandonar a questão “metafísica” de saber o que é o domínio jurídico e passar a preocupar-se em responder como nossas práticas jurídicas afetam nossos direitos, obrigações, privilégios e poderes morais.<sup>17</sup>

---

one. That is, we’d take ourselves to be asking what our legal practices give us moral or prudential reasons to do”.

<sup>14</sup>“When we have a project in mind, we can ask whether it matters what notion of law we employ, and which one to use if it does. But these are practical questions, not metaphysical ones” (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.203).

<sup>15</sup> Isso equivale ao que Dworkin (2006, p. 2) chama de conceito “doutrinal” (*doctrinal*) de Direito, que seria o objeto das teorias do Direito.

<sup>16</sup> Isso equivale ao que Dworkin (2006, p. 2-3) chama de conceito *sociológico* de Direito, que pode corresponder a uma simples estipulação para um fim específico.

<sup>17</sup>“The time has come for jurisprudence to drop the metaphysics and take up morals. The question that jurisprudence should aim to answer is how our legal practices affect our moral rights, obligations, privileges, and powers. The metaphysical question posed in the Hart-Dworkin debate was a distraction; we have no good reason to think that our legal practices generate a distinctively legal domain

### 3 Por que ainda distinguir o Direito de outros ramos da moralidade?

A questão que Hershovitz coloca não é trivial. De fato, se aceitarmos que a teoria do Direito pretende nos dizer – como cidadãos ou autoridades, inclusive juízes – *o que fazer*, poderíamos rapidamente chegar à conclusão de que não há por que continuarmos presos ao conceito de Direito para definirmos quais são nossas responsabilidades.

Teorias do Direito descritivas, como a de Hart ou Raz, têm entre suas principais preocupações a questão da definição das fronteiras do Direito, distinguindo o que é Direito e o que não é (PRIEL, 2008, p. 645). Após adotarmos uma teoria abertamente normativa como a de Dworkin, por que deveríamos manter essa preocupação? Não seria melhor enfrentar diretamente a questão de quais são as obrigações de cada pessoa em cada situação? Não existiria razão para perder tempo em saber “o que o Direito é” para, com base nisso, dizer o que cidadãos e autoridades devem fazer.

Contudo, essa é uma extrapolação exagerada do argumento de Dworkin, que perde de vista o que ele tem de mais importante. De fato, uma teoria abertamente normativa como a dele tende a retirar a importância de individualizarmos padrões jurídicos. Ela salienta os direitos e responsabilidades das pessoas em vez de descrever o que seria a estrutura de uma norma, o que faz com que uma norma seja jurídica, o que individualiza uma norma etc. Ela nos afasta de um “conceito taxonômico de Direito”, segundo o qual toda comunidade onde existe Direito tem um conjunto de padrões individualizáveis que podem ser categorizados como “jurídicos” em oposição a padrões morais e de outros tipos (DWORKIN, 2006, p. 4). Todavia, isso não significa que o “con-

---

of normativity, or quasi-normativity, whose metaphysics we must unravel. But the moral question is vital; it is contested every day, in court and out, with serious consequences for peoples’ lives” (HERSHOVITZ, 2015, p. 1.203).

ceito doutrinal de Direito” utilizado em nossa prática jurídica deva ser abandonado. Como Dworkin (1978, p. 68, grifo nosso, tradução nossa) dizia já em “O Modelo de Regras II”,

[a] teoria do Direito coloca a questão: o que é o Direito? A maioria dos filósofos do Direito têm tentado responder a essa pergunta distinguindo os *padrões* que figuram, de maneira apropriada, nos argumentos em favor de direitos e deveres jurídicos. Mas se esta lista restrita de padrões não puder ser feita, será preciso encontrar algum outro modo de distinguir os direitos e deveres jurídicos de outros tipos de direitos e deveres<sup>18</sup>.

No exemplo dado por Dworkin (1978, p. 75), a insistência na individualização de normas seria tão sem sentido quanto perguntar a alguém que acabou de ler um livro extenso de Geologia quantas “proposições de fato” o livro contém e qual teoria foi usada para contá-las.

Negar a pertinência de um conceito taxonômico de Direito não significa, portanto, negar a pertinência do conceito doutrinal de Direito. Contudo, ainda se mantém a questão: temos alguma razão para continuarmos preocupados com este último? Por que não adotar o eliminativismo proposto por Hershovitz e tratar as questões jurídicas diretamente como questões morais?

Podemos rejeitar o conceito taxonômico de Direito, que presume um conjunto de normas individualizáveis que podem receber a etiqueta “Direito” e, ainda assim, pensar que uma sociedade governada pelo Direito *significa alguma coisa*. De acordo com Dworkin (1998, p. 93, tradução nossa), significa que

a força não será usada ou inibida, não importa o quão útil isso possa ser para os fins que se tem em vista, exceto quando permitido ou requerido por direitos e responsabilidade individuais que decorrem de decisões políticas passadas a respeito de quando o uso coletivo da força está justificado<sup>19</sup>.

Ou seja, é importante saber o que o Direito é porque, como regra, *apenas ele* deve autorizar a coerção. Trata-se de uma *atitude específica* em relação ao uso da força, e específica daquelas comunidades que adotam a forma *Direito* para organizar sua vida social. O Direito pode ser parte da

---

<sup>18</sup> No original: “Jurisprudence poses the question: what is law? Most legal philosophers have tried to answer this question by distinguishing the standards that properly figure in arguments on behalf of legal rights and duties. But if no such exclusive list of standards can be made, then some other way of distinguishing legal rights and duties from other sorts of rights and duties must be found”.

<sup>19</sup> No original: “force not be used or withheld, no matter how useful that would be to ends in view, no matter how beneficial or noble these ends, accept as licensed or required by individual rights and responsibilities flowing from past political decisions about when collective force is justified”.

moral, mas ele tem essa especificidade de *justificação de uso da força* e, mais que isso, de justificação de uso da força de uma forma particular, *com base em decisões políticas passadas*, que outros ramos da moral não têm.<sup>20</sup>

Na verdade, a especificidade de *justificação do uso da força* é o que diferencia a moralidade individual (como cada pessoa deve se comportar para com outras) da moralidade política (como a comunidade política deve tratar seus cidadãos). Como cidadãos, não temos obrigação de tratar a todos com igual consideração. A princípio, um pai não comete nenhum desvio moral ao preferir gastar recursos com a saúde do seu filho a fazer doações a uma ONG, mesmo que os recursos doados salvem mais vidas. Todavia, como comunidade política (ou como governantes), existe tal obrigação. O que justifica essa diferença? É justamente a coercitividade que existe na política:

O que explica essa diferença [entre a moralidade individual e a moralidade política], eu acredito, é o fato que eu já mencionei: a política é coercitiva. Estamos todos em posição de podermos ser prejudicados por outros de uma forma que não seria permitida pela moralidade pessoal. Estamos nessa posição porque somos parte de uma união política<sup>21</sup> (DWORKIN, 2010, p. 476-477, tradução nossa).

Nosso conceito de Direito pressupõe que a utilização da força poderá ser feita apenas *com base em decisões políticas passadas*. A referência a decisões políticas passadas explica como o Direito pode ser parte da moral sem que se negue o truísmo de que o Direito é diferente em cada país:

Por que não dizemos que nações que adotaram leis de zoneamento diferentes das nossas não compreenderam o conceito de Direito [...]? Porque qualquer concepção plausível do Direito e da justiça deve pressupor que decisões locais têm uma força em fixar o que o Direito requer que elas não têm em relação à fixação de o que é justo ou injusto. Diferentes teorias do Direito entendem de forma diferente a força de decisões locais; mas qualquer teoria competente dá a tais decisões muito mais força no Direito do que na moralidade. Mesmo quando entendemos que o Direito é um ramo da moralidade [...] devemos aceitar essa distinção indispensável entre este ramo e o resto do domínio<sup>22</sup> (DWORKIN, 2011, p. 171, tradução nossa).

---

<sup>20</sup> “The distinctive thing about law is not just that it is concerned with state force (though it is). The distinctive thing is that law embodies a *particular attitude* towards state force. Law places enormous emphasis on the point that the public justification of coercion is to be oriented to past events, like enactments and precedents” (WALDRON, 2013, p. 8-9, grifo do autor).

<sup>21</sup> No original: “What accounts for the difference [between personal and political morality], I believe, is a fact I’ve already mentioned: politics is coercive. We are all in a position to be harmed by others in a way that would not be licensed by personal morality. We’re in that position because we’re part of a political union”.

<sup>22</sup> “Why do we not say that nations that have adopted zoning regulations different from ours have misunderstood the concept of law [...]? Because any plausible conceptions of

Serão justamente essas especificidades que guiarão a identificação do que o Direito é, com base na elaboração de diferentes concepções de Direito. Ao nos engajarmos em um argumento sobre qual a melhor teoria (concepção) de Direito, buscamos exatamente justificar a utilização ou ameaça de utilização da força pelo Estado com base em decisões passadas; procuramos construir uma teoria do Direito compatível tanto quanto possível com uma obrigação de obedecer ao Direito.<sup>23</sup> Nas palavras de Dworkin (2006, p. 35, tradução nossa), ao adotarmos a ideia de que o Direito é parte da moral, somos

encorajados a ver as questões de filosofia do Direito como questões morais sobre quando, até onde e por que razão decisões coletivas autoritativas e convenções específicas deveriam ter a última palavra em nossas vidas<sup>24</sup>.

Questão diversa, embora conectada à da identificação, é se temos alguma razão para defender que nossa sociedade seja organizada pelo Direito, por um *império do Direito*, permitindo-se a utilização da força apenas com base nele e não, por exemplo, em todas as outras situações em que nos pareça que essa utilização traria boas consequências. Sem pretender responder a essa questão, vale apenas destacar que ela pode ser respondida somente por meio de argumentos relacionados ao valor que esse tipo de organização pode ter – argumentos relacionados ao que se chama de *Estado de Direito*, legalidade ou *rule of law*.

Se, por outro lado, adotássemos o eliminativismo proposto por Hershovitz, perderíamos a possibilidade de construir argumentos como esses, já que não haveria nada que distinguisse o Direito de outras formas de governança.<sup>25</sup> Além disso, a prática jurídica não poderia ser vista como uma constante defesa dos ideais relacionados ao Estado de Direito.

---

law and of justice must suppose that local decisions have a force in fixing what law requires that they do not have in fixing what is just or unjust. Different legal theories understand the force of local decisions differently; but any competent theory assigns such decisions much greater force in law than in morality. Even when we understand that law is a branch of morality [...] we must accept this indispensable distinction between that branch and the rest of the domain”.

<sup>23</sup>“The interpretivist says that the justifying connection between institutional practice and legal rights and obligations must be such as to serve as an adequate response to the moral concern that is characteristic of legal practice. On the hypothesis we have been discussing, the concern is raised by coercive enforcement. A conception of law must therefore articulate the relation that must hold between some right or obligation and institutional practice if the right or obligation is to be permissibly enforced” (STAVROPOULOS, 2014, p. 14).

<sup>24</sup>No original: “encourage[s] us to see jurisprudential questions as moral questions about when, how far, and for what reason authoritative, collective decisions and specialized conventions should have the last word in our lives”.

<sup>25</sup>Raciocínio semelhante é feito por Dworkin (2011, p. 383, tradução nossa) em relação ao conceito de “democracia”. Por que não deixar de discutir o que é democrático e o que não é, e simplesmente discutir qual forma de governo é *melhor*? Porque isso “nos força a ignorar valores diferentes que estão em jogo nesta última questão”.

Considerar a forma como Dworkin defende sua concepção de Direito como integridade pode deixar mais claro o que isso significa, mesmo que não concordemos com suas conclusões. Dworkin defende a integridade como a melhor teoria do Direito porque ela é a que melhor realiza o valor da *igualdade*. Assim compreendido, o Direito garantiria uma *reciprocidade* entre os cidadãos, de modo que, mesmo submetidos a autoridades estatais, eles não estariam sujeitos a uma espécie de *subordinação* que comprometesse suas dignidades (DWORKIN, 2011, p. 319-320). Esse é o *valor* relacionado a ter um Estado de Direito, e não outra forma de organização social, e nesse valor deverá basear-se a defesa do Estado de Direito.

Perceber isso torna mais claro o que realmente está em questão quando discutimos casos controversos. Qual seria o problema, afinal, de tratar casos semelhantes de forma diferente? Se o Supremo Tribunal Federal decidiu que um índice que não recompõe a inflação viola o direito à propriedade e, por isso, não pode servir para correção monetária de precatórios<sup>26</sup>, por que ele não poderia manter esse mesmo índice para a correção de outros valores devidos pelo mesmo credor<sup>27</sup>? Ou, pensando na doutrina, por que não admitir que a forma como justificamos um ramo da responsabilidade civil seja simplesmente inconsistente com a justificação de outro? A razão não é simplesmente a “elegância teórica” ou o “rigor científico” da jurisprudência ou da teoria da responsabilidade civil que estamos construindo. A razão real é que não é essa a

<sup>26</sup> Em 2013, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357 julgou inconstitucional, por “violação ao direito de propriedade”, a utilização do índice de correção monetária da caderneta de poupança para a correção monetária de precatórios (BRASIL, 2013).

<sup>27</sup> Pelos mesmos motivos, em 2017, no Recurso Extraordinário 870.947 foi julgada inconstitucional a utilização do índice de correção monetária da caderneta de poupança nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública (BRASIL, 2017).

forma como uma comunidade comprometida com a igualdade deveria governar-se.<sup>28</sup>

Manter a possibilidade de distinguir o que é e o que não é Direito permite que aqueles que se engajam na prática jurídica – autoridades, juízes, advogados e cidadãos em geral – possam fazer desse engajamento uma constante defesa desses ideais de igualdade. Serão esses ideais que darão *sentido* à atividade dos participantes da prática jurídica.<sup>29</sup> Adotada a integridade, esse engajamento se realizará pela busca contínua de que o Estado fale com “uma só voz” (DWORKIN, 1998, p. 165), utilizando a coerção de forma coerente em princípio para todos os cidadãos. O sentido dessa busca é, em última análise, a defesa da igualdade como valor político.

Um contra-argumento interessante sobre a necessidade de se distinguir o Direito do restante da moralidade é que não há evidências de que o debate sobre os limites do Direito seja relevante na prática jurídica e que, por isso, não haveria elementos suficientes (a serem colhidos na prática jurídica) para construirmos uma teoria sobre quais seriam esses limites. As fronteiras do Direito seriam, assim, um conceito indeterminado, e à teoria do Direito caberia apenas descrever essa indeterminação.<sup>30</sup>

Esse argumento poderia ser correto se entendêssemos que a tarefa da teoria do Direito

<sup>28</sup> “We cannot simply ignore the claim that our purported justification would in fact show our legal practice to be unprincipled, because it appeals to a particular principle in justifying coercion against some citizens and rejects the same principle in denying compensation to other people. If that claim is justified, our proposed decision would be objectionable, not just as a matter of theoretical elegance, but also as a matter of how a community committed to equal citizenship should govern itself” (DWORKIN, 2006, p. 53).

<sup>29</sup> Como afirma Dworkin (1998, p. 58) em relação à prática da cortesia: “Each citizen, we might say, is trying to discover his own intention in maintaining and participating in that practice [...] in the sense of finding a purposeful account of his behavior he is comfortable in ascribing to himself”.

<sup>30</sup> É o argumento de Priel (2008, p. 652-656).

é oferecer uma análise *conceitual* politicamente neutra, como faz Raz. Ou, ainda, se estivéssemos preocupados com um conceito de Direito do tipo sociológico. A defesa de que existem limites entre o que é Direito e o que não é será feita, porém, não por uma análise neutra conceitual de estilo raziano nem por uma análise sociológica, mas por um argumento de moralidade política de justificação da coerção. Cada decisão de um juiz ou de uma autoridade pública que se fundamente no Direito para impor alguma sanção ou dar uma ordem cujo descumprimento pode implicar uma sanção pressuporá – terá em seu “prólogo silencioso”<sup>31</sup> – essa fronteira. As fronteiras do Direito são as fronteiras do poder coercitivo estatal e, por isso, devem ser traçadas com cuidado.

#### 4 Significado e implicações de entender o Direito como parte da moral

Já foram apresentados os argumentos de Hershovitz a favor do que ele chama de eliminativismo, bem como as razões para que tais argumentos não sejam acolhidos. Ao colocar-se como uma teoria abertamente normativa e ao negar uma abordagem taxonômica do Direito, o caminho que a teoria do Direito de Dworkin toma parece sugerir que a tarefa de identificar o que é o Direito deveria ser abandonada. Contudo, o caráter central da legitimidade faz com que esse ainda seja um empreendimento fundamental. O que significa, então, a mudança teórica de Dworkin? O que significa e quais as implicações da afirmação de que o Direito faz parte da moral?

<sup>31</sup> É nesse sentido que Dworkin (1998, p. 90, tradução nossa) afirma que a teoria do Direito é o “prólogo silencioso de qualquer decisão em Direito”.

A afirmação de Dworkin de que o Direito faz parte da moral traz, primeiramente, o mesmo tipo de ganho de clareza que trazem as afirmações de Raz sobre a moral não ser meramente um “ponto de vista” e sobre as decisões judiciais serem decisões morais. Isto é, ela destaca a responsabilidade moral envolvida em decisões tomadas na prática jurídica, afastando certa mistificação sobre o que a “técnica jurídica” poderia impor.<sup>32</sup>

Outra consequência importante é o afastamento de qualquer leitura de Dworkin como teórico de um *conceito taxonômico* de Direito. Entre muitos, Dworkin ainda é conhecido por sua distinção entre princípios e regras, apresentada em seu artigo “O Modelo de Regras I”<sup>33</sup>. Segundo uma leitura mais simplista de sua obra, ele teria identificado a “natureza” desses dois tipos de norma, o que seria a chave para a resolução de uma série de problemas jurídicos, especialmente de Direito Constitucional. Considerado esse artigo isoladamente, é possível discutir se essa leitura seria possível – e o próprio Dworkin diz que, quando o escreveu, tinha uma visão errada sobre a relação entre Direito e moralidade. De qualquer forma, com a afirmação de que o Direito é um ramo da moralidade, esse tipo de leitura não é mais sustentável. Se há algum ganho na utilização da categoria “princípio”, ele está apenas em como ela destaca uma necessidade mais direta de justificação moral (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 35-36).

<sup>32</sup> Não acredito, porém, que signifique uma reformulação das principais teses que ele desenvolvera até *Justice in robes*. O próprio Dworkin (2011, p. 402) indica que se afastou da descrição do Direito e da moralidade como dois sistemas distintos a partir de “O Modelo de Regras II”, embora apenas tenha percebido essa diferença completamente mais tarde quando começou a considerar as principais questões de que trata em *Justice for hedgehogs*.

<sup>33</sup> Naquele artigo, Dworkin (1978, p. 24-26) falava de regras como padrões “aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” e de princípios como padrões que devem ser observados como “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, que “devem ser levados em conta pelas autoridades públicas como uma razão que inclina numa ou noutra direção”.

Dworkin (2011, p. 406) defende que também é uma implicação de vermos Direito e moral como um único sistema a distinção entre “direitos jurídicos” e “direitos legislativos”, correspondendo os primeiros àqueles que as pessoas têm direito de que sejam aplicados a seu pedido independentemente de alguma nova decisão do Legislativo, e os segundos àqueles direitos que a comunidade tem de que a atividade legislativa seja exercida de determinada forma. Esse ponto merece um pouco mais de atenção.

Essa distinção de Dworkin pode parecer pouco persuasiva porque não são usuais as expressões *direitos legislativos* e *direitos jurídicos* e porque não utilizamos esta última com o sentido de “direitos que podem ser exigidos judicialmente”. Se alguém se referir a algum direito social, como o direito à saúde e o direito à moradia (art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2020a])), como direitos “não jurídicos”, provavelmente será corrigido – afinal, esses direitos estão na CRFB. Contudo, deixando de lado a terminologia, podemos ver que a distinção proposta por Dworkin é coerente com sua teoria do Direito.

Quando nos perguntamos quais são os *fundamentos do Direito* – os fundamentos do *conceito doutrinal de Direito* –, estamos perguntando quais são os critérios de verdade para que uma proposição jurídica seja verdadeira. Como vimos, a resposta deve ser construída de modo que a referência a tal conceito doutrinal possa *justificar* a utilização ou a ameaça de utilização da força<sup>34</sup>. Um direito que não possa, mesmo em tese, ser levado a um tribunal não estará relacionado a essa utilização da força – já que sua inobservância não pode ser punida com a violência – e deve ser identificado com base em outro tipo de consideração.

A pergunta colocada pelo conceito doutrinal de Direito é uma pergunta sobre como deve ser feita a adjudicação por magistrados, não porque os membros do Judiciário têm algo de especial, mas porque, na forma como se organizam países como os Estados Unidos e o Brasil, o Judiciário tem o poder de dar a última palavra sobre os direitos e deveres que, em dado

---

<sup>34</sup> Embora crítico do argumento de Dworkin de que apenas existem direitos jurídicos exigíveis judicialmente, Sager (2016, p. 127) afirma que “suspeita” que, no fundo, o que justifica tal argumento é a centralidade da coerção: “Still elusive is what motivates Dworkin’s insistence that a legal claim must be entitled to immediate recognition by the judiciary. In the end, Dworkin never really defends this. But his demand that judicial enforcement be involved if a proviso is to be law has two parts. The first is that there an adjudicative body which will respond to entitlements on demand; the second is that the body in question have authority over the police or other coercive entities. It is possible that coercion is at the bottom of all this. The point of law, for Dworkin, is that it delineates the appropriate and necessary occasions for the collective use of force, that it directs and legitimates the coercive authority of the state. Courts, in Dworkin’s view, direct or command collective force; legislatures and other nonjudicial bodies and officials – including citizens in their sovereign constitution-making roles – do not. Hence judicial enforceability as the sine qua non of law”. Acredito que sua suspeita está correta.

momento<sup>35</sup>, os cidadãos e as autoridades têm, e essa última palavra está acompanhada de uma ameaça ou de utilização de força. Nada mudaria na construção de nossa teoria se essa última palavra passasse a ser dada por algum outro tipo de instituição adjudicatória, ligada a outro Poder.

A existência de uma instituição adjudicatória – não necessariamente componente do Poder Judiciário – que deve guiar-se por determinados padrões – *padrões jurídicos* – para decidir é, porém, necessária para a construção de uma teoria como a de Dworkin.<sup>36</sup> Mesmo ao tratar do Direito Internacional, para o qual não há tal instituição, Dworkin sugere que se imagine uma “Corte Internacional Hipotética” à qual possam ser levadas demandas e que tenha poder para impor sanções. O que tal Corte estivesse obrigada a decidir corresponderia ao conteúdo do Direito Internacional<sup>37</sup>.

Insistir que também são jurídicos direitos que não podem ser exigidos judicialmente (que Dworkin chama de *direitos legislativos*) demandaria outro método para identificá-los. Como já destacado, o que deve guiar a escolha entre teorias (concepções) do Direito – que, por sua vez, identificarão quais direitos (jurídicos) e obrigações as pessoas têm – é a busca pela justificação da coerção. Se os chamados direitos legislativos não podem ser exigidos judicialmente, não há coerção relacionada a eles a ser justificada, e devem ser outras as preocupações das teorias que os identificam.

Fixada essa centralidade da adjudicação para a teoria do Direito, a importância do Judiciário deve ser acompanhada de ressalvas. Ela não significa que a interpretação do Direito seja monopólio dos tribunais. Para identificar seus direitos e responsabilidades, autoridades e cidadãos em geral devem fazer o mesmo tipo de raciocínio que deveria fazer um

---

<sup>35</sup> Com isso, quero dizer que os direitos que as pessoas têm podem ser modificados pelo Legislativo posteriormente.

<sup>36</sup> Raz (2004b, p. 287) afirma que Dworkin não tinha uma teoria do Direito, mas apenas uma teoria da adjudicação, o que teria mudado a partir de *Law's empire*, quando teríamos “a concept of law that is totally independent of any reference to adjudication”, mas na verdade, como o próprio Dworkin (2004, p. 382) destaca em resposta a esse artigo de Raz, “I do think that a theory of law is a theory of adjudication, but that is not surprising because I mean, by the latter, a theory of how judges should identify and enforce people's legal rights, that is, how they should acquit their institutional duty to apply the law”.

<sup>37</sup> “Let us imagine (though initially not in much detail) an international court with jurisdiction over all the nations of the world. We imagine that cases can be brought before that court reasonably easily and that effective sanctions are available to enforce the court's rulings. [...] If we can imagine such a court, even as fantasy, then we can frame a tractable question of political morality. What tests or arguments should that hypothetical court adopt to determine the rights and obligations of states (and other international actors and organizations) that it would be appropriate for it to enforce coercively? This is a moral question but a special one because judicial institutions with compulsory jurisdiction and sanctions at their disposal are subject to special moral standards of legitimacy and fairness. They have no right to declare and enforce general standards of comity, decency, or wisdom. We can identify a general theory of what it would be appropriate for such an institution to enforce as the foundation of international law” (DWORKIN, 2013, p. 14).

juiz quando ele tenta identificar direitos e responsabilidades. Mas isso não é porque o juiz tem alguma capacidade moral superior que devamos emular<sup>38</sup>, mas apenas porque todos estamos submetidos ao mesmo Direito.

## 5 Conclusões

Uma parcela das discussões em teoria do Direito pode parecer mesmo “presa em uma garrafa” como sugere Hershovitz. O longo debate Hart-Dworkin, que se renova por meio de seus respectivos herdeiros, muitas vezes lembra uma “disputa terminológica”, que não justificaria o tempo e a energia que lhe são dedicados. A afirmação de Dworkin de que o Direito *é parte da moral* acrescenta uma nova razão para essa percepção. Se tudo é moral, por que ainda perdemos tempo discutindo e “etiquetando” o que é Direito e o que não é? Diante disso, é compreensível que se procure pôr fim ao debate questionando sua própria pertinência, como faz Hershovitz. A crítica feita por Dworkin a Hart e ao positivismo em geral não é, porém, tão facilmente descartável. Da parte de Dworkin, a disputa certamente não é terminológica, e sua concepção do Direito como parte da moral não traz a consequência de trivializar a identificação do Direito.

O ponto central da teoria de Dworkin é a afirmação de que o conceito de Direito que utilizamos na prática jurídica – o conceito *doutrinal* de Direito – serve para *justificar* a utilização da força pelo Estado, de modo que uma teoria do Direito competente deve buscar dar sentido a essa justificação, por mais que possa, ao fim, falhar e chegar a uma conclusão cética (DWORKIN, 1998, p. 203). Se uma teoria do Direito busca fornecer os critérios de verdade de proposições jurídicas (os *fundamentos do Direito*), não temos razão alguma para empreender essa busca de modo alienado da própria função que o Direito exerce em nossa vida social, isto é, alienado da função de justificar o uso da força. A afirmação de que o Direito é parte da moral, por sua vez, apenas serve para mostrar a impossibilidade de se pensar uma normatividade que tenha toda essa força e não seja ela mesma moral.

Desse modo, embora tentadora, a abordagem eliminativista de Hershovitz não consegue superar os problemas que ela identifica no de-

---

<sup>38</sup> Isso também é dito por Raz (1995, p. 327): “[i]t is not my view that legal reasoning is exclusive to the courts, or that it has a special character when undertaken by the courts. [...] It is sometimes thought that the special position of the courts implies that there is a special form of judicial reasoning all their own. This is not so. Courts’ decisions are legally binding; the decisions of ordinary people are not, at least not normally. But it does not follow that courts reason in a special way. We may – people sometimes do – think of problems which arise before the courts reasoning about the merits of the case for plaintiff or defendant we reason – if we reason well – as the courts do, if they reason well”.

bate Hart-Dworkin. Ela deixa de lado o principal propósito da teoria (e da prática) do Direito: a justificação da coerção. Essa justificação se dá por meio de decisões políticas passadas, que se aplicarão de modo igualitário a todos os cidadãos. Cabe a teóricos e práticos definir o que isso exige mais concretamente; mas, em um nível mais abstrato, não obstante suas divergências, todas as teorias do Direito competentes estão ocupadas em justificar os poderes das autoridades políticas em um Estado de Direito. Por que não ser *esse* o fim da teoria do Direito?

### Sobre o autor

Caio Gentil Ribeiro é mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; procurador do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: cagribeiro@sp.gov.br

### Como citar este artigo

(ABNT)

RIBEIRO, Caio Gentil. O Direito como parte da moralidade e o fim da teoria do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 59-76, out./dez. 2020. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p59](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p59)

(APA)

Ribeiro, C. G. (2020). O Direito como parte da moralidade e o fim da teoria do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 59-76. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p59](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p59)

### Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 9 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 9 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF*. Direito Constitucional. Regime de execução da Fazenda Pública mediante precatório. Emenda Constitucional nº 62/2009. Inconstitucionalidade formal não configurada. Inexistência de interstício constitucional mínimo entre os dois turnos de votação de emendas à Lei Maior (CF, art. 60, § 2º) [...]. Requerentes: Conselho Federal da Ordem dos Advogados

do Brasil – CFOAB; Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB; Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP; Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário – ANSJ; Confederação Nacional dos Servidores Públicos – CNSP; Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT. Interessadas: Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa do Senado Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Relator do Acórdão: Min. Luiz Fux, 14 de março de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. Acesso em: 9 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 870.947/SE*. Direito Constitucional. Regime de atualização monetária e juros moratórios incidente sobre condenações judiciais da Fazenda Pública. Art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Derivaldo Santos Nascimento. Relator: Min. Luiz Fux, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080728>. Acesso em: 9 set. 2020.

DWORKIN, Ronald. A new philosophy for international law. *Philosophy & Public Affairs*, [Malden], v. 41, n. 1, p. 2-30, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1111/papa.12008>.

\_\_\_\_\_. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Keynote address: justice for hedgehogs. *Boston University Law Review*, Boston, v. 90, n. 2, p. 469-477, Apr. 2010. Disponível em: [https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/dworkin\\_k.pdf](https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/dworkin_k.pdf). Acesso em: 9 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Law's empire*. Oxford, UK: Hart, 1998.

\_\_\_\_\_. Ronald Dworkin replies. In: BURLEY, Justine (ed.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Malden, MA: Blackwell, 2004. p. 337-395. (Philosophers and their Critics, 11).

\_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

HERSHOVITZ, Scott. The end of jurisprudence. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 124, n. 4, p. 1.160-1.204, Jan./Feb. 2015. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-end-of-jurisprudence>. Acesso em: 9 set. 2020.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PRIEL, Danny. The boundaries of law and the purpose of legal philosophy. *Law and Philosophy*, [s. l.], v. 27, n. 6, p. 643-695, Nov. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1007/s10982-008-9030-1>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10982-008-9030-1>. Acesso em: 9 set. 2020.

RAZ, Joseph. Incorporation by law. *Legal Theory*, [Cambridge], v. 10, n. 1, p. 1-17, Mar. 2004a. DOI: <https://doi.org/10.1017/S135232520400014X>.

\_\_\_\_\_. Legal validity. In: \_\_\_\_\_. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Oxford University Press, 1979. p. 146-159.

\_\_\_\_\_. On the autonomy of legal reasoning. In: \_\_\_\_\_. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. New York: Oxford University Press, 1995. p. 326-340.

\_\_\_\_\_. Speaking with one voice: on dworkinian integrity and coherence. In: BURLEY, Justine (ed.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Malden, MA: Blackwell, 2004b. p. 285-290. (Philosophers and their Critics, 11).

SAGER, Lawrence G. Putting law in its place. In: WALUCHOW, Will; SCIARAFFA, Stefan (ed.). *The legacy of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 117-130.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *SSRN*, [s. l.], p. 1-54, Mar. 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 9 set. 2020.

STAVROPOULOS, Nicos. Legal interpretivism. *In*: STANFORD UNIVERSITY. Center for the Study of Language and Information. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, CA: CSLI, 2014. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist>. Acesso em: 9 set. 2020.

WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for hedgehogs. *Public Law Research Paper*, New York, n. 13-45, p. 1-31, July 2013. Disponível em: <http://www.ssrn.com/abstract=2290309>. Acesso em: 24 abr. 2020.

# O crime organizado no Brasil e na Itália

## Análise de decisões

RODRIGO COSTA YEHIA CASTRO

GIUSEPPE GIURA

VICENTE RICCIO

**Resumo:** Com base na análise de decisões emanadas no Brasil e na Itália, este artigo objetiva compreender como as práticas judiciais dos dois países percebem o crime organizado. Inicialmente aborda-se o conceito de crime organizado, considerando a fluidez e multiplicidade de definições existentes; em seguida apresenta-se a análise qualitativa de decisões proferidas nos dois países. Para a construção de um modelo comparativo, as sentenças foram submetidas a um questionário e as respostas, confrontadas. O estudo mostra convergências entre as práticas das organizações criminosas no Brasil e na Itália, sobretudo em relação à cooptação de agentes estatais, extensão territorial dos ilícitos e presença de uma estrutura organizacional robusta.

**Palavras-chave:** Crime organizado. Cultura jurídica. Prática judicial. Análise de decisões.

### Organized crime in Brazil and Italy: decision analysis

**Abstract:** This article aims to understand how judicial practices in Brazil and Italy perceive organized crime, based on the analysis of decisions made in the both countries. Initially, the concept of organized crime was treated, considering the multiplicity of existing definitions. Subsequently, a qualitative research was carried out, analyzing decisions made in both countries, seeking their meaning for the construction of a comparative analysis that took into account the cultural aspects present. The sentences were submitted to a questionnaire and, later, the answers obtained were compared. Thus, the treatment of organized crime in both countries was treated from the perspective of judicial practice. The comparison between the models showed convergences between what is practiced by organizations in Brazil and Italy, especially in the co-option of state

Recebido em 16/4/20

Aprovado em 12/6/20

agents, territorial extension of the illicit and the presence of a robust organizational structure for the practice of crimes.

**Keywords:** Organized crime. Legal culture. Judicial practice. Decision analysis.

## 1 Introdução

A atividade das organizações criminosas é um dos grandes problemas de segurança e ordem pública enfrentados atualmente pelos Estados nacionais. A estrutura complexa desses empreendimentos, seu caráter muitas vezes transnacional, a movimentação de vultosos recursos financeiros, o uso da violência e a corrupção de agentes públicos desafiam a lógica tradicional de repressão à criminalidade. O satisfatório enfrentamento da questão impõe novos modelos de produção legislativa e de atuação do sistema de justiça criminal.

As organizações criminosas afetam diretamente a capacidade de manutenção da ordem pelo Estado. No Brasil, em algumas áreas desafiam inclusive o monopólio do uso legítimo da força (tráfico de drogas, milícias e máfia, por exemplo) e, na Itália, ficaram enraizadas no próprio Estado durante boa parte do século XX.

Há muito que se tenta delimitar com maior precisão o conceito de organização criminosa e os fatos típicos relacionados à sua operacionalização. Paralelamente, os poderes legislativos e judiciários dos países têm-se empenhado na busca – nem sempre bem sucedida – de respostas mais efetivas ao problema.

O objetivo do presente artigo é compreender, sob uma perspectiva sociojurídica, o modo como as Cortes brasileira e italiana dimensionam o fenômeno do crime organizado, tendo em vista casos concretos e decisões judiciais. Justamente porque reproduz o modelo de resposta estatal à criminalidade organizada, a decisão judicial é um importante campo de observação e análise do fenômeno: mostra como o Judiciário valora os fatos, como reconstrói a história da organização em questão e sobretudo como pune. Entretanto, também demonstra como essa atuação pode ser insuficiente, já que é eminentemente retrospectiva e muitas vezes pouco articulada com outras formas de enfrentamento. Justifica este trabalho a premissa de que a construção de modelos comparativos para o enfrentamento do crime organizado – fenômeno global – e de bases observáveis sobre sistemas diversos auxiliará no estabelecimento de respostas mais efetivas ao problema.

Usando metodologia qualitativa, o artigo analisa duas decisões judiciais sobre o crime organizado – uma brasileira, outra italiana – e discute os elementos característicos das organizações criminosas presentes nessas sentenças. Divide-se em quatro seções: o conceito de crime organizado, a metodologia de trabalho, as decisões italiana e brasileira sobre o crime organizado e a comparação dessas decisões. Ao final, sintetizam-se as discussões desenvolvidas, apresentam-se conclusões e questionamentos futuros.

## 2 O crime organizado

O crime organizado tem sido analisado sob diversos ângulos por distintos ramos das ciências, como a Criminologia, o Direito Penal e Processual, a Economia e a Sociologia. Não se trata aqui de revisar a literatura sobre o tema, mas de ressaltar um aspecto importante do objeto de estudo: sua complexidade e multiplicidade. A fluidez do fenômeno se reflete, por exemplo, no entendimento do crime organizado como “qualquer forma de conspiração criminosa ativa por um período de tempo não especificado” (CAMPANA; VARESE, 2018, p. 1.381, tradução nossa). Definições como essa, que oferecem grande espaço interpretativo e possibilidade de inserção das mais diversas situações, são funcionais para os agentes do sistema de justiça criminal, mas não satisfatórias para os analistas, razão pela qual diversas categorias e subcategorias foram criadas para analisar o fenômeno (CAMPANA; VARESE, 2018, p. 1.381).

Atividades como produção e tráfico de drogas, fraudes em contratos públicos, extorsão, tráfico de pessoas, comércio ilegal de armas têm sido inseridas na categoria de crime organizado. Há também o nexos entre o crime organizado e o terrorismo. Potencializado a partir do século

XX, sua incidência no mundo contemporâneo e o destaque nos meios de comunicação por meio do jornalismo ou da ficção contribuem para difundir uma visão genérica do fenômeno.

Varese (2010, p. 11) registrou mais de 150 definições de *crime organizado* na literatura especializada sobre o tema. Um exemplo dessa multiplicidade pode ser observado na definição legal utilizada pela Alemanha e pela Itália. No primeiro caso, o crime organizado é caracterizado como a prática criminal estabelecida por duas ou mais pessoas; no segundo, como a associação de tipo mafioso (NEUMANN; ELSENBROICH, 2016, p. 2).

Contudo, com base nos conceitos elaborados tanto pela academia quanto pelo senso comum, é possível identificar elementos que distinguem o crime organizado do crime convencional. O primeiro deles é o fato de não ser uma empreitada exclusivamente individual e exigir uma estrutura organizacional complexa para atingir seus objetivos. Essa característica é comum a boa parte das definições da literatura, como também da legislação construída para conter sua incidência.

Campana e Varese (2018, p. 1.383) destacam outro aspecto: a questão da governança. O crime organizado tem a pretensão de controlar de modo ilegal a produção de algum bem ou *commodity* em determinada área. Esse *modus operandi* gera conflitos com as instituições estatais e outros grupos criminosos. Em muitos casos a violência é utilizada para resolver tais conflitos, especialmente entre as organizações que atuam à margem da lei. Ao tratar desse ponto, Abadinsky (2010, p. 1) reforça o caráter anárquico e perigoso do mundo do crime. Em um cenário hobbesiano, a filiação a uma organização criminosa confere *status* a seu integrante. Ele não é um “lobo solitário”, mas alguém inserido numa rede capaz de abrir novas oportunidades de ganho e reduzir os riscos inerentes à atividade

criminosa. No mundo das organizações criminosas é necessário delimitar e controlar territórios e espaços por meio de ameaças e da força, ou seja, deve existir não só um sistema de emissão de ordens, como também os beneficiários dessa estrutura informal de comando (CAMPANA; VARESE, 2018, p. 1.383).

Os primeiros estudos sobre o crime organizado já observavam a existência de atividades criminosas baseadas em ações coordenadas. Na década de 1960, a administração do presidente Lyndon Johnson (1963-1969) esforçou-se para provar a existência da *Máfia*, *La Cosa Nostra* ou *Sindacato* destinada a explorar de modo organizado atividades ilegais nas principais cidades dos EUA (VARESE, 2010). Naquele contexto, a transmissão pela televisão do depoimento de Joe Valachi, “soldado” da organização, perante um comitê do Senado foi central para o convencimento da opinião pública a respeito da existência da máfia composta de estrangeiros de origem italiana. O depoimento esclareceu que suas operações e o modo de ação eram profundamente estruturados e organizados. Cressey (1969, p. 319), consultor da Comissão Presidencial de Crime Organizado, afirmou ser o crime organizado o cometido por alguém ocupando determinada posição em uma estrutura hierárquica voltada a atividades ilícitas. Desde então, a dimensão das organizações criminosas ampliou-se e seu impacto passou a ser observado globalmente, o que estimulou a discussão sobre a sua natureza e os modos de promover sua contenção.

O debate envolvendo questões jurídicas e políticas entre diversos países culminou na deliberação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1998, de estabelecer uma convenção específica sobre o crime organizado. Assim, surgiu a Convenção de Palermo, ratificada pela Assembleia Geral da ONU em 15/11/2000, com a finalidade de definir parâmetros legais para

a atuação dos Estados na contenção do crime organizado<sup>1</sup>. A Convenção trouxe uma definição do que seria “grupo criminoso organizado”, com as insuficiências conceituais inerentes a um tema tão espinhoso<sup>2</sup>:

#### Artigo 2 – Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) “Grupo criminoso organizado” – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (UNITED NATIONS, 2004, p. 5, tradução nossa).

Essa definição fluida desconsidera outros elementos, como o modelo das organizações (ATUESTA; PÉREZ-DÁVILA, 2018, p. 238), a natureza de sua ação econômica e a inserção em negócios formais (DUGATO; FAVARIN; GIOMMONI, 2015, p. 945). Abadinsky (c2010, p. 2) considera também a violência instrumental como fator essencial na definição de crime organizado, pois as organizações frequentemente a utilizam para atingir seus objetivos – entre eles, o monopólio em negócios específicos e o controle de territórios (RICCIO; SKOGAN, 2018).

Naylor (2002, p. 15) define organização criminosa como uma associação permanente

<sup>1</sup> O Brasil ratificou a Convenção em 12/3/2004 (BRASIL, 2004a). Ela é composta de três protocolos específicos: 1 – protocolo relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças; 2 – protocolo relativo ao combate ao tráfico de migrantes por via terrestre, marítima e aérea; 3 – protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições. Os Estados que ratificaram a convenção comprometeram-se a incorporar em seus ordenamentos jurídicos essas orientações (UNITED NATIONS, 2004).

<sup>2</sup> Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque, em 15/11/2000.

estruturada como uma “empresa” que, sem necessariamente empregar extorsão ou corrupção, tem ao menos um objetivo ilícito entre seus intentos principais. Nessa perspectiva, teria divisão de tarefas e especialidades, posições de hierarquia, rotinas de planejamento e execução. Segundo o autor, algumas organizações podem não usar a violência como principal fator de intimidação, mas informações ou mesmo “proteção” contra a própria organização.

A primeira diferenciação entre crime convencional e organizado merece ser destacada: a mera associação para o cometimento de ilícito não define uma organização criminosa, mas sua continuidade e organicidade. Não basta a associação e o planejamento para uma ação momentânea visando à prática de um ato isolado. Naylor (2002, p. 16) aponta uma outra distinção entre o crime comum e o organizado: a ambição. A organização criminosa resulta de decisão racional de obter altas taxas de retorno em empreitadas criminosas em curto espaço de tempo.

É relevante a compreensão de que nenhum conceito é isento de valores, sendo o de crime organizado também fortemente influenciado, sobretudo em sua gênese, por fatores como a aversão ao diferente e a xenofobia. Apesar das dificuldades de conceituação, o fenômeno do crime organizado é uma realidade concreta geradora de impactos negativos em distintas esferas, como as das instituições governamentais, do mundo empresarial e da população socialmente vulnerável. Não se pode perder de vista a existência de grupos que fogem às características da empreitada criminosa comum pela complexidade de suas ações, pelo montante de recursos envolvidos nas operações ou pela estruturação de redes de alcance global (PEREIRA, 2015, p. 88).

A Convenção de Palermo (UNITED NATIONS, 2004) reforçou a preocupação com o tema em nível internacional. A resposta dos Estados ao crime organizado foi o desenvolvimento de legislação específica para combatê-lo e a atuação de organismos de controle, como as polícias, os órgãos de fiscalização tributária e as promotorias de justiça. A resultante dessa ação é a sentença judicial, decisão proferida pelo Poder Judiciário, que aplica a lei em casos concretos e pode condenar o acusado a cumprir pena privativa de liberdade no sistema prisional ou determinar a perda de seus ativos econômicos.

A sentença judicial é um momento importante do processo, pois mobiliza elementos jurídicos e administrativos para a consecução de um fim. É, portanto, instrumento essencial para a compreensão do modo como é construída a resposta do sistema de justiça criminal ao impacto do crime organizado, especialmente em relação às suas características intrínsecas, como a estrutura hierárquica, a movimentação de recursos econômicos, a infiltração em organismos de Estado, da sociedade civil e

o uso da violência. Tais características impõem um nível de ação estatal distinto do exigido pelo crime individualizado e de baixa complexidade, pois envolve a disponibilização de recursos humanos e financeiros de instituições como a polícia, as agências de fiscalização tributária, o Ministério Público e o Judiciário.

Por resultar de uma complexa interação de instituições do sistema de justiça criminal, a análise da sentença judicial permite compreender a capacidade de ação do sistema judicial de um país específico e também inferir como a cultura profissional responde aos problemas postos. Serve também a estudos comparativos que possibilitam observar como institutos jurídicos semelhantes são mobilizados em contextos distintos. Assim, permite individualizar e compreender os nexos entre as definições sociais e normativas de um fenômeno jurídico – no caso, a modalidade de aplicação das normas penais e processuais relativas à criminalidade organizada (GIURA, 2015).

O presente artigo analisa comparativamente sentenças relativas ao crime organizado no Brasil e na Itália. Dada a influência italiana na recente legislação brasileira de combate às organizações criminosas, essa análise pode fornecer elementos importantes para a compreensão da capacidade de reação do sistema de justiça criminal de ambos os países a um fenômeno globalmente articulado e responder à seguinte pergunta: quais são os elementos comuns nas respostas institucionais sobre organizações criminosas nas sentenças penais brasileiras e italianas?

### **3 Metodologia**

Para compreender a particularidade do objeto estudado, foi realizada uma pesquisa empírica baseada em metodologia qualitativa. Sua natureza interpretativa busca relevar elementos de determinado fenômeno social e compreendê-lo com base em seus termos. O método também é apropriado para estabelecer comparações e associações entre fenômenos que se relacionam. As estratégias metodológicas da pesquisa qualitativa incorporam elementos como entrevistas, análises textuais e visuais (DENZIN; LINCOLN, c1998, p. 3). A análise dos dados é fundamentada numa teoria previamente estabelecida ou pode fornecer elementos a uma nova formulação teórica. Desse modo, o exame do fenômeno estudado permite a compreensão de suas características intrínsecas em vez de promover generalizações (ALASUTARI, 1996).

No caso deste estudo, a pesquisa qualitativa tem por objetivo a compreensão das práticas judiciais brasileiras e italianas relativamente às organizações criminosas. Por meio da comparação de sentenças penais,

serão identificados os elementos comuns e traçado um paralelo entre os dois países, sem a pretensão de generalização.

Dada a natureza comparativa do trabalho, é importante ressaltar as especificidades do conceito de sentença nos modelos brasileiro e italiano de conclusão da ação penal. No Brasil, o art. 381 do Código de Processo Penal (CPP) define os elementos que compõem a sentença<sup>3</sup>; na Itália, é o art. 525 do *Codice di Procedura Penale*<sup>4</sup>. Esses instrumentos põem termo ao processo em primeiro grau. Contudo, tanto em relação ao Brasil quanto à Itália, a análise não será centrada nesse viés. O termo utilizado por Giura (2015) não considera a *sentenza* uma decisão condenatória ou absolutória, em sentido estritamente jurídico. A perspectiva sociojurídica considera fundamental a definição da estrutura do processo pelas leis, mas vai além ao incorporar como objeto de análise o seu uso pelos operadores do Direito, isto é, as normas jurídicas que definem o procedimento e o processo estabelecem o espaço para a construção da decisão do magistrado. Essa estrutura fornece as condições de possibilidade de decisão (GIURA, 2015, p. 25).

No Brasil, a decisão do juiz de primeiro grau é chamada *sentença*; a dos órgãos colegiados, *acórdão*. Na análise de Giura, o termo *sentenza* pode ser usado para descrever qualquer pro-

cedimento de caráter decisório, englobando manifestações de outros graus de jurisdição que podem ter outro nome. Aqui, o termo *sentenza* será traduzido livremente como *sentença* e utilizado na perspectiva sociojurídica. Por meio da investigação empírica do processo penal centrada na sentença ou julgamento final, é possível reconstruir de maneira cientificamente confiável uma parte significativa da prática jurisprudencial na área penal.

A reconstrução do sentido por meio da sentença deriva do fato de ela ser um documento altamente estruturado, tanto no plano linguístico quanto institucional. Por meio da interpretação das decisões, é possível identificar seus diversos atores e componentes, em razão de esse documento legal constituir-se por meio da dialética entre os operadores do Direito, cujas alegações são reinterpretadas e sintetizadas pelo magistrado. Como resultante desse processo, a sentença é documento institucional que, fundamentado na lei e motivado pelo juiz, produz efeitos jurídicos. O objeto de estudo é a compreensão desse processo dialético.

Para analisar o processo decisório no Brasil e na Itália, foram selecionadas sentenças de crime organizado no banco de dados da Sicília e sentenças sobre o mesmo tema em outra base organizada no Brasil.

A decisão italiana selecionada foi a *Sentenza* n. 2.674/00 (ITALIA, 2000), prolatada pelo Tribunal de Palermo, na qual estão presentes os componentes legais do texto de um julgamento conforme a estrutura normativa exigida pela legislação italiana. Nos termos do art. 426 do *Codice di Procedura Penale*<sup>5</sup>, deverão constar nas

<sup>3</sup>Art. 381. A sentença conterà: I – os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II – a exposição sucinta da acusação e da defesa; III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV – a indicação dos artigos de lei aplicados; V – o dispositivo; VI – a data e a assinatura do juiz” (BRASIL, [2019b]).

<sup>4</sup>Art. 525: “1. La sentenza è deliberata subito dopo la chiusura del dibattimento. 2. Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento. Se alla deliberazione devono concorrere i giudici supplenti in sostituzione dei titolari impediti, i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non sono espressamente revocati. 3. Salvo quanto previsto dall’articolo 528, la deliberazione non può essere sospesa se non in caso di assoluta impossibilità. La sospensione è disposta dal presidente con ordinanza” (ITALIA, [2020]).

<sup>5</sup>*Codice di Procedura Penale*: “Art. 426. Requisiti della sentenza. 1. La sentenza contiene: a) l’instestazione «in nome del popolo italiano» e l’indicazione dell’autorità che l’ha pronunciata; b) le generalità dell’imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo e le generalità delle altre parti private; c) l’imputazione; d) l’esposizione sommaria dei motivi di fatto e di diritto su

sentenças: o título em nome do povo italiano e a indicação da autoridade que proferiu a sentença; a identidade ou outras informações pessoais valiosas para a identificação do réu; a imputação; um resumo dos fundamentos de fato e de direito em que se baseia a decisão; o dispositivo, indicando os artigos da lei aplicada; a data e a assinatura do juiz. Todos os requisitos enumerados foram preenchidos na decisão selecionada.

A decisão brasileira<sup>6</sup> escolhida para análise foi a de nº 0013850-56.2005.4.03.6102/SP (BRASIL, 2017), julgada pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região em 2017. A seleção foi feita com base nos seguintes critérios: (1) publicação posterior a 2014, em virtude de a promulgação da Lei nº 12.850 (nova Lei das Organizações Criminosas) ter ocorrido em 2/8/2013 (BRASIL, [2019c]); e (2) acórdão tratando de recurso de apelação com decisão terminativa. As demais decisões interlocutórias no âmbito dos processos não foram consideradas, embora constem do banco de dados da pesquisa. É importante registrar que o modelo comparativo fica mais adequado, tendo em vista que tanto a decisão brasileira quanto a italiana são de segundo grau.

Após a seleção das decisões, foram definidos como elementos de análise para a resposta da pergunta geral de pesquisa os seguintes pontos: a) quais os setores econômicos, políticos ou administrativos interessados no processo? b) qual a relevância das atividades econômicas

envolvidas no processo? c) qual a quantificação judicialmente determinada do dano econômico produzido pelo crime? d) qual o âmbito territorial envolvido?

Importa destacar as distinções entre os ritos processuais brasileiros e italianos quanto à matéria penal. No processo penal brasileiro, o rito processual é definido com base na pena abstratamente cominada para o delito. O rito ordinário é aplicado aos crimes com pena máxima igual ou superior a quatro anos; o sumário é aplicado aos crimes com pena máxima inferior a quatro e superior a dois anos; o sumaríssimo, quando a pena for igual ou inferior a dois anos (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 682). Uma vez que ao delito de organização criminosa da Lei nº 12.850/2013 é cominada sanção máxima de 8 anos, o rito é escolhido de forma “automática” no contexto brasileiro. Diferentemente da lei italiana, no Brasil não há possibilidade de transação entre as partes para a definição ou a abreviação do procedimento aplicável. Logo, não faz sentido questionar o impacto do rito nos dois países.

Em conformidade com os parâmetros definidos, serão analisadas e comparadas as respostas obtidas nos dois contextos para compreender como as práticas judiciais do Brasil e da Itália respondem ao fenômeno da criminalidade organizada.

## 4 As decisões italiana e brasileira sobre o crime organizado

A *Sentenza* n. 2.674/00 (ITALIA, 2000), do Tribunal de Palermo, trata de eventos relacionados à atuação da *Cosa Nostra*, a mais tradicional Máfia italiana. O caso foi julgado pela Seção II do Tribunal, composta por três julgadores: o presidente e dois juizes. Eram cinco os imputados, à época três presos e dois soltos. A principal imputação aos três primeiros réus relacionava-se

cui la decisione è fondata; e) il dispositivo, con l'indicazione degli articoli di legge applicati; f) la data e la sottoscrizione del giudice” (ITALIA, [2020]).

<sup>6</sup> Banco de dados que compõe o projeto de cooperação entre a Universidade Federal de Juiz de Fora e a Universidade de Catânia, na Itália, para estudo do crime organizado. O arquivo que contém decisões brasileiras sobre a temática foi elaborado com base em pesquisa no acervo da Justiça Federal brasileira em quatro regiões: TRF da 1ª Região, TRF da 2ª Região, TRF da 3ª Região e TRF da 4ª Região. Acórdãos do período de 1º/1/2010 a 31/12/2017 acessados levando em conta o filtro de pesquisa “Organização Criminosa”, nomenclatura utilizada na legislação.

ao cometimento de crime nos termos do Código Penal italiano, em seu art. 416-bis<sup>7</sup>.

O art. 416-bis promoveu uma grande mudança no ordenamento jurídico italiano, pois alterou o entendimento acerca das condutas puníveis relacionadas ao crime organizado. Com esse artigo, o tipo penal passa a punir a conduta de integrar uma organização criminosa de tipo mafioso, ou seja, um crime de conduta formal. Além disso, define os critérios característicos de uma organização criminosa: (1) organização composta por três ou mais membros; (2) promoção, direção e organização da associação de tipo mafioso; (3) o uso da intimidação e da força caracteriza uma organização como de tipo mafioso; (4) a condição de sujeição e o respei-

---

<sup>7</sup> *Codice Penale* (Código Penal), que ao longo do tempo sofreu diversas integrações e, sobretudo, ampliou o rol das associações criminosas do tipo mafioso: “Dispositivo dell’art. 416 bis Codice penale – Chiunque fa parte di un’associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l’associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni. L’associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali. Se l’associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma. L’associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell’associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l’impiego. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla ’ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso” (ITALIA, [2019]).

to à *omertà* caracterizam a prática criminosa; (5) a aquisição de modo direto e indireto da gestão ou controle de atividades econômicas, de concessões, autorizações, aquisições e serviços para obtenção de vantagens injustas para si ou outrem; (6) o aumento de penas para as organizações mafiosas armadas; e (7) o confisco de bens e o controle dos ativos econômicos. Essa mudança legislativa conferiu um grande poder ao Estado para intervir em todos os campos de ação das organizações criminosas de tipo mafioso (ITALIA, [2019]).

A decisão italiana selecionada refere-se à *Famiglia di Bolognetta*. Trata-se de organização integrante da *Cosa Nostra* siciliana com vários campos de atuação criminosa: extorsão, corrupção de agentes públicos, lavagem de dinheiro, fraude, associação armada, uso de força intimidatória, entre outros. Com base na leitura do relatório da sentença, esses elementos foram identificados, razão pela qual o caso da *Famiglia Bolognetta* foi escolhido para análise. No caso em questão, os acusados incorreram não só nas condutas do art. 416-bis como também em suas agravantes.

Segundo o relato da *Sentenza* n. 2.674/00 (ITALIA, 2000), três dos acusados de fato integravam a *cosca*<sup>8</sup> de Bolognetta, uma das diversas células da *Cosa Nostra*, tendo sido suas condenações mantidas pelo Tribunal de Palermo. As acusações responsáveis pela condenação dos réus vieram à tona com base na colaboração premiada de outros mafiosos integrantes da organização e de provas obtidas pelo Ministério Público italiano.

A imputação criminal a cada um dos três principais réus – Salvatore Giammanco, Santo Mini e Pietro Cireco – é descrita na decisão analisada, sendo o primeiro tido como o líder da chamada *Famiglia di Bolognetta*. Os depoi-

---

<sup>8</sup> Célula da Máfia.

mentos de diversos colaboradores e testemunhas são utilizados para o relato da posição e função de cada um dos envolvidos nas empreitadas criminosas. Um exemplo é o relato do colaborador nomeado “Siino” (ITALIA, 2000, p. 3), que afirma, em depoimento prestado em janeiro de 1999, que Giammanco se apresentava como líder da célula mafiosa desde 1991, articulando a aquisição do estaleiro naval do porto de Trapani, negócio cobijado pela organização.

Insatisfeitos com a condenação da primeira instância, os réus recorreram da decisão. O primeiro ponto levantado pela defesa foi a falta de confiabilidade dos colaboradores: as informações obtidas por meio da delação não seriam verdadeiras, além de não ser possível confirmar a autenticidade de seu arrependimento. O segundo argumento consistiu em afirmar que houve pouco sucesso no resultado das provas colhidas em interceptação telefônica e vigilância, que se alongaram por tempo indeterminado. Tais argumentos, ao menos para os três “cabeças” da organização *Famiglia di Bolognetta*, foram rechaçados pelos juízes da Seção II do Tribunal de Palermo. Um exemplo consta da *Sentenza* n. 2.674/00 (ITALIA, 2000, p. 8), em que o colaborador que acusa Santo Mini, chamado Cosimo Lo Forte, tem sua fiabilidade asseverada pelo julgador, já que depois do seu relato foi identificado o poderoso arsenal da organização.

A condenação dos acusados no crime de associação de tipo mafioso com base no art. 416-bis do Código Penal italiano foi mantida para Giammanco, Mini e Cireco. Os julgadores consideraram presentes os elementos identificadores de uma organização mafiosa, cujas características foram referidas como já “extensiva e exaustivamente discutidas nas cortes da Sicília e também na Corte de Cassação” (ITALIA, 2000, p. 14, tradução nossa), instância superior da justiça criminal italiana. Salvatore Giammanco foi condenado a cinco anos de reclusão; Pietro

Cireco, a três anos, quatro meses e quatro dias de reclusão; e Santo Mini, a três anos de reclusão.

Com fundamento na descrição da *Sentenza* n. 2.674/00, serão respondidas as questões sobre seus componentes. A primeira indaga sobre quais setores (econômicos, políticos ou administrativos) têm interesse no processo. No caso, a denúncia é feita em nome do povo italiano buscando a reparação pelos crimes cometidos pela *Famiglia di Bolognetta*, da *Cosa Nostra* siciliana. O setor econômico tem interesse no processo, pois a liberdade de suas atividades é duramente atacada pela atuação da organização: a extorsão dos empresários e a cobrança de “autorizações” ilegais para a operação de atividades comerciais corriqueiras são o mote utilizado pelos criminosos. Também os setores político e administrativo, pois são relatados diversos pagamentos a agentes estatais (corrupção), além da imbricação da organização no Estado, que acabava por operar na própria prestação dos serviços públicos.

A segunda questão diz respeito à relevância das atividades econômicas envolvidas no processo como vítimas ou como instrumentos dos crimes. Nesse caso, a importância é grande, pois a Máfia operava no controle de atividades de concessão e autorização de serviços públicos. O prejuízo ao Estado é ressaltado na decisão em virtude de os recursos públicos terem sido utilizados indevidamente. Os particulares também foram afetados, visto que a atuação dos criminosos fazia com que os preços subissem para os empresários e, conseqüentemente, havia o “repasso” no preço final para os usuários dos serviços, afetando a economia local.

O terceiro questionamento diz respeito à quantificação judicialmente determinada do dano econômico produzido pelo crime. Não há na sentença uma quantificação dos valores envolvidos, mas no depoimento de um dos colaboradores consta que o líder da organização, em negociações para a “proteção” de um canteiro

de obras na região de atuação da “Família”, cobrou a quantia de € 12.000.000,00 (doze milhões de euros), valor posteriormente alterado para € 10.000.000,00 (dez milhões de euros) – ambos de grande monta.

O quarto e último questionamento relaciona-se ao âmbito territorial envolvido. Conforme relatado na decisão, as operações ocorriam primordialmente na Sicília, mas também em outros locais da Itália e no exterior, sem terem sido exatamente apontados quais seriam. Apesar disso, a Corte considerou esses elementos relevantes para a manutenção da decisão condenatória.

A decisão brasileira analisada é a Apelação Criminal nº 0013850-56.2005.4.03.6102/SP (BRASIL, 2017), julgada pelo TRF da 3ª Região, que compreende os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. O julgamento se deu na 5ª Turma desse Tribunal, composta por três desembargadores federais. A apelação foi interposta perante o Tribunal por doze condenados em primeira instância. O Ministério Público Federal também apelou por discordar da decisão de primeiro grau. Três corréus não apelaram, pois confessaram o crime e, com seus depoimentos, contribuíram para esclarecer a dinâmica da organização.

De acordo com o relato, os doze apelantes, réus do processo na primeira instância, faziam parte de organização criminosa que adquiria, em Miami, nos Estados Unidos, itens eletrônicos a serem introduzidos de forma irregular no Brasil. Tais itens saíam do país norte-americano, eram transportados para Montevidéu, no Uruguai, e entravam no Brasil de maneira fraudulenta pelo estado do Rio Grande do Sul, sem o pagamento do tributo devido. Essas mercadorias, objeto de crime de descaminho<sup>9</sup>, foram apreendidas na “Operação Plata”, da Polícia Federal. Segundo a

sentença de primeiro grau, outros ilícitos também foram cometidos para assegurar o resultado da organização, como lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, falsidade ideológica, evasão de divisas e corrupção ativa, que foram objeto de denúncias autônomas contra os líderes. A organização criminosa foi desmantelada por meio de interceptações telefônicas. Os condenados em primeira instância questionaram a validade de sua utilização, alegação negada pelos julgadores de segunda instância.

Com base em depoimentos de corréus e outras provas, a decisão descreve o *modus operandi* dos criminosos para a consecução de seus objetivos. Consta dessa descrição a existência de hierarquia, a presença de um chefe responsável pela coordenação das atividades e a divisão clara de tarefas: alguns membros eram encarregados da aquisição de mercadorias nos Estados Unidos; outros da recepção no Uruguai e transporte até a fronteira brasileira. Havia ainda os “associados”, que realizavam a distribuição dos frutos do crime de descaminho no estado de São Paulo.

Além da referência às alegações recursais quanto à suposta ilegalidade das interceptações, outros pedidos em favor dos componentes da organização foram feitos, a título de defesa. Muitos alegaram a suposta impossibilidade de “empréstimo” de provas de outros processos utilizadas na decisão em primeiro grau, argumento desconsiderado pelos julgadores, que citaram entendimento dos tribunais superiores brasileiros de que as provas “emprestadas” são passíveis de utilização quando não forem as únicas ensejadoras de condenação (BRASIL, 2003, 2004b, 2004c, 2006). Alguns imputados de serem membros defenderam-se afirmando que sua atividade na organização era de menor porte, o que também foi repellido, tendo sido descritas as atuações de cada um na empreitada e demonstrada sua relevância para o funcionamento do sistema. Foram também alegadas questões de

<sup>9</sup> Crime contra a ordem tributária previsto no art. 334 do Código Penal brasileiro (BRASIL, [2019a]).

ordem técnica, como a soma de pena e a absorção de um crime “maior” por “menor”. Houve, inclusive, quem apelasse negando a autoria e o dolo quanto aos crimes praticados.

Por unanimidade, a 5ª Turma do TRF da 3ª Região deu parcial provimento aos recursos dos apelantes para reconhecer a consunção do crime de uso de documento falso pelo crime de estelionato e, de ofício, estendeu tal benefício também aos demais réus, reapreciando o regime inicial de cumprimento de pena. Portanto, o Tribunal considerou que a falsificação de documentos não configuraria delito autônomo, mas um caminho para conseguir perpetrar o delito de estelionato praticado pela organização. A decisão também deu parcial provimento ao recurso da acusação para majoração da pena-base de dois dos réus e de minoração da pena de dois outros por terem confessado os crimes cometidos. Dois réus tiveram o recurso provido para que fossem reduzidas suas penas-base. Quando da decisão de cada um dos recursos, os julgadores reiteraram tratar-se de uma “organização criminosa bem estruturada, complexa e organizada” (BRASIL, 2017), confirmando o que fora constatado pelo primeiro grau de jurisdição.

A Apelação Criminal nº 0013850-56.2005.4.03.6102/SP foi submetida, com adaptações, ao questionário aplicado às sentenças italianas para fins de comparação das respostas.

Em relação à primeira questão – quais os setores econômicos, políticos ou administrativos interessados no processo? –, é evidente que o crime afeta a ordem tributária brasileira, pois o descaminho envolve o não recolhimento de impostos devidos. Ademais, prejudica a livre concorrência, pois o comércio de bens obtidos por meios ilegais traz vantagem indevida para os usuários desse expediente.

Quanto à segunda questão – qual a relevância das atividades econômicas envolvidas no processo como vítimas ou como instrumentos dos

crimes? –, verifica-se que, ao vender os produtos contrabandeados, a organização claramente afetava o mercado de tecnologia, um dos mais dinâmicos da economia atual.

Relativamente à terceira indagação – qual a quantificação judicialmente determinada do dano econômico produzido pelo crime? –, apurou-se que a quantidade de mercadorias apreendida somente na deflagração da ação policial que levou ao desmantelamento da organização somava R\$ 448.661,95, quase meio milhão de reais em uma carga, demonstrando que altos valores eram movimentados nas operações da organização.

Referente ao quarto e último questionamento – qual o âmbito territorial envolvido? –, a organização atuava em diversos locais: os bens eram adquiridos nos Estados Unidos, remetidos para o Uruguai e, depois de introduzidos no território brasileiro pelo Rio Grande do Sul, passavam por diversos estados até a distribuição no destino final, o estado de São Paulo.

## 5 A comparação das decisões

O primeiro ponto em comum entre as decisões relatadas na *Sentenza* n. 2.674/00 (italiana) e na Apelação Criminal nº 0013850-56.2005.4.03.6102/SP (brasileira) é a presença de um modelo associativo permanentemente organizado para a prática de crimes. Assim como as empresas, a *Famiglia di Bolognetta* e a organização dos contrabandistas tinham em seus “quadros” membros com funções bem definidas e uma liderança clara.

Outro aspecto relevante é a ambição (NAYLOR, 2002, p. 16). Nos casos analisados observa-se a busca de altas taxas de retorno econômico nas empreitadas criminosas, o que não seria possível caso os crimes fossem praticados individualmente ou por meio de uma estrutu-

ra menos complexa. Na Apelação Criminal nº 0013850-56.2005.4.03.6102/SP, a organização de contrabandistas mantinha depósito em outro país para o armazenamento da mercadoria, o que reforça o caráter empresarial de sua ação e o potencial de altos ganhos com a atividade. A operação policial responsável por desarticular a organização apreendeu aproximadamente meio milhão de reais em mercadorias. No caso da *Sentenza* n. 2.674/00, os valores obtidos com a prática delituosa atingiram a cifra de doze milhões de euros, valor característico de uma organização de alta complexidade.

As organizações criminosas praticaram as ações com a conivência de agentes estatais responsáveis por reprimir suas atividades ilícitas. Essa possibilidade de agir internamente nos espaços estatais por meio de corrupção foi possível em decorrência de sua capacidade de organização. A ação da *Famiglia di Bolognetta* possibilitou o controle e a gestão de maneira direta ou indireta de atividades econômicas como concessões, autorizações, contratos e serviços públicos. No caso da Apelação Criminal nº 0013850-56.2005.4.03.6102/SP, a única referência à atuação dos contrabandistas de eletrônicos em relação ao Estado é o pagamento de suborno a agentes públicos para facilitar o contrabando. Não há, pois, constatação de articulação mais densa com as estruturas estatais de poder como no caso da *Famiglia di Bolognetta*.

Outro ponto comum entre as duas organizações é a sua articulação nacional e internacional. Os crimes relatados na Apelação Criminal nº 0013850-56.2005.4.03.6102/SP (contrabando) foram praticados em três países distintos e diversos estados brasileiros até a sua consumação definitiva. O mesmo ocorre em relação à *cosca* da *Famiglia di Bolognetta*, que agia em outras regiões italianas e no exterior.

Pela natureza dos crimes praticados, os armamentos estão presentes no contexto italiano,

mas não no brasileiro. Na *Sentenza* n. 2.674/00 (ITALIA, 2000, p. 8) há referência expressa ao arsenal da organização, caracterizado como “formidável”. Para a concretização de seus objetivos, a atuação da *Cosa Nostra* dependia do poder de intimidação das armas. No caso dos contrabandistas, depreende-se da decisão brasileira que a organização tratava a distribuição ilícita de aparelhos eletrônicos de modo empresarial, dispensando o uso de violência e armas.

## 6 Conclusão

A capacidade de atuar em rede “por dentro” dos Estados, paralelamente a eles e para além das fronteiras do Estado-nação evidencia quão danosas são as organizações criminosas para a segurança global. Diante dessa realidade, a produção legislativa e sua aplicação pelo Judiciário em diferentes países merecem ser observadas, já que revelam, ainda que em parte, os espaços e os modos de atuação do crime organizado, especialmente em seus aspectos socioculturais.

Na presente pesquisa foram analisadas duas decisões judiciais relacionadas ao crime organizado, uma italiana e outra brasileira. Apesar da distância geográfica, Brasil e Itália apresentam semelhanças em relação ao funcionamento de suas organizações criminosas, conforme demonstrou a análise das sentenças. Essa convergência expressa-se na exploração do Estado, na expressividade dos valores obtidos por meio das atividades ilícitas, na presença de elementos comuns às organizações criminosas, como estrutura hierárquica, cadeia de comando, atuação transnacional e corrupção de agentes públicos.

A análise comparativa de sentenças (ou de outros pronunciamentos judiciais) é um importante campo de observação sociojurídica: possibilita a compreensão do modo como os

sistemas jurídicos dos Estados, com suas peculiaridades, lidam com o crime organizado. Ademais, pode revelar os limites da ação do Estado, pois muitas vezes está passos atrás das organizações criminosas, que frequentemente atuam cooptando agentes estatais para não serem descobertas e investigadas.

O crime organizado impacta diretamente o Estado e contribui para o aumento dos níveis de violência. Dada a sua dimensão global, o enfrentamento do problema será facilitado pelo estabelecimento de modelos comparativos cada vez mais sofisticados, pela coerência dos instrumentos jurídicos e administrativos, e pelo ajustamento das noções de jurisdição estatal a uma realidade que impõe cada vez mais esforços multilaterais.

### Sobre os autores

Rodrigo Costa Yehia Castro é mestre em Direito e Inovação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora, MG, Brasil; professor substituto do Departamento de Direito Público Formal e Ética Profissional da Faculdade de Direito da UFJF, Juiz de Fora, MG, Brasil; advogado do Núcleo de Prática Jurídica da UFJF, Juiz de Fora, MG, Brasil.

E-mail: rodrigoehia@hotmail.com

Giuseppe Giura é doutor em Direito pela Università degli Studi di Catania, Catânia, Sicília, Itália; professor da Università degli Studi di Catania, Catânia, Sicília, Itália; membro da Polizia di Stato da Itália.

E-mail: giuseppe.giura@alice.it

Vicente Riccio é doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Ciência Política pelo IUPERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor em Ciência Política pela Northwestern University, Evanston, Illinois, EUA; professor adjunto da graduação e do mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil.

E-mail: vicente.riccio@gmail.com

### Como citar este artigo

(ABNT)

CASTRO, Rodrigo Costa Yehia; GIURA, Giuseppe; RICCIO, Vicente. O crime organizado no Brasil e na Itália: análise de decisões. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 77-92, out./dez. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p77](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p77)

(APA)

Castro, R. C. Y., Giura, G., & Riccio, V. (2020). O crime organizado no Brasil e na Itália: análise de decisões. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 57(228), 77-92. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p77](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p77)

## Referências

ABADINSKY, Howard. *Organized crime*. 9th ed. Belmont, CA: Wadsworth: Cengage Learning, c2010.

ALASUUTARI, Pertti. Theorizing in qualitative research: a cultural studies perspective. *Qualitative Inquiry*, [London], v. 2, n. 4, p. 371-384, Dec. 1996. DOI: <https://doi.org/10.1177/107780049600200401>.

ATUESTA, Laura H.; PÉREZ-DÁVILA, Yocelyn Samantha. Fragmentation and cooperation: the evolution of organized crime in Mexico. *Trends in Organized Crime*, [s. l.], v. 21, n. 3, p. 235-261, Sept. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12117-017-9301-z>.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm). Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus nº 29.174/RJ*. Processo penal. Trancamento da ação penal. Concussão praticado em continuidade delitiva. Vereadora. Foro privilegiado. afronta à Constituição Federal. Cessação do mandato. Art. 84 do CPP [...]. Impetrantes: Rogério Rocha e outro. Impetrada: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Jorge Scartezzini, 1ª de junho de 2004b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=478639&num\\_registro=200301188690&data=20040802&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=478639&num_registro=200301188690&data=20040802&formato=PDF). Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 13.274/RS*. Criminal. RHC. Crimes contra a ordem tributária. A saúde pública, o sistema financeiro nacional, agiotagem, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha. Interceptação telefônica. Nulidades. Prazo de duração [...]. Recorrentes: Juarez Marin e outros. Recorrido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Min. Gilson Dipp, 19 de agosto de 2003. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=421209&num\\_registro=200201048666&data=20030929&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=421209&num_registro=200201048666&data=20030929&formato=PDF). Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus 83.515/RS*. *Habeas corpus*. Interceptação telefônica. Prazo de validade. Alegação de existência de outro meio de investigação. Falta de transcrição de conversas interceptadas nos relatórios apresentados ao juiz. Ausência de ciência do Ministério Público acerca dos pedidos de prorrogação [...]. Pacientes: Juarez Marin e outros. Impetrantes: Andrei Zenkner Schmidt e outro (a/s). Relator: Min. Nelson Jobim, 16 de setembro de 2004c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377>. Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 85.575/SP*. Recurso em *habeas corpus*. Interceptação telefônica. Prazo de validade. Prorrogação. Possibilidade [...]. Recorrente: Jorge Luiz Bezerra da Silva. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 28 de março de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409768>. Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (5. Turma). *Apelação Criminal nº 0013850-56.2005.4.03.6102/SP*. Penal. Processo penal. Prescrição. Inocorrência. Descaminho. Constituição definitiva do crédito. Desnecessidade. Falsificação de documento particular. Consunção. Interceptação telefônica. Nulidade. Inexistência. Prorrogação. Possibilidade. Prova emprestada. Admissibilidade. Indeferimento de diligências. CPP, art. 402 [...]. Apelantes: Justiça Pública; Pedro Loimar Raffaelli; Cesar Augusto Lusana Aliardi; Nelson Nascimento Gonçalves e outros. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Federal André Nekatschalow, 12 de junho de 2017. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5993023>. Acesso em: 26 jun. 2020.

CAMPANA, Paolo; VARESE, Federico. Organized crime in the United Kingdom: illegal governance of markets and communities. *The British Journal of Criminology*, Oxford, UK, v. 58, n. 6, p. 1.381-1.400, Nov. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1093/bjc/azx078>.

CRESSEY, Donald R. *Theft of a nation: the structure and operations of organized crime in America*. New York: Harper & Row, 1969.

DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna S. (ed.). *Strategies of qualitative inquiry*. Thousand Oaks, CA: Sage, c1998.

DUGATO, Marco; FAVARIN, Serena; GIOMMONI, Luca. The risks and rewards of organized crime investments in real estate. *The British Journal of Criminology*, Oxford, UK, v. 55, n. 5, p. 944-965, Sept. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1093/bjc/azv002>.

GIURA, Giuseppe. *I delitti di criminalità organizzata in Sicilia: un'analisi socio-giuridica della giurisprudenza*. Milano: Mimesis, 2015. (Collana Law without Law, 21).

ITALIA. *Codice di Procedura Penale: aggiornato al D.L. 30 dicembre 2019*, n. 161. [Milano]: Altalex, [2020]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Codice Penale*: R.D. 19 ottobre 1930, n. 1.398. Padova: Brocardi, [2019]. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-penale>. Acesso em: 26 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunale di Palermo. *Sentenza nº 2.674/00*. Imputato: Salvatore Giammanco; Santo Mini; Pietro Cireco; Antonio Ierace; Andrea Cusimano. Giudici: Rocco Camerata Scovazzo; Gabriella di Marco; Umberto de Giglio, 8 novembre 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NAYLOR, R. T. *Wages of crime: black markets, illegal finance, and the underworld economy*. Ithaca: Cornell University Press, 2002.

NEUMANN, Martin; ELSENBROICH, Corinna. Introduction: the societal dimensions of organized crime. *Trends in Organized Crime*, New York, v. 20, n. 1, p. 1-15, Nov. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12117-016-9294-z>. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12117-016-9294-z.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

PEREIRA, Paulo. Os Estados Unidos e a ameaça do crime organizado transnacional nos anos 1990. *Revista Brasileira de Política Internacional*, [Brasília, DF], v. 58, n. 1, p. 84-107, jan./jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0034-7329201500105>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292015000100084&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292015000100084&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 26 jun. 2020.

RICCIO, Vicente; SKOGAN, Wesley G. Gangs, drugs and urban pacification squads in Rio. In: \_\_\_\_\_ (ed.). *Police and society in Brazil*. New York: Routledge: Taylor and Francis, 2018. p. 135-150. (Advances in Police Theory and Practice Series).

UNITED NATIONS. *United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*. New York: United Nations, 2004. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

VARESE, Federico. What is organized crime? In: \_\_\_\_\_ (ed.). *Organized crime: critical concepts in criminology*. London: Routledge, 2010. p. 11-33. (Critical Concepts in Criminology, v. 1).

# O juiz das garantias como caso de erro legístico

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER

**Resumo:** A criação do juiz das garantias pela Lei nº 13.964/2019 suscitou relevantes discussões sobre a adequação do instituto ao Direito brasileiro e sua validade constitucional. O artigo problematiza o juiz das garantias com base em uma abordagem legística que considera a deliberação que levou à sua positivação e a conformidade desse instituto ao problema indicado como justificativa. Para isso, o artigo apresenta a Legística como saber jurídico dirigido ao enfrentamento da crise de legalidade, bem como analisa a tramitação legislativa que deu origem à inserção do juiz das garantias no texto final, que, aprovado e sancionado, resultou na Lei nº 13.964. Além disso, noticia a suspensão da eficácia do instituto pelo Supremo Tribunal Federal e sustenta a ausência de deliberação como vício de validade da lei que criou o instituto do juiz das garantias. Como referencial teórico, o artigo ampara-se na relação entre o Direito e as políticas públicas, que discute os papéis desempenhados pelo Direito e sua relevância como caminho legístico, valendo-se de aportes dogmáticos do Direito Processual Penal. Metodologicamente, utiliza análise documental e revisão da literatura, para concluir pela carência de validade do juiz das garantias em razão do erro legístico presente no processo político de sua positivação.

**Palavras-chave:** Juiz das garantias. Legística. Lei nº 13.964/2019. Deliberação legislativa. Arranjos institucionais.

## The judge of guarantees as a case of legistics error

**Abstract:** The legislative innovation regarding the judge of guarantees by the Federal Statute n. 13.964/2019 brought relevant discussions about the adequacy of this institute in Brazilian law and its constitutional legitimacy. The paper problematizes the judge of guarantees on a Legistics approach, which considers the deliberation to produce the statute and its adequacy towards the problem indicated as a justification. Therefore, the paper presents the Legistics as a legal knowledge aimed at solving the legality

Recebido em 20/2/20  
Aprovado em 8/5/20

crisis, as well as analyzes the legislative process that concluded for in the creation of the judge of guarantees in the final approved and sanctioned Statute n. 13.964. It reports the suspension of the judge of guarantees provided by the Brazilian Supreme Court and asserts the absence of deliberation as a defect of validity on the creation of the judge of guarantees. As a theoretical frame, the paper relates Law and public policies, supported by theoretical contributions from Criminal Procedural Law. Methodologically, it promotes documental analysis and literature review, to conclude that the judge of guarantees is not valid due to the legistic error in the political process of its positivation.

**Keywords:** Judge of guarantees. Legistics. Federal Statute n. 13.964/2019. Legislature deliberation. Institutional arrangements.

## 1 Introdução

A Lei nº 13.964, de 24/12/2019 (BRASIL, 2019f), provocou uma série de alterações na legislação penal e processual penal brasileira. Sua ementa registra que o diploma “[a]perfeiçoa a legislação penal e processual penal”. O presente artigo problematiza a criação da figura do juiz das garantias no Código de Processo Penal (CPP). Trata-se de inserção promovida no CPP pela Lei nº 13.964 para determinar que, no curso da investigação preliminar que antecede a instauração de um processo-crime, haverá um juiz “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (art. 3º-B do CPP) (BRASIL, [2019e]). Esse juiz, “que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo” (art. 3º-D do CPP) (BRASIL, [2019e]).

Antes da vigência, a Lei nº 13.964 foi objeto de ataque por pelo menos três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs). Em razão do recesso forense, ainda em janeiro de 2020, a Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu por bem, em juízo de conveniência política e da robustez do argumento de inconstitucionalidade da referida lei, suspender a eficácia, entre outros, dos artigos que trouxeram a novidade do juiz das garantias para a legislação brasileira. Primeiro, em 15/1/2020, uma decisão acauteladora da Presidência, de lavra do ministro Dias Toffoli, suspendeu o prazo de vigência da lei nova por seis meses (BRASIL, 2020a). Em seguida, em 20 de janeiro, a mesma Presidência, agora com o ministro

Luiz Fux em exercício, suspendeu sem prazo a eficácia da figura legal do juiz das garantias (BRASIL, 2020b).

O artigo aborda o instituto do juiz das garantias trazido pela Lei nº 13.964 como um problema de Legística, isto é, questiona a solução legislativa adotada politicamente pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo para o aprimoramento do sistema de Justiça criminal. A instituição do juiz das garantias observou prévia discussão e deliberação para a sua aprovação? A eleição do instituto, alçado a alternativa de aprimoramento da atividade judicante, atendeu aos problemas presentes no contexto brasileiro? A ausência de deliberação sobre o importantíssimo instituto, com severos impactos na organização judiciária brasileira, pode ensejar o reconhecimento da invalidade jurídica do instituto? São essas as perguntas a serem respondidas pelo presente trabalho.

O referencial teórico que lastreia este artigo considera o papel do Direito no desenho das políticas públicas, em especial aquelas que se referem ao sistema de Justiça. Dá destaque às seguintes dimensões do Direito: a *estruturante*, que define os arranjos institucionais de exteriorização da ação estatal (no caso, a prestação jurisdicional e o acesso à Justiça, de modo mais amplo); e a *substantiva*, considerada como o objetivo a ser perseguido pela ação de Estado que concretiza a Justiça criminal (COUTINHO, 2013, p. 198). Esse entendimento passa pela necessária compreensão da agenda política a ser abordada para os problemas *reais* do sistema de Justiça brasileiro (SUXBERGER, 2016), além de considerar que tais problemas respondem muito mais ao *modo* como atuam e se organizam seus atores que exatamente a um problema teórico ou mesmo legal (SUXBERGER, 2018).

Metodologicamente, o artigo vale-se de análise documental, consistente no levantamento exploratório e na discussão das proposições que resultaram na criação do juiz das garantias, além das recentes decisões do STF sobre o tema, e na revisão da literatura específica sobre o juiz das garantias no Brasil. A pesquisa insere-se num marco jurídico-compreensivo (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 28) dirigido às repercussões práticas e de institucionalização das ações determinadas no plano legislativo para materialização do juiz das garantias.

## 2 A Legística como alternativa à crise de legalidade

A produção legislativa é, tome-se como premissa, uma ação política. A produção de diplomas legais materializa o resultado de um processo político e, por isso, os atos normativos dele resultantes estão sujeitos a condicionamentos políticos, sociais e econômicos (ALMEIDA, 2009,

p. 83-84). Impacta, pois, os arranjos institucionais do Estado, compreendidos como a exteriorização da ação estatal que materializa a política pública.

O debate em torno das leis penais e processuais penais, em especial, ocorre em planos que indicam, de um lado, uma crise do paradigma legalista, que se insere no âmbito da crise de legitimação do Estado. Os diferentes atores sociais, questionando a legitimidade do Estado, não se reconhecem na legislação aprovada pelo Legislativo e Executivo. De outro lado, vê-se que a chamada “crise da lei” igualmente pode ser compreendida no contexto das dificuldades ou da falência do Estado social, que conduziu a um excesso de regulação, o que, por sua vez, veio a dificultar a comunicação entre o legislador e o destinatário da lei (HESPANHA, 2009, p. 581-582).

Por uma razão ou por outra, a importância da construção legiferante nos Estados democráticos não pode perder de vista a atenção a uma necessária teoria da legislação para a compreensão do fenômeno legislativo e aprimoramento dessa atividade. A Legística surge, pois, justamente como uma das respostas à denominada “crise da lei”. Como problema público, a qualidade da legislação apresenta-se de modo multinível e complexo, que opera desde o reconhecimento da crise democrática vivenciada pelo esvaziamento da democracia representativa no Brasil até a questionável qualidade da deliberação observada nas Casas legislativas.

Ainda que se coloquem em apartado os aspectos mais ligados à legitimação democrática, o processo legislativo, quando decorrente da observância de boas práticas indicadas pela Legística, garante normas mais consensuais e estabilizadoras e, por isso, mais capazes de realizar as expectativas dos destinatários e o valor fundamental da segurança (HESPANHA, 2009, p. 582-583).

A Legística compreende o saber jurídico dirigido a pelo menos cinco linhas de investigação sobre a relação entre a lei e os problemas públicos a que elas se dirigem: (i) teoria ou doutrina da legislação, entendida como as possibilidades e limites da reconstrução científica e da aplicação do conhecimento no âmbito da legislação; (ii) abordagem analítica da legislação, com apreensão dos conceitos e ideias fundamentais da norma, lei e legislação; (iii) tática da legislação, a compreender o estudo dos órgãos, procedimentos e métodos a fim de influenciar e dirigir a produção legislativa; (iv) metódica da legislação, decorrente da “problematização das dimensões político-jurídicas e teórico-decisórias da legislação, procurando responder às questões de adequação/razoabilidade, ao incremento do grau de faticidade/realizabilidade e efetividade das leis”; e (v) técnica legislativa, a abranger as regras gerais sobre a elaboração das leis, suas categorias, sua sistemática e sua linguagem (SOARES, 2007, p. 7-8).

Embora seja saber jurídico, a Legística não se confunde com o exame que pertence à dogmática, entendida como a abordagem própria da Ciência do Direito (nominada *Jurisprudência*, como reflexo da contribuição desta) (LARENZ, 1997). Aborda o sentido das normas e sua validade como enunciados de Direito Positivo. A dogmática jurídica ocupa-se de uma racionalidade baseada na lógica e observa um critério de *conformidade* do Direito aplicável ao fato apresentado para solução, ao passo que a Legística é marcada por uma racionalidade gerencial, de consideração dos meios eleitos em face dos fins almejados.

Além disso, o critério de solução dos problemas ofertados à Legística é o de *eficácia*, pois a ela não importa a adoção da (pretensamente) melhor solução teórica sem que tal solução guarde aplicabilidade ao problema público a que se dirige a intervenção do Estado. Se a tônica da

dogmática é o isolamento em face da realidade social, a da Legística é o jogo de interação com a realidade (SOARES, 2007, p. 13).

A figura do juiz das garantias, ao menos como objeto de atenção do legislador na construção das soluções adequadas aos problemas do sistema de Justiça criminal, deve atender, portanto, a uma racionalidade gerencial, a um juízo de eficácia do enunciado positivado e à consideração da realidade social em que se inserirá o instituto. A pergunta que se coloca é: a criação da figura do juiz das garantias pela Lei nº 13.964 atentou para esses pontos?

### **3 “Surpresa”: sem discussão, sem deliberação, sem consequência**

A Lei nº 13.694 derivou do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PL) nº 10.372/2018 (BRASIL, 2018), de autoria dos deputados José Rocha (PR-BA), Marcelo Aro (PHS-MG), Wladimir Costa (SD-PA), Nilson Leitão (PSDB-MT), Baleia Rossi (MDB-SP), Luis Tibé (AVANTE-MG), Ricardo Teobaldo (PODE-PE), Celso Russomanno (PRB-SP), Domingos Neto (PSD-CE), Aureo (SD-RJ) e Rodrigo Garcia (DEM-SP). No projeto original, os seguintes pontos do CPP experimentariam alteração: a inserção do acordo de não persecução penal, a disciplina da cadeia de custódia no capítulo do exame de corpo de delito, a previsão expressa de que crimes praticados no âmbito de organização criminosa ensejavam prisão preventiva. Nesse projeto não havia menção da figura do juiz das garantias (BRASIL, 2018).

O PL nº 10.372, apresentado em 6/6/2018, tramitou e foi discutido no âmbito do GTPenal, nomenclatura atribuída ao Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos PLs nºs 10.372, de 2018, 10.373, de 2018, e 882, de 2019, sob coordenação da deputada Margarete Coelho e relatoria do deputado Capitão Augusto. O GTPenal produziu documento de 273 páginas em que supostamente se teria debruçado sobre todas as alterações pretendidas na legislação penal e processual penal pelo mencionado conjunto de projetos (BRASIL, 2019c). Nesse documento, nenhuma menção ao juiz das garantias.

A alcunha “Pacote Anticrime” ou “Lei Anticrime” referia-se ao conjunto de proposições deduzido pelo Governo Federal logo no início do mandato do presidente Bolsonaro, em fevereiro de 2019, com vistas a alterações pontuais na legislação de controle penal e da corrupção no Brasil (BRASIL, 2019b). As proposições, reunidas no PL nº 882, de 2019, apresentado à Câmara dos Deputados, versavam sinteticamente

sobre alterações nos Códigos Penal, Processual Penal, Eleitoral, além de leis esparsas: Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/1996), Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2006), Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), Lei dos Estabelecimentos Penais Federais (Lei nº 11.671/2008), Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/2009), Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e Lei do Disque-Denúncia (Lei nº 13.608/2018) (SUXBERGER; SOUZA; CUNHA, 2019).

De mais relevante, a Lei nº 13.964 aproveitou apenas a alcunha pela qual ficou popularmente conhecida nos meios de imprensa – “Lei Anticrime” – porque, em rigor, as proposições deduzidas no PL nº 882 ficaram quase desfiguradas em sua integralidade. Percebe-se que, sem incorporar as mais relevantes alterações pretendidas na proposição do Legislativo, a Lei nº 13.964 *capturou* a alcunha de “Lei Anticrime”.

As proposições legislativas reunidas na tramitação do PL nº 10.372 não faziam qualquer referência ao juiz das garantias. O instituto só aparece na tramitação do PL nº 10.372 em 4/12/2019. Vale dizer: entre a apresentação do robusto parecer elaborado pelo GTPenal e a discussão no Plenário da Câmara dos Deputados, a proposição não observou nenhuma movimentação ou produção de estudo técnico. Já em Plenário, em Sessão Extraordinária Deliberativa, iniciada às 17 h 57 min, em turno único e em apreciação extrapauta, a proposição recebeu proposta *substitutiva* de autoria do deputado Lafayette de Andrada, que leu o parecer no Plenário às 19 h 44 min. De modo surpreendente, o texto substitutivo traz a figura do juiz das garantias.

O parecer apresentado pelo deputado Lafayette de Andrada, que destaca ter participado da comissão de parlamentares intitulada GTPenal, impressiona por *não mencionar em momento algum* de seu voto que o substitutivo traria a figura do juiz das garantias. O documento traz 4 páginas de parecer e 42 com o texto proposto como substituto da proposta legislativa. O parecer proferido pelo parlamentar no Plenário conclui pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; e, no mérito, pela aprovação da matéria na forma do substitutivo apresentado (BRASIL, 2019a, p. 4). Não há uma linha indicativa, vale ressaltar, de estudo técnico a lastrear a figura do juiz das garantias.

É importante destacar que o substituto apresentado foi objeto de discussão, por assim dizer, substanciada pela manifestação de cinco parlamentares na tribuna: os deputados Delegado Marcelo Freitas (PSL-MG), Glauber Braga (PSOL-RJ), Joaquim Passarinho (PSD-PA), Celso Maldaner (MDB-SC) e Marcel Van Hattem (NOVO-RS). Seis emendas

foram apresentadas em Plenário, mas todas foram rejeitadas. Encaminhada a votação pelos deputados Gláuber Braga (PSOL-RJ) e Bia Kicis (PLS-DF), o substitutivo do deputado Lafayette de Andrada foi aprovado na Câmara em votação que se iniciou às 21 h 32 min e se encerrou às 21 h 39 min. Com quórum de 405 parlamentares, a Câmara dos Deputados aprovou a proposição com a inserção não discutida do juiz das garantias com 256 votos favoráveis, 147 contrários, 1 abstenção e 1 ausência (regimental) do voto do presidente da sessão, deputado Marcos Pereira (REPUBLICANOS-SP) (BRASIL, 2018).

É relevante evidenciar esse percurso legislativo. A análise documental da tramitação legislativa demonstra de modo inequívoco que, a par de eventual debate *doutrinário* sobre a figura do juiz das garantias, não houve qualquer consideração de Legística para a inclusão da figura na legislação processual penal brasileira pela Câmara dos Deputados.

No Senado Federal, a ausência de qualquer consideração legística se repete. Formalizado como PL nº 6.341, de 10/12/2019, a proposição legislativa decorrente da aprovação do PL nº 10.372/2019 teve tramitação muitíssimo célere. Aliás, quando se observa a profundidade das discussões levadas a efeito, permite-se a assertiva de que a tramitação ocorreu de modo açodado. O Projeto ingressou no Senado Federal em 10/12/2019 e de lá saiu no dia 13 do mesmo mês. Foram menos de três dias para a tramitação de que resultou sua aprovação e sem qualquer manifestação técnica que especificamente tenha mencionado algo sobre a figura do juiz das garantias na proposição (BRASIL, 2019g).

No Senado Federal, a tramitação legislativa do PL nº 6.341 registrou uma única menção à figura do juiz das garantias. Isso ocorreu em manifestação do senador Humberto Costa (PT-PE), cujo conteúdo vale registrar literalmente (BRASIL, 2019h, p. 150):

Agora, um dos mais importantes avanços que esta proposta teve não veio do Ministro da Justiça, mas veio da Câmara dos Deputados: é a garantia da existência de um juiz de garantias. Tivesse o Brasil já há algum tempo a existência dessa figura, o festival de injustiças e de perseguições e a dobradinha de juiz com o Ministério Público, como aconteceu na Lava Jato pela atuação de Sergio Moro e de vários procuradores naquela operação, possivelmente não teriam acontecido no Brasil, porque nós teríamos um juiz que teria o papel de revisar todo aquele trabalho que foi feito anteriormente e de julgar sem a interferência de ter sido responsável pelo processo de instrução.

Certamente, o debate ainda não foi o suficiente. O que está sendo aprovado hoje ainda não incide diretamente na situação de crise permanente do sistema penitenciário e do sistema de Justiça criminal no Brasil, e ainda há medidas que nós questionamos, como algumas que afetam a progressão do regime de cumprimento de pena, as restrições à liberdade provisória, à saída temporária e aos contatos com os integrantes da família, além de regras mais rígidas no regime disciplinar, bem como a inexistência de um processo de combate maior ao encarceramento em massa e da oferta de vagas para o trabalho, mas certamente é bem melhor do que a proposta inicial que foi mandada a esta Casa.

Por essa razão, Sr. Presidente, Sras. Senadoras, Srs. Senadores, é que nós votaremos favoravelmente a este projeto, sabendo das suas imperfeições, mas sabendo também que, se nós não o aprovarmos agora, com as condições que ele tem, com o desenho que ele tem, estaremos sujeitos a retrocessos ainda maiores.

Como se vê, na *única* manifestação registrada no Senado Federal sobre o instituto do juiz das garantias, não houve sequer a consideração de que o instituto se dirigiria à totalidade do sistema de Justiça criminal em primeira instância. A referência, sustentada pelo parlamentar como justificativa, deu-se em relação a uma situação

que, conquanto relevante politicamente, nem de longe espelha a realidade dos casos que movimentam a Justiça criminal brasileira.

Em rigor, casos como a “Lava Jato” ou mesmo o “Mensalão” foram ou são responsáveis por tornar transparentes e de domínio público procedimentos rotineiros da Justiça criminal brasileira empregados por tribunais. Nesses casos, que causaram comoção pública, as diferenças residem em dois pontos. O primeiro refere-se à articulação integrada, com alto grau de efetividade, das atividades das diversas agências envolvidas: a Polícia, o Ministério Público e a Magistratura. O segundo ponto refere-se à peculiaridade de que decisões de política criminal tomadas por essas agências dirigiram suas ações para um público-alvo que comumente não é objeto de sua atenção qualificada: políticos em exercício no alto escalão governamental, empresários de renome responsáveis pelas maiores empreiteiras de obras públicas no Brasil e no exterior, banqueiros e altos funcionários públicos que foram acusados e condenados a penas significativas, que os levaram muitas vezes à prisão durante o processo e, no caso da operação Lava Jato, à adesão ao instituto da delação premiada (LIMA; MOUZINHO, 2016, p. 507).

A consideração de um caso peculiar – que o próprio parlamentar reconhece não se referir ao conjunto de mazelas do sistema de Justiça criminal – foi, pois, razão bastante para a aprovação – reafirme-se, açodada – de um instituto com substancial impacto nos arranjos institucionais do sistema de Justiça criminal brasileiro como o juiz das garantias.

Poder-se-ia afirmar que a discussão sobre o juiz das garantias foi conduzida no Congresso Nacional nos anos de 2009 e 2010, por ocasião dos debates travados a respeito do Projeto de Código de Processo Penal que tramitou inicialmente no Senado Federal sob o nº 156, de 2009, e, depois de aprovado, segue tramitando

na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045, de 2010 (BRASIL, 2010). No entanto, há uma diferença substancial entre a previsão veiculada nesse projeto e a opção legislativa veiculada na Lei nº 13.964 para o desenho da competência do juiz das garantias.

No Projeto de Código de Processo Penal, a modelagem da competência funcional outorgada ao juiz das garantias não abrangia o juízo de admissibilidade da ação penal. A previsão, em rigor, guarda todo sentido com o instituto. Afinal, a razão maior do juiz das garantias consiste justamente em preservar o poder judicante, a ser exercido no curso do processo, livre para questionar de forma radical se os pontos de partida, os fins e as formas da Justiça penal podem legitimar-se e em que medida (LANFREDI, 2017, p. 241-242).

Ao atribuir ao juiz das garantias a competência de realizar a admissibilidade da acusação penal – que se lastreará em investigação preliminar cujos atos de flexibilização de garantias fundamentais se deram justamente por autorizativo de sua lavra –, o juiz das garantias, tal como delineado na Lei nº 13.964, não parece desvencilhar-se dos mecanismos de seletividade operados pelo sistema penal na decisão de quem e o que submeter a controle penal.

Com a alteração promovida pela Lei nº 13.964, determina o art. 3º-B do CPP, XIV, que incumbe ao juiz das garantias “decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. nº 399 deste Código” (BRASIL, [2019e]). A remissão equivocada ao art. 399 do CPP deriva de erro material, a demonstrar mais uma vez a falta de compromisso do legislador com preceitos mínimos de técnica legislativa, entre os quais o veiculado no art. 11 da Lei Complementar (LC) nº 95/1998, que assevera: “As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica” (BRASIL, [2001]).

A referência ao inciso XIV do art. 3º-B do CPP guarda, claramente, pertinência com o art. 395 do CPP (e não com o art. 399), pois se trata do enunciado que enumera as hipóteses de rejeição da ação penal.<sup>1</sup> Na previsão do Projeto de Código de Processo Penal, que foi aprovado pelo Senado e tramita na Câmara dos Deputados há quase uma década, consta do art. 15: “A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal” (BRASIL, 2010).

O próximo tópico aborda a competência para a admissibilidade da ação penal, tema que, para a plena atenção ao instituto do juiz das garantias, não poderia ser daquele juiz que se incumbiria de salvaguardar os direitos do investigado no curso da investigação preliminar de cariz inquisitorial.

#### 4 Um “sistema” de juiz das garantias?

A inserção do juiz das garantias na legislação brasileira, tal como promovida pela Lei nº 13.694, foi nominada pelo ministro Dias Toffoli um “microssistema” que determina que juízes diferentes atuem em cada uma das fases da persecução penal – uma fase pré-processual (ou investigativa) e uma fase processual propriamente dita do processo penal –, de modo que “o juiz que atua na fase investigativa tem o propósito específico de controlar a legalidade dos atos praticados e de garantir os direitos do investigado” (BRASIL, 2020a, p. 9).

<sup>1</sup> O enunciado do art. 399 do CPP guarda pertinência com a designação da audiência de instrução e julgamento, além de igualmente positivar, em seu § 2º, a determinação de observância da regra de identidade física do juiz, corolário da adoção da oralidade entre nós, de modo que o juiz que conduza a instrução criminal seja o mesmo a sentenciar o feito.

A linha divisória da competência funcionalmente estabelecida a juízes diferentes que podem estar vinculados a um mesmo juízo – como explicitaremos a seguir – encontra-se justamente na instauração do processo-crime em juízo com fundamento na admissibilidade da ação penal pelo juiz. Nos termos da conformação dada ao CPP pela Lei nº 13.964, o juízo de admissibilidade da ação penal materializa o último ato a ser praticado pelo juiz das garantias e fixa-se como marco divisor das fases da persecução penal para fins de definição da competência funcional do juiz de acordo com a fase procedimental/processual.

A previsão de competência funcional do juiz das garantias é acompanhada de uma hipótese de impedimento do juiz para funcionar no processo: o juiz que praticar qualquer dos atos do juiz das garantias estará automaticamente impedido de funcionar no processo que se instaurará a partir daquela investigação preliminar.<sup>2</sup>

Em si, a opção legiferante de estabelecer um sistema processual penal com a atuação de dois juízes – um ocupado da salvaguarda dos direitos e garantias do investigado; outro que se dedicará à presidência do processo-crime instaurado em juízo para acompanhar a produção probatória, as alegações das partes e, enfim, julgar a causa – não encontra óbices na moldura constitucionalmente assegurada ao processo penal.

A natureza do juiz das garantias deriva de um preceito que divisa uma competência funcional.

<sup>2</sup> É válido um esclarecimento a respeito dessa causa objetiva de impedimento do julgador. É que, também por obra da Lei nº 13.964, o § 5º do art. 157 do CPP passou a prever que o juiz que conhecer de conteúdo de prova decretada inadmissível não poderá figurar como julgador desse mesmo processo. Nesse caso, a razão objetiva de impedimento refere-se apenas ao juiz do processo, e não ao juiz das garantias, pela literalidade do dispositivo, que em si é igualmente problemático, mas não é tema do presente estudo. Assim, se o juiz das garantias eventualmente travar contato com elemento probatório que se repute inadmissível, não se tornará ele impedido para prosseguir nos atos que digam respeito à fase investigatória ou mesmo para a admissibilidade da ação penal.

A *ratio* subjacente a essa divisão da persecução penal em fases, de modo que o juiz das garantias exerça sua competência na fase investigatória unicamente, deriva da necessidade de se preservar o que Badaró (2011, p. 345-346) chama de *imparcialidade objetiva*, isto é, a regra de competência “deriva não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do processo”.

Assentada, pois, a natureza jurídica do juiz das garantias como uma regra de competência funcional que visa ao resguardo da imparcialidade objetiva do julgador da causa, cumpre perquirir se a razão motivadora da instituição da norma guarda, de fato, lugar no Direito brasileiro.

## 5 Um remédio para uma doença que o Brasil nunca teve

Na Espanha, a figura assemelhada ao juiz das garantias decide sobre a admissibilidade da acusação (MAYA, 2018, p. 85). No entanto, convém registrar que naquele país há uma preponderância da oralidade na produção dos elementos informativos, e isso ocorre perante esse juiz das garantias. É, portanto, um ordenamento que assegura maior relevância à presença do juiz na fase investigatória, o que, verdadeiramente, vai na contramão do que seja a modelagem acusatória que entrega a gestão da prova às partes. No Brasil, é dado ao juiz o papel de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do investigado no curso da investigação preliminar, ao passo que, na Espanha, a presença do juiz na produção dos elementos de informação remanesce como uma lembrança do vetusto e indesejado arranjo institucional do juizado de instrução.

Entre nós, portanto, o contato direto com a prova é alimento da certeza de que o juiz melhor julgará a causa que lhe seja submetida. Contudo, essa assertiva só é verdadeira quando se cuida de prova, e não de elemento de informação. Afinal, é a prova que autorizará a construção da convicção judicial, isto é, a *certeza* espelhada no ato sentencial. Os elementos de informação, próprios da investigação preliminar, se prestarão apenas a evitar a instauração temerária, porque infundada, de processos criminais.

Quando se põe em destaque o Brasil em cotejo com os contextos latino-americanos que vêm sofrendo paulatinas reformas em suas sistematizações processuais penais, a criação do juiz das garantias não representa ou não materializa a mesma perspectiva das situações que tenham vivenciado uma atuação judicante no curso da atividade investigativa. Em rigor, as atribuições do juiz das garantias “são basicamente as mesmas hoje atribuídas aos magistrados no curso da fase pré-processual. A inovação se restringe, efetivamente, ao rompimento entre as fases

da persecução penal, o que, no entanto, já ocorre em alguns Estados da Federação” (MAYA, 2018, p. 86).

O problema da investigação preliminar centra-se mais numa estrutura burocrática e pautada pela escritura do que, efetivamente, no desenho das atribuições outorgadas ao juiz para aprimoramento do sistema processual penal. Ao contrário: a centralização de atribuições a cargo do juiz das garantias parece reforçar essa estrutura burocratizada e pautada pela escritura da investigação preliminar. Em rigor, é a oralidade que pode, sim, fazer a diferença no melhor desenho da modelagem acusatória no Direito Processual Penal brasileiro.

A figura do juiz das garantias, longe de enfatizar o papel de “garante” do juiz (afinal, todo juiz o é), dirige-se a ressaltar a reserva de jurisdição na adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais na fase de investigação preliminar, bem como a tarefa de preservar a imparcialidade desse julgador (ARMENTA DEU, 2012, p. 72).

No entanto, é válido o questionamento deduzido, com precisão, por Andrade (2011), ao lembrar que o juiz brasileiro não se ocupa de investigar o fato noticiado como criminoso e, quando se restringe unicamente a receber o resultado da apuração ou os pedidos de flexibilização de direitos fundamentais, “não perde sua imparcialidade pelo simples fato de haver atuado na fase de apuração”<sup>3</sup>.

Faz sentido assegurar um juiz das garantias aos ordenamentos que por sua tradição processual previram figura assemelhada à de um juizado de instrução, isto é, a figura de uma investigação conduzida e presidida pela autoridade judicante. Essa figura, todavia, nunca vicejou no Direito brasileiro, muito menos depois da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, [2019d]).

É certo que a alteração promovida pelo juiz das garantias é relevante. Silveira (2009, p. 88) destaca que a mudança é “da água para o vinho”, dado que “a regra de competência vai no sentido contrário, isto é, o juiz que participou da investigação torna-se prevento nos termos dos arts. 75, parágrafo único, e 83 do atual CPP”. Assim, ao se criar uma regra de impedimento ao juiz para funcionar no processo, tem-se mudança substancial no desenho da competência funcional.

A figura da prevenção do juízo, tal como estabelecida no CPP, é indicada por Lopes Júnior e Ritter (2016) como impeditivo da impar-

---

<sup>3</sup> Em seu trabalho, depois de tecer dura crítica aos autores que afirmam extrair o juiz das garantias do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, Andrade (2011) ocupou-se de traduzir os principais casos da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) para bem demonstrar que, na Europa, se o juiz não conduziu a atividade investigatória preliminar, não há qualquer compreensão de que o prévio contato com diligências invasivas, porque por ele autorizadas, implicaria perda da imparcialidade. É de Andrade a melhor análise dos casos já decididos pela CEDH sobre o juiz das garantias.

cialidade do juiz criminal. Para eles, essa prevenção implica uma dissonância cognitiva do julgador, que o tornaria comprometido para exercer a atividade judicante em futuro processo (LOPES JÚNIOR; RITTER, 2016). De qualquer modo, ainda que positivado o juiz das garantias no CPP, não há qualquer alteração nas regras de prevenção, dado que esse atributo se refere ao juízo (e não à pessoa do juiz). Em verdade, a figura do juiz das garantias tem por premissa que, se presente unicamente um juízo criminal, vários juízes funcionarão nesse juízo a depender da fase em que se encontra a persecução penal.

Há quem vislumbre no desenho de competências do juiz das garantias uma regra de aprimoramento da especialização e da otimização de recursos para a prestação jurisdicional. Novamente, Silveira (2009, p. 89) sublinha a vantagem da especialização, para indicar que a solução do juiz das garantias é uma aposta orientada aos resultados: “uma rotina específica de trabalho tende a gerar, com o tempo, *expertise*, eficiência e agilidade. Sem dúvida, foi isso o que moveu a criação de varas de inquéritos policiais em algumas capitais brasileiras, como São Paulo, Belo Horizonte e Curitiba”. O ministro Dias Toffoli, em 15/1/2020, na decisão de suspensão do prazo de vigência do juiz das garantias, trouxe a notícia de que sete tribunais de Justiça contam com uma conformação de organização judiciária que desloca a competência do juízo, na fase da investigação preliminar, para algo equivalente ao que seria uma “central de inquéritos” (BRASIL, 2020a, p. 24):

- Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (capital + 22 no interior);
- Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (São Luís e Imperatriz);
- Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado do Pará (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (capital).

A menção a essas figuras na decisão do STF traduz confusão entre o que seja a organização judiciária e a definição de causa objetiva de impedimento do julgador. As opções noticiadas pelo ministro Dias Toffoli sobre centrais ou departamentos de inquérito, em verdade, traduzem a organização judiciária local de estabelecer um *juízo* competente para o acompanhamento da investigação preliminar. Isso difere da criação de uma causa objetiva de impedimento do juiz, independentemente do juízo para o qual se encontre designado, de atuar no processo depois de praticar quaisquer atos no curso da investigação preliminar.

A aposta em favor do juiz das garantias ampara-se na separação física entre juiz da investigação e juiz do processo como resultado de um percurso evolutivo que historicamente tem início na descentralização das funções de julgar e acusar. O juiz das garantias seria, portanto, o evolutivo em direção à dissociação do juiz do processo em face do juiz da investigação. No entanto, todo esse esforço cai por terra quando se percebe que a previsão da Lei nº 13.064 atribuiu ao juiz das garantias a admissibilidade da ação penal.

O juiz das garantias não é e nunca foi um juiz investigador ou de investigação. E nesse ponto reside o maior problema da inovação legislativa: a previsão do juiz das garantias melhor se dirige justamente à figura do juiz que supervisiona ou é acionado para dizer sobre medidas relativas a atos investigatórios. Se tal conformação foi vivenciada em países como Itália, Espanha e outros, não é esse – nunca foi – o caso brasileiro. A assunção da atividade investigatória pelo juízo sempre foi tomada como desvio, ainda que em diversas passagens o CPP, em sua conformação original e sem a necessária filtragem constitucional, trouxesse figuras como a do art. 5º, II (“Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado [...] mediante requisição da autoridade judiciária”), cuja razão de ser é melhor atendida pela previsão do art. 40 do mesmo Código (“Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”) (BRASIL, [2019e]).

Na ausência de um sistema normativo de investigação preliminar conduzida pelo juiz, a figura do juiz das garantias situa-se melhor no espectro da organização judiciária, e não no âmbito da definição de competência funcional dos juízes encarregados da persecução penal. Aliás, no âmbito da organização judiciária, vê-se claramente que a criação do juiz das garantias vai na contramão de recomendação aprovada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla) e reconhecida pelo Poder Judiciário, que indicou a necessidade de criação de juízos especializados para enfrentamento de práticas de corrupção (inclusive no campo penal) e improbidade administrativa. O ato aprovado ainda em 2010 pela Enccla (ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO, 2010) justificou em grande medida a criação de varas especializadas pelo Conselho da Justiça Federal, sempre com a concordância do Conselho Nacional de Justiça:

Recomendação 2: Especializar câmaras e turmas nos tribunais e varas para julgar casos relacionados à prática de corrupção e improbidade administrativa.

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – Enccla recomenda ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais, no que respeita ao Sistema Judiciário Federal, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, a especialização, tanto no âmbito cível como criminal, de câmaras e turmas dos tribunais, e de varas nas comarcas e subseções judiciárias que comportarem tal especialização, com competência exclusiva ou concorrente, para processar e julgar casos relacionados às práticas de corrupção e improbidade administrativa.

A Enccla é a principal rede de articulação para o arranjo e as discussões conjuntas de uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate àqueles crimes. Seu sítio eletrônico, cumpre pontuar, é hospedado pela Câmara dos Deputados.<sup>4</sup>

A jurisdição é atribuição pessoal do juiz. Recebe-a quando investido na função após prévia aprovação em concurso de provas e títulos. A competência, por seu turno, é a medida do exercício da jurisdição e, por isso, é categoria que se relaciona ao juízo (e não ao juiz!). A medida da jurisdição do juiz encontra-se na medida da competência do juízo para o qual ele está designado, seja em titularidade, seja em figura de substituição ou auxílio.

A figura legal do juiz das garantias não é propriamente uma regra de competência do juízo em razão da fase em que o processo se encontra, mas uma causa objetiva de impedimento do juiz que atuar na fase investigatória para conduzir a instrução processual e sentenciar o feito.

Assim, a persecução penal, tanto no seu nascedouro como investigação preliminar quanto na fase de imputação de fato criminoso a alguém em juízo, tramitará e observará a competência de um juízo criminal, ainda que diversos sejam os juízes a atuarem nesse feito. Imagine-se, por exemplo, que se tenha um juiz A, responsável pela audiência de custódia, seguido de um juiz B, que operará como juiz das garantias, e então um juiz C, que se ocupará do processo e sentença do feito. Tudo isso perante um mesmo juízo.

Portanto, a preocupação de especialidade, divisada com precisão por Silveira (2009), melhor se resolveria por regras de *organização judiciária*, e não de impedimento objetivo do julgador. A definição de centrais de inquérito ou figuras assemelhadas dá-se no âmbito do exercício da competência estadual que versa sobre organização judiciária, e não no âmbito da competência normativa da União para dizer sobre Direito Processual Penal.

---

<sup>4</sup> Ver Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro ([2020]).

Não foi por outra razão que a previsão do art. 3º-D, parágrafo único, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 13.964, foi suspensa pelo STF em juízo cautelar de ação direta de inconstitucionalidade: a previsão da lei federal invadiu a competência dos Estados para normatizar a organização judiciária (“Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”) (BRASIL, 2020a, 2020b).

Como se vê, a criação do juiz das garantias não se ocupou de considerar: o impacto que isso teria na conformação de juízos especializados no enfrentamento da corrupção e lavagem de dinheiro; a preocupação de imparcialidade objetiva do juiz que, se existente, tem mais relação com o estabelecimento de centrais de inquérito que com a designação de diversos juízes para atuarem num mesmo juízo; o fato de o juiz das garantias ser instituto jurídico que se antagoniza com a figura do juiz da investigação, figura efetivamente atentatória ao modelo acusatório jamais positivada ou reconhecida validamente no contexto jurídico brasileiro.

O resultado parece inevitável: em que pese a boa intenção lançada na quase inexistente justificativa para a inserção legislativa carente de deliberação válida no Congresso Nacional, a figura do juiz das garantias traz mais problemas que soluções aos impasses do sistema de Justiça criminal.

Os debates teóricos no Direito Penal e Processual Penal brasileiro há muito se dissociam dos verdadeiros problemas do sistema de Justiça criminal (SUXBERGER, 2016, p. 104-105). No entanto, assusta que essa distância se propague também na produção legiferante, com reflexos gravíssimos para a ordem jurídica que pavimenta (ou deve pavimentar) a atuação dos atores do sistema de Justiça.

## 6 Erro legístico e inconstitucionalidade

O erro legístico presente na criação dos juízes das garantias autoriza que se conclua pela sua carência de legitimidade ou validade constitucional?

A crise de legalidade vivenciada no Estado brasileiro tem despertado a atenção para trabalhos que problematizam os vícios de elaboração legislativa como vícios de legitimidade ou validade constitucional das leis resultantes de um processo legislativo capturado, frustrado ou carente de deliberação. A contribuição da Legística consiste exatamente em possibilitar a construção de uma elaboração legislativa “responsiva”, que reconhece as limitações da legislação – nem sempre legislar é a melhor escolha para satisfazer as demandas sociais e/ou incrementar a efetividade de direitos – e assume o compromisso com a justificação do impulso para legislar. O desafio da elaboração de atos normativos se dá

em ambiente no qual concorrem (e disputam) Parlamento e Executivo com suas assimetrias processuais, tensões quanto a transparência, circuito de informações, níveis de hierarquia (SOARES, F., 2019, p. 8).

O caso do juiz das garantias é exemplo disso. Se a preocupação é assegurar imparcialidade objetiva ao julgador, o tema guarda muito mais propriedade com a organização judiciária, com as definições de competência funcional de acordo com a fase da persecução penal, que propriamente com a criação de impedimento objetivo do juiz independente do juízo competente para o feito. Em verdade, a experiência das centrais de inquérito deveriam no mínimo prestar-se como material a ensinar uma avaliação legislativa *ex ante* do instituto do juiz das garantias (SALINAS, 2013, p. 243).

É precisa a advertência de Joaquim Falcão quando fala da importância de se proceder a uma avaliação legislativa em casos como o da criação do juiz das garantias. Deve haver algum consenso, ainda que mínimo, na elaboração de diretrizes legislativas. Caso contrário, “a nova lei não passará de um exercício formal de conflitantes utopias inalcançáveis. Entrará na história, sem ter passado pela vida” (FALCÃO, 2006, p. 139).

As escolhas do processo decisório implicam consequências para a sociedade, exigindo dos atores políticos uma atuação ativa e preventiva no exercício do controle da qualidade da intervenção estatal. Essa avaliação, de natureza *ex ante*, deve abranger desde a análise dos motivos que tornam necessária determinada intervenção, o planejamento das ações para o desenvolvimento da iniciativa, a definição dos agentes encarregados de implementá-la, o levantamento das normas disciplinadoras pela qual será regida, até a fundamental avaliação de seus possíveis impactos (MENEQUIN; SILVA, 2018). No campo penal – com impacto inclusive na

modelagem institucional que implique alterações no encarceramento de pessoas e medidas de efetividade da resposta penal, pois se cuida da exteriorização da própria política criminal do Estado –, a análise de impacto legislativo assume ainda mais importância (FERREIRA, 2017).

A questão consiste em saber se a inobservância da Legística conduz a um juízo de invalidade constitucional do instituto. O tema encontra-se em aberto no STF, como se observa pelas ADIs nºs 6.298, 6.299 e 6.300 em trâmite na Corte, sob a relatoria do ministro Luiz Fux (BRASIL, 2020b, 2020c, 2020d). A figura do juiz das garantias, em si, não parece atentar contra a moldura constitucional brasileira para o sistema de Justiça criminal. Cabe, porém, indagar se uma lei mal feita ensina o reconhecimento pelo Poder Judiciário de sua invalidade constitucional.

É de Waldron (2016) a distinção entre uma revisão judicial forte, que ocorre quando o Judiciário deixa de aplicar algum diploma legal específico, declarando-o inconstitucional ou modificando os seus efeitos, e uma revisão judicial fraca, na qual o Judiciário simplesmente se vale de um procedimento de provocação do Legislativo para melhor adequação do tema versado na legislação.

Com exceção do vício de inconstitucionalidade formal da regra de rodízio entre os juízes veiculada pela Lei nº 13.964, os vícios presentes na criação do juiz das garantias na alteração promovida em 2019 decorrem da necessidade de uma melhor adequação da figura pretendida (juiz das garantias) à realidade a que ela se dirige (sistema de Justiça criminal brasileiro de primeira instância).

Como saída às superações legislativas pelo Judiciário, Waldron (2016) propõe um processo decisório legítimo, com razões relevantes ao seu desenho (estrutura) e relativas à legitimidade (justeza; voz; participação etc.). De certa forma, os resultados são importantes, mas algumas

razões estarão relacionadas ao desenho procedimental como forma de resolver a discordância sobre direitos. Assim, as razões concernentes ao resultado são importantes, mas inconclusivas, já que se deve ter a certeza de um processo justo, transparente e público (SOARES, H., 2019, p. 109-110), ainda que não se concorde com as específicas tomadas de decisão.

A falta de coerência redacional e outros vícios na elaboração legislativa já foram indicados como razão para o reconhecimento de inconstitucionalidade, ao argumento de que implicariam afronta aos princípios da publicidade e da segurança jurídica, além de desconsiderar a boa-fé dos destinatários da norma, que simplesmente não tiveram notícia da tramitação ou da discussão antecedente à inovação normativa (LAURENTIIS; DIAS, 2015, p. 173). A inconstitucionalidade não deriva da contrariedade ao diploma legal que versa sobre a elaboração legislativa – LC nº 95/1998 –, pois não há hierarquia entre diplomas legais a autorizar tal conclusão.

Além da possível discussão sobre a eventual responsabilização do legislador pela elaboração de proposições normativas que não produzem os efeitos esperados (COSTA, 2016), a dualidade da revisão fraca ou forte incide na delimitação da função juspolítica exercida pelos tribunais, ajudando a estabelecer as atribuições dos Poderes constituídos e a determinar o papel do Judiciário e do Legislativo no enlace normativo que define os arranjos institucionais do Estado.

A relevância das etapas legísticas de tramitação legislativa já foi reconhecida pelo STF como parâmetro de aferição da constitucionalidade de normas. Isso ocorreu no julgamento da ADI nº 4.029, no qual o Tribunal se deparou com a ausência de manifestação de uma comissão mista necessária à apreciação de medida provisória que se pretenda converter em lei e, por isso, reputou inconstitucional a lei decorrente desse trâmite legislativo maculado (BRASIL, 2012).

Merece atenção o fato de que a relatoria da ADI nº 4.029 incumbia ao ministro Luiz Fux, que igualmente é o relator das ADIs aforadas contra a Lei nº 13.964. Conquanto guardem dispositivos constitucionais diversos como parâmetro de controle, os temas convergem na indicação da imprescindibilidade da Legística na produção legislativa.

A justificativa para se reconhecer a imprescindibilidade da manifestação técnica da comissão mista amparou-se na necessidade de “assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada” (BRASIL, 2012, p. 19). O parecer ostenta, pois, a importância da “garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo” (BRASIL, 2012, p. 19).

Resta saber se também o instituto do juiz das garantias, que tramitou de maneira inopinada e livre da necessária deliberação sobre seus relevantes impactos, será alcançado pela compreensão do STF a respeito da importância de uma reflexão detida sobre a alteração do CPP. A resposta afirmativa parece repousar não no cotejo com a moldura constitucional do modelo acusatório adotado pelo ordenamento interno, mas no fato de que o Congresso Nacional e o Poder Executivo brindaram o sistema de Justiça com uma alteração que desconsiderou a necessária reflexão político-criminal de seu impacto nos arranjos institucionais.

## 7 Conclusão

Como se deduz da tramitação legislativa, a inserção do juiz das garantias no CPP deu-se num movimento legiferante carente de qualquer avaliação legislativa ou mesmo do impacto dessa importante alteração no sistema de Justiça cri-

minal. A indicação de que o tema se encontrava nas discussões ocorridas por ocasião da apresentação do Projeto de Código de Processo Penal em 2009 não é útil, pois a Lei nº 13.964 trouxe conformação sensível ao juiz das garantias, porém substancialmente diversa da mencionada nas proposições de 2009 no Senado Federal e 2010 na Câmara dos Deputados.

Ao estabelecer a competência do juiz das garantias para o juízo de admissibilidade da ação penal, a Lei nº 13.964 afastou-se da própria justificativa de criação do instituto. Se a ideia era afastar o quadro cognitivo do julgador presente nas etapas investigatórias, como atribuir a ele igualmente a competência para decidir sobre a suficiência dos elementos informativos colhidos sob sua supervisão para a instauração do processo-crime?

A criação do juiz das garantias resulta de patente erro legístico. Sua inserção não observou qualquer deliberação, tampouco consideração sobre a necessária distinção entre a competência funcional relativa à organização judiciária do sistema de Justiça e a criação de uma causa de impedimento objetiva ao juiz que disser sobre atos invasivos no curso da investigação preliminar. Indiscriminada como foi, essa criação atenta igualmente contra o reclamo de especialização dos juízos, como ocorre nos casos de enfrentamento de corrupção e lavagem de dinheiro.

O STF tem diante de si a tarefa de julgar a validade constitucional do instituto. Trata-se de discussão que tem mais a ver com a *conveniência normativa* de inserção do instituto no ordenamento brasileiro – que nunca contou com o antagonista do juiz das garantias, qual seja, o juiz investigador ou de investigação – do que propriamente de uma afronta ao que estabelece a Constituição brasileira para a conformação processual penal.

Trata-se, portanto, muito mais de decidir sobre a validade de uma lei ruim, produzida de modo inadequado e contrário aos ditames de boa Legística, que efetivamente afastar uma lei impossível. A possibilidade de se criar o juiz das garantias existe, mas acertou o legislador ao eleger essa alternativa para aperfeiçoar a legislação brasileira (para repetir o que consta da ementa da Lei nº 13.964)? Agiu corretamente quanto ao modo de fazê-lo? A resposta é negativa. A ver se tais pontos serão hábeis a autorizar um controle judicial (forte ou fraco) sobre o diploma legal.

### Sobre o autor

Antonio Henrique Graciano Suxberger é doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público

pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, DF, Brasil; graduado em Direito pela UnB, Brasília, DF, Brasil; professor titular do programa de mestrado e doutorado do UniCEUB e dos cursos de especialização da FESMPDFT, Brasília, DF, Brasil; promotor de Justiça no Distrito Federal, Brasília, DF, Brasil.  
E-mail: antonio.suxberger@ceub.edu.br

## Como citar este artigo

(ABNT)

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O juiz das garantias como caso de erro legístico. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 93-114, out./dez. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p93](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p93)

(APA)

Suxberger, A. H. G. (2020). O juiz das garantias como caso de erro legístico. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 93-114. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p93](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p93)

## Referências

ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 83-102. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes\\_assembleia/obras\\_referencia/arquivos/pdfs/legistica/marta\\_tavares.pdf](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/marta_tavares.pdf). Acesso em: 12 maio 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37329>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América: ¿un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-364. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer proferido em Plenário, em 4/12/19, às 19h44*. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1841955&filename=PPP+1+PL10372+%3D>+PL+10372/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1841955&filename=PPP+1+PL10372+%3D>+PL+10372/2018). Acesso em: 14 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível

em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.045, de 2010*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372, de 2018*. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Relatório [do] grupo de trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019 – GTPENAL*. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2019c. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018). Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 maio 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019e]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm). Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019f. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 6.341, de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Senado Federal, 2019g. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>. Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. [Projeto de Lei nº 6.341/2019 (nº 10.372/2018, na Câmara dos Deputados), que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Item extrapauta. Aprovado, após Requerimento nº 1.108/2019. À sanção. Plenário. 11 dez. 2019]. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, ano 74, n. 193, p. 147-159, 12 dez. 2019h. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/102744?sequencia=147>. Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. Entidade de classe de âmbito nacional [...]. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ibama – Asibama Nacional. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de março de 2012. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2227089>. Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF*. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Decisão monocrática: Min. Dias Toffoli, 15 de janeiro de 2020a. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria\\_geral/Publicacoes/ADI6298-MC%202.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/ADI6298-MC%202.pdf). Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF*. Direito constitucional. Direito processual penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal [...]. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF*. Direito constitucional. Direito processual penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal [...]. Requerentes: Partido Trabalhista Nacional e outros. Interessados: Congresso Nacional; Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203609&ext=.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.300/DF*. Direito constitucional. Direito processual penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal [...]. Requerente: Partido Social Liberal. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203608&ext=.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

COSTA, Rafael de Oliveira. O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio do exercício da função juspolítica pelos tribunais. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 69-86, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v61i1.42223>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42223>. Acesso em: 12 maio 2020.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Ed. Unesp; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2013. p. 181-200.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. Ações e recomendações Enclca – 2011. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/combate-a-corrupcao-enclca/acoas-e-recomendacoes/acoas-e-recomendacoes-enclca-2011>. Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. *[Página inicial]*. [Brasília, DF]: ENCCCLA, [2020]. Disponível em: <http://enclca.camara.leg.br>. Acesso em: 14 maio 2020.

FALCÃO, Joaquim. *Democracia, direito e terceiro setor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. *Juez de garantías y sistema penal: (re)planteamientos socio-criminológicos críticos para la (re)significación de los roles del Poder Judicial en Brasil*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

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

LAURENTIIS, Lucas de; DIAS, Roberto. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril\\_v52\\_n208\\_p167](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p167). Acesso em: 12 maio 2020.

LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, [Rio de Janeiro], v. 9, n. 3, p. 505-529, set./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7743>. Acesso em: 12 maio 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Duc In Altum: Cadernos de Direito*, [Recife], v. 8, n. 16, p. 55-91, set./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.22293/2179-507x.v8i16.397>. Disponível em: <https://faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397>. Acesso em: 12 maio 2020.

MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Novos Estudos Jurídicos*, [Itajaí], v. 23, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n1.p71-88>. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036>. Acesso em: 12 maio 2020.

MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e. Análise de impacto legislativo: balizas conceituais e desafios de implementação no Brasil. In: SACHSIDA, Adolfo (org.). *Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*. Brasília, DF: Ipea, 2018. p. 437-464. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/181009\\_politicas\\_publicas\\_no\\_brasil.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/181009_politicas_publicas_no_brasil.pdf). Acesso em: 14 maio 2020.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 229-249, jul./dez. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v3i2.2219>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2219>. Acesso em: 12 maio 2020.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194933>. Acesso em: 12 maio 2020.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes\\_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/14/fabiana.pdf](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/14/fabiana.pdf). Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külkamp Eyng (org.). *Estudos em legística*. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019. p. 6-8.

SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. Sobre a (ir)racionalidade decisória: reflexões críticas para uma revalorização do legislar. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külkamp Eyng (org.). *Estudos em legística*. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019. p. 93-120.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O direito nas políticas públicas: o déficit de efetividade dos direitos é um problema normativo ou institucional? In: CALHAO, Antônio Ernani Pedroso; MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá (org.). *Direitos humanos e democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 111-127.

\_\_\_\_\_. Repensando os desafios da dogmática jurídico-penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 61, p. 99-114, abr./jun. 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). *Projeto de lei anticrime*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

# Registro empresarial em perspectiva histórica

Um olhar sobre o passado para compreender a importância jurídico-econômica do instituto

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

JOÃO PAULO ATILIO GODRI

**Resumo:** O registro empresarial, cujas primeiras reminiscências remontam ao século XIII, acompanha a trajetória do Direito Comercial. O objetivo deste estudo é analisar o desenvolvimento histórico desse instituto no Direito Comparado e no Direito brasileiro, e sua relevância para o incentivo ao empreendedorismo e, conseqüentemente, para o desenvolvimento econômico. O estudo vale-se do método dedutivo para concluir que, por figurar como ato primeiro na formalização da atividade empresarial, compreender o registro empresarial como mecanismo facilitador da atuação do agente privado implica dar cumprimento aos preceitos constitucionais que consagraram o princípio da livre iniciativa e o sistema de economia de mercado. Uma vez que a formalização da atividade econômica tende a trazer inúmeros benefícios à economia, o registro empresarial merece ser considerado pelo governo brasileiro instrumento de promoção do desenvolvimento econômico e social.

**Palavras-chave:** Registro empresarial. Desenvolvimento econômico. Perspectiva histórica.

## **Business registration from a historical perspective: a look at the past for understanding the institute's legal-economic importance**

**Abstract:** The business register, whose first reminiscences go back to the 13th century, follows the trajectory of Commercial Law. The objective of this study is to analyze the historical development of this institute in Comparative Law and in Brazilian Law, and its relevance for encouraging entrepreneurship and, consequently, for economic development. The study makes use of the deductive method to conclude that, since it appears as

Recebido em 26/4/20

Aprovado em 29/6/20

the first act in the formalization of business activity, understanding the business register as a mechanism that facilitates the performance of the private agent implies complying with the constitutional precepts that enshrined the principle of free initiative and the market economy system. Since the formalization of economic activity tends to bring numerous benefits to the economy, business registration deserves to be considered by the Brazilian government as an instrument to promote economic and social development.

**Keywords:** Business registration. Economic development. Historical perspective.

## 1 Introdução

O registro do comércio acompanha a atividade mercantil há centenas de anos. A necessidade de memorizar os acontecimentos da vida mercantil é determinante para a construção do sistema registral, havendo notícias de sua prática já nos idos do século XIII. Ao longo da história, diversas finalidades foram atribuídas ao registro empresarial, de prevenção à fraude contra credores na cidade de Florença no século XV ao levantamento da nacionalidade dos proprietários de empresas na França no final da Primeira Guerra Mundial, em 1918.

No Brasil, com a chegada da família real portuguesa ao Rio de Janeiro em 1808, foi criado o Tribunal da Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação do Estado do Brasil e Domínios Ultramarinos pelo Alvará de 23/8/1808 (IMPERIO DO BRAZIL, [1808]), marco histórico do registro público do comércio no País. Sucessivas modificações legislativas atribuíram ao sistema de registro empresarial finalidades cadastrais, de publicidade, de segurança e de eficácia dos atos jurídicos das empresas.

Com a promulgação do Código Civil de 2002 (CC) (BRASIL, [2020a]), seguindo o que já previa o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916 (IMPERIO DO BRAZIL, [2002]; BRASIL, [2002]), o registro empresarial foi mantido como ato obrigatório para empresários e sociedades empresárias e como marco constitutivo da aquisição da personalidade jurídica. Em outras palavras, ato primeiro de formalização e exercício regular de qualquer atividade econômica pelo agente privado. Daí a necessidade de se perquirir – e até mesmo resgatar – a importância jurídico-econômica do instituto.

## 2 O registro do comércio no Direito Comparado

Atribui-se ao aparecimento da moeda o grande impulso à troca de bens, atividade inerente à história da formação e desenvolvimento dos primeiros grupos sociais e civilizações. À consistente circulação de mercadorias em troca de moedas deu-se o nome de *comércio*.

A história do Direito Comercial remonta à Idade Média e vincula-se essencialmente à afirmação de uma civilização burguesa e urbana, empreendedora e com o anseio de uma nova formulação de negócios (NEGRÃO, 2011, p. 25-26). À época, já era necessário memorizar os acontecimentos da vida mercantil mediante os registros nas corporações dos mercadores (REQUIÃO, 2010, p. 139-140). Como aponta Requião (2010, p. 140), o registro primitivo tinha por finalidade precípua conferir proteção ao público em geral e ao próprio sujeito da inscrição, dando origem ao que Negrão (2011, p. 25-26) denomina conceito *subjetivo-corporativista* de identificação do profissional comerciante. Segundo o autor, “reputa-se comerciante aquele que se submetia às corporações de ofício do comércio”.

Nos primórdios, o registro dos comerciantes nas corporações de ofício também era entendido como uma forma de privilégio e, portanto, de indução aos oligopólios e monopólios, ante o caráter consuetudinário e corporativista do próprio Direito Comercial à época (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 29). Essa é a origem remota do registro do comércio (NEGRÃO, 2011, p. 198). No século XIII já havia notícias do registro das procurações outorgadas pelos dirigentes das sociedades mercantis aos seus empregados de categoria e também de suas marcas de comércio características (SILVA, 2002, p. 5).

Atribui-se às corporações italianas a precedência no registro do comércio nos idos do século XV, com a promulgação da Lei de 30/11/1408 na cidade de Florença, quando se tornou obrigatório levar ao registro da corporação de mercadores o contrato de sociedade em comandita simples (REQUIÃO, 2010, p. 140). De acordo com Silva (2002, p. 5), o registro estabelecido pela lei florentina visava a coibir a fraude contra credores, em virtude da sagacidade dos sócios comanditários que se mantinham ocultos e, quando o negócio fracassava e a sociedade em comandita simples ia à falência, não havendo nenhum registro da sociedade, o então sócio oculto apresentava-se como credor, simples prestador de capitais, sem vinculação societária, reclamando o seu crédito.

A despeito do pioneirismo italiano, o Código Comercial daquele país, datado de 1882, não criou o instituto do registro do comércio. O legislador optou pela omissão do instituto muito por conta de inconvenientes que poderia trazer aos casos em que a pessoa nele inscrita não exercitasse de fato o comércio ou em que a pessoa, de fato comerciante, não se inscrevesse

(SILVA, 2002, p. 5). Trata-se possivelmente de uma resposta ao impacto do sistema de privilégios estabelecido pelo registro nas corporações.

Como apontam Bertoldi e Ribeiro (2015, p. 30), nem mesmo o Código Napoleônico, de 1807, o primeiro grande Código de Direito Comercial e verdadeiro marco para o Direito Mercantil – que influenciou as legislações comerciais de outros países, como a espanhola (1829), a portuguesa (1833) e a brasileira (1850), e instituiu a *teoria dos atos de comércio*<sup>1</sup> – reservou seção legal para o registro comercial, não obstante a exigência da autenticação dos livros mercantis, prevista no art. 11 do Código de Napoleão<sup>2</sup>.

Coube ao Código espanhol de 1829 – que foi influenciado pelo Código Napoleônico – efetivamente delinear o instituto, sendo o primeiro Código a apresentar regras específicas sobre “*el registro público del comercio*” em seus arts. 22 a 31.

É interessante notar, todavia, que o registro do comércio na Espanha não surgiu com a promulgação do Código de 1829, mas o antecede (SILVA, 2002, p. 9), sendo instituto já materializado no ideário espanhol e apenas positivado com a promulgação do aludido Código Comercial<sup>3</sup>. De feição liberal, ocupou-se o legislador espanhol de 1829 em introduzir os princípios da propriedade individual e absoluta, da livre circulação

---

<sup>1</sup> Segundo Bertoldi e Ribeiro (2015, p. 30-31), o Código francês, imbuído dos ideais da Revolução Francesa, inovou ao caracterizar de forma *objetiva* toda a matéria a ele afeta, em detrimento das relações existentes entre uma classe de pessoas, os comerciantes. É a origem da teoria dos atos de comércio. Nesse pormenor, cite-se ainda a lição de Coelho (2009, p. 15).

<sup>2</sup> Como possível indicativo de repulsa ao sistema de privilégios experimentado no registro das corporações, dado que incompatível com os ideais de igualdade e liberdade que fundaram a Revolução Francesa.

<sup>3</sup> Segundo apontam Herrero Pascual e Montojo Montojo (2002), a Administração registral na Espanha remonta a 1768, com a criação dos ofícios de Hipotecas por Carlos III. Contudo, de acordo com os autores, o sistema registral espanhol alcançou desenvolvimento pleno a partir da segunda metade do século XIX.

e disposição dos bens. Meios de difusão desses princípios, as sociedades, especialmente as de ações, deveriam ser registradas nas respectivas províncias em que eram instaladas (MARTÍN ACEÑA, 1993, p. 5). O registro do comércio servia ao governo espanhol como instrumento de monitoramento da conjuntura econômica – uma primeira demonstração da importância de um registro empresarial eficiente para o desenvolvimento econômico de uma nação.

Na Alemanha, as primeiras noções do instituto do registro do comércio remontam ao segundo quarto do século XVIII. Contudo, foram mais bem trabalhadas somente nos Códigos de 1861 e 1897. Assim como na Espanha, o registro do comércio alemão era obrigatório para os comerciantes, que deveriam inscrever a firma, a assinatura comercial, as sociedades e todos os demais atos da vida mercantil (SILVA, 2002, p. 9).

Em Portugal, o Código Comercial de 1833 criou o registro do comércio nos chamados Tribunais do Comércio, mas foi com a promulgação do Código Comercial de 1888, aproveitando-se dos elementos essenciais do Código Comercial francês e do Código alemão, bem como do Código Comercial espanhol de 1885 (ENCI, 1999), que o instituto foi adequadamente disciplinado em seus arts. 45 a 61. Tratando da semelhança entre o registro comercial português e o espanhol, Silva (2002, p. 10) pontua que “as disposições que encontrávamos no Código Comercial português de 1888 eram mais ou menos as mesmas do Código Comercial espanhol de 1885”.

Na Suíça, o registro do comércio foi disciplinado no Código Federal Suíço de Obrigações em seus arts. 859 a 864, tendo sido instituído tão somente após as revisões ocorridas em 1911 e 1936. Assim como nos outros países europeus, o registro comercial na Suíça é obrigatório, havendo, inclusive, previsão expressa no art. 860 do diploma obrigacional de que a não inscrição

no registro competente implica perdas e danos decorrentes da omissão (SILVA, 2002, p. 10).

Concluindo-se a análise do histórico do registro do comércio nos principais centros europeus, embora o Código Napoleônico – verdadeiro marco do Direito Mercantil e precursor da teoria dos atos do comércio – tenha inaugurado o sistema objetivo no Direito Comercial, a França foi um dos países que mais tardiamente adotou o instituto do registro do comércio. O fato se deu mais precisamente em março de 1919, sem, contudo, delinear um sistema nítido, correspondente ao que já se experimentava na Espanha, Alemanha ou Portugal (SILVA, 2002, p. 10).

Negrão (2011, p. 198) explicita o motivo que levou o governo francês a implementar tal instituto tão tardiamente: a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Com o fim da guerra, marcada pela vitória da Tríplice Entente – da qual a França fazia parte e que redefiniu os contornos políticos e territoriais no continente europeu –, surge a necessidade de se levantar a nacionalidade dos proprietários de empresas em funcionamento, o que somente seria possível com a inscrição dessas empresas em um registro competente, tal como ocorria nas antigas corporações. Aliás, o registro do comércio na França remonta ao início do século XX (final da Primeira Guerra Mundial) justamente por conta do que havia sido anteriormente disciplinado pelo Código Napoleônico, uma vez que tal legislação, ao estabelecer o sistema objetivo e a teoria dos atos do comércio como critério de identificação dos comerciantes, fez com que as corporações de comerciantes desaparecessem e, com elas, os seus registros corporativos. Não havia razão, portanto, sob a égide do Código Napoleônico, para a manutenção de um registro de empresas.

Na América do Sul, o Código Comercial argentino de 1859, em seu art. 34, disciplinava o chamado *Registro Público del Comercio* e, no

art. 39, estabelecia a obrigatoriedade do registro, o que foi mantido com a reforma promovida em 1889 pela Lei nº 2.637. O mesmo se verifica no Código Comercial chileno de 1865, de forma sintética, nos arts. 20 e 21, e no Código Comercial uruguaio de 1866, mais resumidamente ainda se comparado ao Código chileno, no art. 45 (SILVA, 2002, p. 11).

Verifica-se que, desde o surgimento do Direito Comercial como ramo autônomo do Direito, o registro empresarial configurou preocupação dos operadores do comércio e, posteriormente, dos operadores do Direito. Independentemente da finalidade atribuída ao instituto em cada momento histórico, o registro do comércio, nos dias atuais, é instrumento de suma importância para o desenvolvimento regular da atividade empresarial, com atribuição de importantes efeitos ao empresário.

O registro público tornou-se peça relevante da vida social, tanto na esfera civil quanto na comercial: exige-se que o indivíduo seja registrado ao nascer e inscreva no Registro Civil os atos marcantes de sua vida até a morte e, pela mesma disciplina jurídica, também se facultam aos comerciantes certos registros (REQUIÃO, 2010, p. 140).

No Brasil, o instituto do registro empresarial, assim como nos demais países da América do Sul, data do início do século XIX, tendo sido, desde então, alvo constante do legislador nacional, o que revela sua importância jurídico-econômica.

### **3 A história do registro empresarial no Brasil**

No Brasil, a origem do registro do comércio é concomitante ao desembarque da família real portuguesa no Rio de Janeiro em 1808. Tão logo fixado na colônia, D. João VI expediu o Alvará

de 23/8/1808, criando o Tribunal da Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação do Estado do Brasil e Domínios Ultramarinos, no qual se mantinham os assentos dos comerciantes (SILVA, 2002, p. 11). Tal instituição é considerada o antecedente histórico do registro público do comércio brasileiro.

Sob forte influência dos Códigos francês, espanhol e português, em 26/6/1850 promulgou-se a Lei nº 556, instituindo-se o Código Comercial do Império do Brasil, que estabeleceu, a exemplo da legislação espanhola e portuguesa, e de acordo com o Alvará de 23/8/1808, o registro de comércio, agora atribuído aos criados Tribunais do Comércio (e não mais à Real Junta), conforme disciplina do Decreto (Regulamento) nº 738, de 25/11/1850. Esse órgão detinha jurisdição em matéria comercial (julgamento de conflitos entre comerciantes e prática de atos de comércio), bem como funções administrativas relativas ao registro de comerciantes e sociedades comerciais (SILVA, 2002, p. 11).

Gonçalves Neto (2008, p. 606) destaca a amplitude do registro estabelecido pelo Código Comercial brasileiro em comparação com as codificações que o informaram, uma vez que abrangia não só o registro dos comerciantes e sociedades comerciais, mas também o registro da propriedade naval, das hipotecas para garantia de dívidas ou obrigações comerciais e todos os atos relativos ao comércio marítimo. Contudo, os Tribunais do Comércio e sua jurisdição comercial foram extintos pelo Decreto nº 2.662, de 9/10/1875, passando o registro a ser exercido por juntas e inspetorias comerciais organizadas pelo Decreto nº 6.384, de 1876<sup>4</sup>, ao passo que as atribuições jurisdicionais foram transferidas para a competência dos juízes de Direito, por força do Decreto nº 6.385, de 1876 (REQUIÃO, 2010, p. 142).

Em outubro de 1890, o governo da República recém-implantada promulgou o Decreto nº 916, criando o registro das firmas ou razões comerciais, a cargo da secretaria das Juntas Comerciais das inspetorias comerciais. Regulamentou-se também a forma de constituição do nome comercial dos comerciantes individuais, das sociedades de pessoas e das sociedades de capitais, os direitos decorrentes do nome comercial e as formalidades do registro (NEGRÃO, 2011, p. 199).

Com a promulgação da Constituição republicana de 1891, imbuída dos ideais federativos, as atribuições jurisdicionais passaram a integrar-se na autonomia dos estados membros, assim como a competência para organizar o registro público do comércio. Antes disso, porém, o governo federal

---

<sup>4</sup>Especificamente, o Decreto nº 6.384/1876 organizou 14 inspetorias e 7 Juntas Comerciais ao longo do território imperial: Rio de Janeiro, Belém, São Luís, Fortaleza, Recife, Salvador e Porto Alegre (SILVA, 2002, p. 12). A título de curiosidade, a Junta Comercial do Paraná foi criada pela Lei estadual nº 32, de 2/7/1892.

editou o Decreto nº 596, de 1890, e reorganizou as juntas e inspetorias comerciais, mantendo basicamente as mesmas disposições do Decreto nº 6.385/1876, até que os Estados se ocupassem definitivamente do assunto (REQUIÃO, 2010, p. 143; SILVA, 2002, p. 12).

Segundo Requião (2010, p. 143), a Constituição de 1891 deu origem a um *sistema híbrido de competência*, com a matéria de comércio (direito substantivo) sob a competência da União e a organização administrativa das Juntas Comerciais sob o encargo dos Estados. Era evidente, então, a necessidade de se estabelecer no País um sistema registral adequado que disciplinasse um instituto nacional harmônico de registro do comércio e de organização das Juntas Comerciais.

Com a promulgação da Constituição da República de 1946 (BRASIL, [1966]), atribuiu-se à União a competência privativa para legislar sobre registros públicos e Juntas Comerciais (art. 5º, XV, *e*), o que foi mantido pela Constituição de 1967 (art. 8º, XVII, *e*) (BRASIL, [1985]).

Em 1965, na avalanche de leis mal elaboradas, sem estudos amadurecidos (o que deveria ser a tônica de todo normativo elaborado no País, cuja realidade ainda se mostra distante do ideal), como pontua Requião (2010, p. 143), foi promulgada a Lei nº 4.726/1965, que criou os serviços de registro do comércio e atividades afins, a cargo do Departamento Nacional de Registro do Comércio (criado pela Lei nº 4.048/1961 como estrutura do Ministério da Indústria e Comércio), da Divisão Jurídica do Registro de Comércio e das Juntas Comerciais (NEGRÃO, 2011, p. 199), seguida do Regulamento estatuído pelo Decreto nº 57.651, de 19/1/1966. Em 1981, já em período pré-democrático, instituiu-se o regime sumário de registro e arquivamento pela Lei nº 6.939/1981, regulamentada pelo Decreto nº 86.764/1981.

Sob os auspícios do regime democrático, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a]) voltou a estabelecer o *sistema híbrido de competência registral*. No art. 22, XXV, a CRFB dispõe que a União tem competência privativa para legislar sobre registros públicos, entre os quais se inclui o registro do comércio; o art. 24, III, disciplina, por outro lado, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre Juntas Comerciais. Nos termos do mesmo art. 24, § 1º, da CRFB, a legislação concorrente atribui à União tão somente prescrever normas gerais, sem prejuízo da competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, § 3º, da CRFB). Vigora, portanto, a competência da União para legislar sobre registros públicos, competindo, concorrentemente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre Juntas Comerciais (SILVA, 2002, p. 13-14), de maneira semelhante ao que previa a Constituição republicana de 1891.

Em 1994, após atuação conjunta do Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC) e das respectivas Juntas Comerciais, com a maturação da *teoria da empresa*, advinda do sistema italiano, foi promulgada a Lei nº 8.934/1994 (BRASIL, [2019c]), que reorganizou a estrutura do registro de comércio brasileiro, agora designado Registro Público de Empresas Mercantis e Afins. Trata-se do principal normativo disciplinador do registro empresarial brasileiro, regulamentado pelo Decreto nº 1.800/1996 (BRASIL, [2019b]) e em vigor até os dias atuais.

Em 10/1/2002, após mais de 25 anos de tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Código Civil, capitaneado por Miguel Reale, foi sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, dando origem à Lei nº 10.406/2002 – Código Civil (CC). Pela adoção da teoria da empresa, o CC representa a consolidação do tra-

balho de unificação formal do Direito Comercial e do Direito Civil. No Livro II da Parte Especial, trata do denominado Direito de Empresa e, no Capítulo I do Título IV (Dos Institutos Complementares), da disciplina específica do registro empresarial (BRASIL, [2020a]).

Com o objetivo de propor ações e normas para simplificar e integrar o processo de registro e legalização de empresários e pessoas jurídicas (MAMEDE, 2013, p. 10-11), a Lei nº 11.598/2007 (BRASIL, [2019d]) instituiu a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM), que reestruturou, em grande parte, o sistema registral estabelecido pela Lei nº 8.934/1994.

Mais recentemente, a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) (BRASIL, [2020b]), que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, definiu regras e promoveu importantes mudanças no âmbito do registro empresarial – um claro sinal de que a facilitação de abertura de empresas e negócios no Brasil constitui uma das prioridades do País.

Em resumo, atualmente o registro empresarial brasileiro está assentado basicamente em três normas ordinárias: as Leis nºs 8.934/1994, 10.406/2002 (CC) e 11.598/2007.

#### **4 A atual estrutura do registro empresarial no Brasil: da Lei nº 8.934/1994 à Lei nº 11.598/2007**

A Lei nº 8.934/1994, regulamentada pelo Decreto nº 1.800/1996 e principal fonte de disciplina do Registro Público de Empresas Mercantis, buscou unificar e principalmente simplificar o registro empresarial. A mais importante inovação foi a ampliação do âmbito do registro: qualquer sociedade com finalidade econômica poderia registrar-se na respectiva Junta Comercial, independentemente de seu

objeto (COELHO, 2009, p. 67) – ainda que tal disposição tenha sido posteriormente alterada com a promulgação do CC, como adiante se abordará.

À época da promulgação da Lei nº 8.934/1994, o Código Civil de 1916 tratava da disciplina das sociedades de forma ampla, com distinção entre sociedades de fins econômicos e sociedades de fins não econômicos. A Lei nº 8.934/1994 excluiu do âmbito do Registro Público de Empresas Mercantis as sociedades de fins não econômicos<sup>5</sup>. Logo em seu art. 1º, define-se sistemicamente o exercício do registro por órgãos federais e estaduais em todo o território nacional e sua finalidade, referida por Mamede (2013, p. 9) como “dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, cadastrando as empresas nacionais e estrangeiras, mantendo atualizadas as informações pertinentes”.

Percebe-se, de pronto, a importância do registro empresarial pela intervenção do Estado, com a Administração Pública servindo de instrumento apto a conferir segurança ao tráfico mercantil e à defesa do crédito (GONÇALVES NETO, 2008, p. 608). Essa é a tônica do próprio histórico do registro do comércio fixada desde as primeiras linhas deste estudo: o registro empresarial pode (e deve) servir como fonte de estímulo ao empreendedorismo e ao exercício da atividade empresarial privada, para confluir ao constitucional desenvolvimento econômico e social. É a confirmação da importância jurídica e econômica do instituto.

A atividade de registro empresarial está a cargo das Juntas Comerciais instaladas em cada unidade da federação, que atuavam sob a supervisão, orientação e coordenação técnicas do DNRC.

---

<sup>5</sup> Acerca da distinção entre sociedades de fins econômicos e sociedades de fins não econômicos, ver os arts. 23 e 1.399, parágrafo único, do CC.

Em conjunto, as Juntas Comerciais e o DNRC compunham o Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM). Atualmente, após sucessivas alterações legislativas (de constitucionalidade duvidosa, o que poderá ser abordado em outro estudo), o SINREM é integrado pelas Juntas Comerciais e pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração, nos termos da Lei nº 13.833/2019 (BRASIL, 2019e).

Segundo Mamede (2013, p. 10), todo o procedimento para o registro de documentos nas Juntas Comerciais é objeto da Lei nº 8.934/1994: o pedido de arquivamento de documentos (arts. 36 a 38), o exame das formalidades a serem observadas pelos empresários (arts. 35 a 40) e o processo decisório, notadamente a decisão do pedido de arquivamento, a revisão e o recurso (arts. 41 a 51).

O CC adota a teoria da empresa e estabelece, por consequência, a figura do empresário como preocupação central e precípua do Direito Comercial. Representa a conclusão das tentativas de unificação do Direito Privado, no qual se insere, por certo, o Direito Comercial e o Direito Civil. A disciplina do registro empresarial pelo CC – denominado simplesmente “Registro” no capítulo I do Título IV, que trata dos chamados “Institutos Complementares” – está delineada nos arts. 1.150 a 1.154 (BRASIL, [2020a]).

Em verdade, como bem aponta Gonçalves Neto (2008, p. 604), que sustenta a necessidade de sistematização da matéria, apesar de disciplinado em capítulo próprio, o registro empresarial encontra referência em inúmeros dispositivos do CC – tanto em sua parte geral, como se verifica na leitura do art. 45, ao estabelecer o registro como marco constitutivo da aquisição da personalidade jurídica pelas sociedades empresárias, quanto na parte introdutória ao Direito de Empresa, quando do tratamento do empresário, consignando o registro como ato obrigatório aos empresários e sociedades empresárias (art. 967)<sup>6</sup>.

Se a Lei nº 8.934/1994 havia ampliado a esfera de atuação do registro empresarial, o CC tratou de restringir o âmbito de competência

---

<sup>6</sup>De forma pormenorizada, Gonçalves Neto (2008, p. 604) relaciona os dispositivos do CC que tratam do registro fora de seu capítulo específico: “nas disposições gerais sobre as sociedades (arts. 984 e 985), no capítulo da sociedade em comum (art. 986) e das sociedades simples (arts. 998, 999, parágrafo único, 1.000, 1.003, parágrafo único, 1.012, 1.015, parágrafo único, 1.032), bem como na disciplina da transformação (art. 1.113), da incorporação (art. 1.118) e da fusão (art. 1.121). Há ainda pressupostos do registro no capítulo que trata da sociedade dependente de autorização para funcionar (arts. 1.131, 1.132, § 2º, 1.136, 1.138 e 1.141, § 3º), figurando o cancelamento e os respectivos efeitos na parte relativa à liquidação (arts. 1.102, parágrafo único, 1.103, 1.109)”. Destaquem-se ainda “os textos em que o Código Civil cuida da caracterização do empresário e de sua inscrição (arts. 967 a 969 e 971), da capacidade (art. 976, 979 e 980), da sociedade empresária em geral (arts. 984 e 985), das sociedades empresárias em espécie (arts. 1.048, 1.057, 1.062, § 2º, 1.063, §§ 2º e 3º, 1.075, § 2º, 1.083, 1.084, § 3º, e 1.086), do estabelecimento (art. 1.144), do nome empresarial (arts. 1.166 a 1.168) e dos institutos complementares (arts. 1.174, parágrafo único, 1.181 e 1.183, parágrafo único)”.

das Juntas Comerciais: somente os empresários individuais, as sociedades empresárias e as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada, além das cooperativas – por força do disposto no Decreto nº 1.637/1907 (BRASIL, [1907]) –, devem submeter-se ao Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas. As chamadas sociedades simples – que não exercem atividade empresarial, como as profissões de natureza intelectual, científica, literária ou artística, na dicção legal do parágrafo único do art. 966 – submetem-se ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, a cargo dos diversos Ofícios do Foro Extrajudicial.

Em seus comentários à parte especial do CC destinada ao Direito de Empresa, Gonçalves Neto (2008, p. 603) tece críticas pontuais acerca da dualidade registral estabelecida pelo legislador de 2002, sendo enfático ao afirmar que se perdeu uma grande oportunidade para unificar o registro das sociedades, exercendo elas ou não atividade empresarial. Para o autor, não há razão que sustente a separação de registro de sociedades por serem empresárias ou não, de modo que o regime jurídico de registro de ambas poderia ser uniformizado sem nenhum prejuízo, conferindo segurança às relações jurídicas societárias (GONÇALVES NETO, 2008, p. 604).

Especificamente quanto ao registro empresarial, cuidou o CC da inscrição do empresário ou sociedade empresária, seguida da averbação, da matrícula, da autenticação, do arquivamento e dos assentamentos, mantendo, em linhas gerais, o que já havia sido proposto pela Lei nº 8.934/1994. Certamente, a aplicação harmoniosa do CC e da Lei nº 8.934/1994 em suas disposições comuns em favor de um sistema registral coerente e, acima de tudo, eficiente é indispensável às pretensões de simplificar o processo de abertura de empresas no Brasil.

Por fim, a Lei nº 11.598/2007 e a criação da REDESIM vêm ao encontro do que há muito já

se apontava nos principais debates de Direito Empresarial: a necessidade de um registro empresarial *simplificado* e *desburocratizado* para facilitar a criação de empresas e o desenvolvimento da atividade empresarial.

Referindo-se ao sistema registral brasileiro como *fonte de desestímulo ao empreendedorismo*, Tokars (2007, p. 36) já pontuava a urgência de se criarem medidas que diminuíssem a romaria a que estão sujeitos os empresários. Requião (2010, p. 146) é ainda mais enfático e afirma que a Lei nº 11.598/2007 (BRASIL, [2019d]) surge da real convicção de que o sistema de registro e controle da atividade empresarial no Brasil está hipertrofiado nas três esferas da Administração direta e indireta e implica desestímulo ao empreendedorismo e, obliquamente, incremento à atividade informal.

A REDESIM vem justamente integrar o sistema registral brasileiro em âmbito nacional, objetivando estabelecer um procedimento único e simplificado nos órgãos da Administração responsáveis por tal atividade, sob os auspícios dos princípios da integração e da articulação. Segundo Negrão (2011, p. 213), esses são os dois mais importantes princípios informadores da Lei nº 11.598/2007 (BRASIL, [2019d]): o da integração, que revela a preocupação em conferir unidade procedimental às várias etapas administrativas necessárias à legalização e ao registro da empresa, compatibilizando as exigências de diversos órgãos públicos, de modo a evitar atos em duplicidade que acarretam burocracias desnecessárias; e o da articulação, que estabelece a possibilidade de acesso de forma célere, por meio eletrônico, a dados e imagens dos atos arquivados pelos órgãos integrantes da REDESIM, sejam eles municipais, estaduais ou federais.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 11.598/2007, a participação na REDESIM somente é obrigatória aos órgãos federais, sendo facultativa aos demais órgãos vinculados aos Estados e Municípios.

Tal faculdade decorre diretamente do modelo federativo proposto na CRFB, que confere à União competência privativa para legislar sobre os Registros Públicos, assim como estabelece autonomia para que Estados e Municípios legislem sobre normas de Direito Administrativo, no qual se incluem as Juntas Comerciais.

Desse modo, ainda que o procedimento de registro e legalização de uma empresa envolva, na maioria das vezes, órgãos de todas as esferas administrativas (por exemplo, a regularização perante a Receita Federal e a Receita Estadual, a obtenção de alvarás e licenças na Prefeitura, Corpo de bombeiros etc.), o delineamento constitucional deverá ser observado para a adesão à REDESIM. Isso se deve à impossibilidade de imposição legislativa em virtude da competência concorrente estabelecida na CRFB.

Nesse contexto, se se está buscando a unidade do procedimento para que o registro empresarial se torne simples e menos burocrático (MAMEDE, 2013, p. 11), os esforços para adesão à REDESIM devem ser mais bem coordenados pelo gestor público federal, mediante estratégias de governança. A REDESIM ataca o problema da simplificação e da integração registral para formalização de negócios em conformidade com o sistema constitucional vigente, mas se ressentem ainda de efetivas medidas de cooperação entre os órgãos públicos, capitaneados pelo governo federal. Esses pontos merecem reflexão e debate diante dos objetivos que se pretende alcançar.

A promulgação da Lei da Liberdade Econômica e as alterações promovidas no âmbito do registro empresarial confirmam a necessidade urgente de racionalidade, simplificação e desburocratização do processo de abertura de empresas no Brasil. Espera-se que os órgãos públicos das três esferas da Administração, imbuídos do espírito da lei, de fato atuem no sentido de materializar as medidas propostas. Não é demais afirmar que o histórico legislativo apenas

corrobora a importância do registro empresarial como instituto jurídico-econômico em prol do desenvolvimento econômico do País.

Entre as inovações e sistematizações disciplinadas pela Lei nº 11.598/2007, merece destaque a obrigação estatuída aos órgãos componentes da REDESIM, nos limites de sua competência, de manter informações, orientações e instrumentos que permitam pesquisas prévias sobre as etapas de registro – seja para inscrição, alteração ou encerramento/baixa da empresa –, provendo os usuários da certeza quanto à documentação exigível e à viabilidade do registro (art. 4º). Nesse mesmo sentido, digna de nota é a vedação estatuída no art. 7º da Lei nº 11.598/2007, reafirmando a disciplina do art. 57, § 2º, do Decreto nº 1.800/1996: a formulação de qualquer exigência pelo órgão competente não poderá vir desacompanhada dos dispositivos legais que a fundamentem, devendo ser pautada pelos requisitos pertinentes à essência do ato submetido a registro.

Também merece atenção a disciplina do art. 6º da Lei nº 11.598/2007, voltada estritamente aos Municípios que aderirem à REDESIM: a possibilidade de *emissão de alvará provisório*, tão logo seja finalizada a etapa do registro empresarial, permitindo-se o imediato início das atividades pelo empresário ou sociedade empresária, salvo atividades de alto risco. Em um passo mais ousado, o art. 3º, I, da Lei da Liberdade Econômica estatuiu a possibilidade de exercício de atividade econômica sem a necessidade de expedição de qualquer espécie de autorização ou alvará pelo Poder Público, desde que a atividade seja de baixo risco.

Compete ao Poder Executivo federal dispor sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica<sup>7</sup>. São medidas

<sup>7</sup> Nesse sentido, ver Resolução CGSIM nº 51/2019 (BRASIL, 2019f).

que certamente influenciarão diretamente no hiato ainda existente no Brasil entre registrar a empresa e iniciar as atividades empresariais, pois imporão aos órgãos públicos a internalização de regras voltadas à simplificação, racionalização e uniformização procedimental (NEGRÃO, 2011, p. 15).

Em respeito aos princípios da publicidade e informação, a legislação de 2007 previu a criação de sistemas informatizados de apoio ao registro e à legalização de empresas. A utilização da rede mundial de computadores já permite estabelecer procedimentos de consultas automatizadas e gratuitas aos cadastros de órgãos públicos e similares, de orientação e informação sobre etapas e requisitos para o processo do registro, de prestação de serviços prévios ou posteriores à protocolização dos documentos exigidos, de acompanhamento pelo usuário dos processos de seu interesse etc. (arts. 9 a 11).

A Lei da Liberdade Econômica assentou as medidas de informatização do registro empresarial, com a alteração da redação do art. 31 da Lei nº 8.934/1994, que passou a determinar a publicação dos atos decisórios acerca do registro na rede mundial de computadores da respectiva Junta Comercial.

O registro empresarial on-line já é uma realidade no Brasil. A Junta Comercial de Minas Gerais foi a primeira a introduzir o chamado Sistema Fácil, implementando a REDESIM em 2008. Em 2014, as Juntas Comerciais do Distrito Federal, Goiás, São Paulo, Sergipe, Rondônia, Roraima, Tocantins, Ceará, Pará, Paraíba e Paraná adotaram o sistema de unificação. As Juntas Comerciais do Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul e Pernambuco também implementaram o sistema único, em direção à instituição da REDESIM em todas as esferas da Administração.

Em resumo, parece estar claro que a Lei nº 11.598/2007 e a REDESIM têm o objetivo de diminuir e, a longo prazo, extirpar as etapas ainda existentes entre os procedimentos do registro do empresário e do registro da empresa. A Lei da Liberdade Econômica, ao aprimorar muitas das regras inicialmente apresentadas pela Lei nº 11.598/2007, confirma essa pretensão.

Se antes as Juntas Comerciais cuidavam somente do registro do empresário mediante o arquivamento dos respectivos atos constitutivos, e ao empresário competia peregrinar pelos mais diversos órgãos para providenciar inscrições na Receita Federal e Estadual, autorizações, alvarás de funcionamento, licenças e todas as demais burocracias próprias da conjuntura administrativa brasileira, com a REDESIM (e mais recentemente com a Lei da Liberdade Econômica), a tendência é que essa *via crucis* seja substancialmente diminuída. A integração e a simplificação que se propõem com a disposição de um único órgão que congregue todos os serviços necessários para registrar o empresário e registrar/legalizar

a empresa, desde a constituição até a obtenção de todas as autorizações necessárias ao pleno funcionamento, configuram importante passo para a facilitação da abertura de negócios no País.

A formalização da empresa seguida do imediato funcionamento das atividades empresariais é um objetivo que se tornou possível com a Lei nº 11.598/2007. Segundo Tokars (2007, p. 36), todo esse arranjo tem o condão de proporcionar “inequívocos ganhos econômico-sociais”, tornando o registro empresarial verdadeiramente um instrumento para o desenvolvimento econômico.

## **5 A importância jurídico-econômica do registro empresarial: dever de estímulo à criação de empresas e ao empreendedorismo**

O histórico e a análise da disciplina do registro empresarial no Direito Comparado e no Direito brasileiro, especialmente pela Lei nº 8.934/1994 e pelo CC, evidenciam a indispensabilidade desse instituto como ato primeiro à formatação de um empresário ou sociedade empresária para o exercício da atividade econômica.

Em consequência dos efeitos inerentes ao ato registral, não se pode esquecer que a formalização dos negócios traz efeitos diretos sobre a economia no País. Tokars (2007, p. 30) explica essa relação e, do ponto de vista do denominado círculo virtuoso da economia, assevera que

[a] evolução da economia privada (por meio do incremento da atividade empresarial) conduz à geração de empregos, cuja consequência é o pagamento de salários que possibilitam o consumo, o qual, por sua vez, aumenta o faturamento das empresas, cujo desenvolvimento econômico deve, em tese, propiciar a geração de mais empregos, com a elevação do rendimento *per capita* da população. A este fenômeno os economistas designam de “círculo virtuoso”.

O constituinte de 1988 alçou a livre iniciativa ao patamar de fundamento da República (art. 1º, IV, da CRFB) e da própria ordem econômica (art. 170, *caput*, da CRFB), reconhecendo a importância do agente privado para o desenvolvimento nacional, mediante o exercício da atividade empresarial (RIBEIRO; KOBUS; GONÇALVES; VIEIRA, 2011, p. 137). Não parece lógico que o registro empresarial, ato primeiro de formalização da empresa, figure como entrave ou barreira ao desenvolvimento da atividade pelo empreendedor.

Se a atividade empresarial é ferramental disponível para a consecução do desenvolvimento (econômico e social), os mecanismos e estruturas

que viabilizam o seu exercício pelo agente privado devem ser formatados de modo a criar um ambiente favorável e seguro a esse empreendedor e sua empresa. Por certo, é nesse ambiente que o registro empresarial deve incluir-se e dele não pode ser alijado.

Deve-se buscar um ambiente institucional estável quanto às regras aplicáveis ao sistema registral, sob pena de se afastarem empreendedores e investimentos. Como adverte Tokars (2010, p. 174), inúmeras são as oportunidades de negócios desperdiçadas pelo temor dos investidores estrangeiros em ingressar em um país primário sob o aspecto da organização institucional da atividade empresarial. Por essa razão, o autor é categórico ao afirmar que “um registro empresarial ineficiente gera danos à economia de um país, na medida em que representa um obstáculo injustificado ao empreendedorismo” (TOKARS, 2010, p. 173).

Algumas consequências da dificuldade de abrir e até mesmo de fechar empresas são imediatas: a inibição do registro das atividades empresariais, o aumento da informalidade<sup>8</sup>, a banalização da dissolução irregular das empresas constituídas por ser dispendioso demais o seu encerramento, a manutenção formal de empresas embora já não operem há muito tempo. Essas dificuldades seguem na contramão da construção de uma economia sólida e bem estruturada, mantendo justamente o que não se deseja e deve ser eficazmente combatido.

Como de há muito alertado pelo Banco Mundial por meio do relatório *Doing Business* (WORLD BANK, 2019, p. 77), nas localidades onde o sistema de registro empresarial não é regido por boas práticas, o custo para o agente torna-se elevado, especialmente para as micro e pequenas empresas, que, em vez de aplicarem recursos no negócio a ser desenvolvido, fazem-no para obter a regularização da empresa. Nesse cenário de custos elevados, é possível que o efeito direto decorrente seja o incurso na informalidade, em manifesto prejuízo ao ambiente de negócios.

Assim, a criação de um ambiente favorável para a realização de negócios no Brasil também perpassa o sistema de Registros Públicos de Empresas Mercantis, esperando-se que seja simples, integrado e menos burocrático, com regras concisas e de fácil aplicação, com máxima redução de custos de transação. Em outras palavras, eficiente, porquanto facilitar a criação e abertura de empresas significa efetivar o paradigma da Ordem Econômica e Social estatuído pela CRFB: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, tomando por fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

---

<sup>8</sup> Nesse sentido são os apontamentos de Tokars (2007, p. 66): “o excesso de formalidades na constituição de empresas colabora para o alto índice de informalidade em nossa atividade econômica, com evidentes prejuízos à economia brasileira”.

A perspectiva de análise histórica do registro empresarial e de sua construção legislativa ao longo do tempo permite inserir esse instituto no rol de instrumentos promotores de desenvolvimento econômico e resgatar sua relevância jurídico-econômica, que, ao que tudo indica, finalmente foi apreendida pela Administração Pública brasileira.

## 6 Conclusão

A história do registro de comércio evidencia a amplitude do sistema registral e as diversas finalidades que lhe foram atribuídas ao longo dos séculos. No Brasil, o registro empresarial, além de atribuir publicidade e segurança aos atos jurídicos empresariais, é ato obrigatório para empresários e sociedades empresárias e marco constitutivo da aquisição da personalidade jurídica.

Por figurar como ato primeiro na formalização da atividade empresarial, compreender o registro empresarial como mecanismo facilitador implica dar cumprimento ao comando constitucional que consagrou o princípio da livre iniciativa e do sistema de economia de mercado para dar cumprimento aos predicados da Ordem Econômica e Social da CRFB.

Urge superar o hiato entre o registro do empresário e o registro da empresa. A Lei nº 11.598/2007 fixou importantes premissas para a busca de simplificação e integração do sistema registral, assentadas pela promulgação da Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

A formalização da atividade econômica tende a trazer inúmeros benefícios. Espera-se, mais que nunca, que a relevância jurídico-econômica do registro empresarial seja de fato apreendida pelo governo brasileiro como instrumento de promoção do desenvolvimento econômico e social.

### Sobre os autores

Marcia Carla Pereira Ribeiro é doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, e pela Universidade Paris I, Sorbonne, Paris, França; professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da UFPR, Curitiba, PR, Brasil.  
E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

João Paulo Atilio Godri é mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Curitiba, PR, Brasil; professor de Direito Empresarial e Direito Civil da graduação da Faculdade Inspirar e da pós-graduação *lato*

sensu da PUC-PR e do Centro Universitário UniDomBosco, Curitiba, PR, Brasil; advogado, Curitiba, PR, Brasil.  
E-mail: joaopaulo@nga.adv.br

O artigo contou com o apoio da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

## Como citar este artigo

(ABNT)

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GODRI, João Paulo Atilio. Registro empresarial em perspectiva histórica: um olhar sobre o passado para compreender a importância jurídico-econômica do instituto. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 115-132, out./dez. 2020. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p115](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p115)

(APA)

Ribeiro, M. C. P., & Godri, J. P. A. (2020). Registro empresarial em perspectiva histórica: um olhar sobre o passado para compreender a importância jurídico-econômica do instituto. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 115-132. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p115](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p115)

## Referências

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1966]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.637, de 5 de janeiro de 1907*. Crea sindicatos profissionais e sociedades cooperativas. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, [1907]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html>. Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996*. Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1800.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1800.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. [Revogada]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994*. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007*. Estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11598.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11598.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.833, de 4 de junho de 2019*. Dispõe sobre a transferência, da União para o Distrito Federal, da Junta Comercial do Distrito Federal e das atividades de registro público de empresas mercantis e atividades afins no Distrito Federal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019e. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13833.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13833.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios. *Resolução nº 51, de 11 de junho de 2019*. Versa sobre a definição de baixo risco para os fins da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. [Brasília, DF]: MDIC, 2019f. Disponível em: [http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITARIO/SEMPE/DREI/RESOLUCOES\\_CGSIM/Resolucao\\_51\\_2019.pdf](http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITARIO/SEMPE/DREI/RESOLUCOES_CGSIM/Resolucao_51_2019.pdf). Acesso em: 22 jul. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

ENCI, Jiang. Aspectos do desenvolvimento do processo da localização e modernização do direito comercial de Macau. *Administração*, [s. l.], v. 12, n. 45, p. 673-681, 1999. Disponível em: [https://www.safp.gov.mo/safppt/download/WCM\\_004210](https://www.safp.gov.mo/safppt/download/WCM_004210). Acesso em: 22 jul. 2020.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HERRERO PASCUAL, Ana María; MONTOJO MONTOJO, Vicente. El registro mercantil, fuente para la historia económica: la documentación del archivo histórico provincial de Murcia. *Tábulas*, Múrcia, n. 5, p. 233-244, 2002.

IMPERIO DO BRAZIL. *Alvará de 23 de agosto de 1808*. Crêa o Tribunal da Real Junta do Commercio, Agricultura, Fabricas e Navegação. Brasília, DF: Câmara do Deputados, [1808]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/antioresa1824/alvara-40225-23-agosto-1808-572289-publicacaooriginal-95398-pe.html>. Acesso em: 22 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 556, de 25 de junho de 1850*. Código Comercial. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LIM/LIM556.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM556.htm). Acesso em: 22 jul. 2020.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTÍN ACEÑA, Pablo. *La creación de sociedades en Madrid (1830-1848): un análisis del primer registro mercantil*. Madrid: Fundación Empresa Pública, Programa de Historia Económica, 1993.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KOBUS, Renata C.; GONÇALVES, Oksandro O.; VIEIRA, João L. A concorrência no setor de bebidas frias. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JÚNIOR, Weimar Freire da (coord). *Concorrência e tributação no setor de bebidas frias*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 133-184.

SILVA, Américo Luis Martins da. *Registro público da atividade empresarial: registro público das empresas mercantis e atividades afins: registro público da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 5, n. 19, p. 29-66, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. Registro *on-line* de empresários individuais e de sociedades limitadas. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, n. 14, p. 171-186, jul./dez. 2010.

WORLD BANK. *Doing business 2019: training for reform*. 16th ed. Washington, DC: World Bank, 2019. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/30438>. Acesso em: 22 jul. 2020.

# O processo disciplinar estadual e o princípio do devido processo legal

IVAN LUIZ DA SILVA

**Resumo:** O presente texto analisa o processo administrativo disciplinar militar à luz do regime jurídico constitucional e do princípio do devido processo legal. São apontadas as finalidades do processo administrativo disciplinar militar, suas fontes primárias e subsidiárias, bem como suas modalidades. Ressalta-se a necessidade de o processo administrativo disciplinar militar estadual basear-se expressamente em ato normativo próprio do Poder Legislativo.

**Palavras-chave:** Processo administrativo. Processo disciplinar militar. Princípios constitucionais. Princípio do devido processo legal.

## Military disciplinary process and due process

**Abstract:** This text analyzes the military disciplinary administrative process in the light of the constitutional legal regime and the principle of due legal process. The purposes of the military disciplinary administrative process, its primary and subsidiary sources, as well as its modalities are pointed out. It is emphasized the need for the military disciplinary administrative process to be expressly based on a normative act specific to the Legislative Power.

**Keywords:** Administrative process. Military disciplinary process. Constitutional principles. Principle of due process.

## Introdução

Em razão da relevância das forças militares para a segurança e proteção da sociedade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2020]) prevê expressamente as normas que estabelecem

Recebido em 15/6/20  
Aprovado em 28/8/20

a organização e o funcionamento das instituições militares e o regime jurídico a que estão submetidos seus membros.

O regime jurídico constitucional é diferenciado para os militares em razão das especificidades de sua atividade e da sujeição a circunstâncias mais rigorosas que as demais funções públicas. Tanto na graduação de praça quanto no posto de oficial, o exercício de um cargo público militar distingue-se do exercício de um cargo público civil pelo rigor da hierarquia e disciplina sob as quais são organizadas as instituições militares e a que estão submetidos os membros de seus quadros.

Os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina como pilares das instituições e cargos públicos militares atribuem características mais rigorosas e graves ao poder disciplinar aos quais os servidores militares estão sujeitos, a ponto de haver previsão constitucional de sanção de restrição da liberdade do militar que praticar uma transgressão disciplinar.

A Administração Pública militar exercita o poder disciplinar por meio do processo administrativo disciplinar militar, em que se apura a prática da transgressão disciplinar e se define a sanção aplicável ao transgressor.

A despeito do rigor do poder disciplinar militar, reconhece-se que o processo disciplinar militar está sob a égide das balizas constitucionais referentes aos processos em geral, tanto os de natureza judicial quanto administrativa, em especial os princípios constitucionais que informam o sistema processual, entre os quais se destaca o princípio que obriga à observância das normas processuais para a realização hígida do devido processo legal.

Contudo, percebe-se que nem sempre a previsão e a realização do processo disciplinar militar nos estados federados brasileiros se têm baseado em normas jurídicas que constituem lei em sentido estrito, com a observância, portanto, do regime jurídico constitucional e do princípio do devido processo legal.

## **1 Processo administrativo disciplinar: fundamentos e regime jurídico**

Numa acepção ampla, a palavra *processo* significa uma sequência de atos realizados numa sucessão lógica, objetivando alcançar determinado fim (MOREIRA, 2017, p. 42). No âmbito do Direito, o termo refere-se a um conjunto de atos coordenados por meio dos quais o Estado promove a prestação jurisdicional ou administrativa.

Segundo Marques (1966, p. 12-13), “[p]roposta a ação e movimentado o aparelho jurisdicional do Estado, uma série de atos devem

ser praticados para que se julgue a pretensão. Esse conjunto de atos é o processo propriamente dito”.

Embora frequentemente vinculado ao âmbito judicial, o processo é um instrumento da atividade jurídica exercida pelo Estado para promover tanto a prestação de sua função jurisdicional quanto a de Administração Pública<sup>1</sup>.

No entanto, há divergência na doutrina processual sobre o significado e a distinção de conteúdo dos termos *processo* e *procedimento*. No Direito, o *processo* configura uma relação jurídica em que os sujeitos processuais se vinculam e exercitam atos numa sucessão lógica para alcançar um provimento estatal final (judicial ou administrativo). Por sua vez, o termo *procedimento* refere-se ao ritualismo processual, isto é, ao conjunto de praxes ou à sequência dos atos do processo (MOREIRA, 2017, p. 42). O procedimento é, portanto, o modo e a forma como são exercidos os atos processuais.

Especificamente em relação ao processo administrativo, cumpre de início resolver a divergência terminológica relativa à sua denominação: *processo* ou *procedimento administrativo*? *Processo* é o conjunto de atos realizados numa relação jurídica intersubjetiva para se obter a prestação jurídica estatal, ao passo que *procedimento* é o modo de realizar esses atos.

Não há como deixar de empregar a denominação *processo administrativo* para designar o instrumento pelo qual o Estado promove a prestação jurídica como Administração Pública. Assim, *processo administrativo* é o instrumento de que o Estado-Administração se utiliza para exercer a sua função estatal na realização do interesse público.

De acordo com Heuseler (2007, p. 6):

O processo é um mecanismo de garantia, por isso sua noção é essencialmente teleológica, vinculada ao fim de todas as funções estatais, que é o interesse público. Assim, em sentido amplo, abrange os instrumentos de que se utilizam os três poderes do Estado - Judiciário, Legislativo e Executivo - para a consecução de seus fins, conforme ensina DI PIETRO. Cada qual, desempenhando funções diversas, utiliza processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição, sentido este que lhe confere a Teoria Geral do Processo e, por isso mesmo, é o que deve ser levado em conta pelas demais áreas da técnica jurídica.

Assim, é evidente a correção do uso de *processo administrativo* para denominar a relação processual na qual o Estado promove suas funções como Administração Pública. Considere-se ainda que a expressão *processo*

---

<sup>1</sup> Sobre o processo como instrumento por meio do qual o Estado promove tanto a prestação da função jurisdicional quanto a de Administração Pública, ver Moreira (2017, p. 46).

*administrativo* tem sido aceita e difundida na doutrina e na jurisprudência, a ponto de o legislador nacional empregar tal denominação ao tratar da matéria que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal (v.g., Lei nº 9.784/1999 (BRASIL, [2009])). Ademais, a própria CRFB faz referência expressa ao processo administrativo em alguns de seus dispositivos: art. 5º, LV, LXXII, *b*, e art. 41, § 1º, II (BRASIL, [2020]; HEUSELER, 2007, p. 8).

Pode-se conceituar o processo administrativo como um conjunto de atos coordenados e sequenciais por meio dos quais o Estado promove sua função administrativa no seu interesse ou no do administrado. Para Meirelles (2004, p. 658),

[é] o que utiliza a Administração Pública, englobando todos os poderes, para registro de seus atos, controle de conduta de seus agentes e solução de controvérsias do administrado, utilizando-se de diversificados procedimentos que recebem a denominação comum de processo administrativo.

Com efeito, o processo administrativo é o gênero dos processos que a Administração Pública emprega para exercer sua função administrativa e promover o interesse público e que a obriga a exarar as decisões administrativas em conformidade com os princípios e regras constitucionais do Direito Processual (BRAZ, 2009, p. 45). Como uma das espécies do sistema processual nacional, ele tem como fonte primária a CRFB, que conforma todo o ordenamento jurídico nacional, e como fonte secundária a lei em sentido formal (ordinária ou complementar), pois a atuação da Administração Pública se submete estritamente ao princípio da legalidade. Assim, o processo administrativo rege-se por lei específica que lhe dá estrutura e substância processuais.

Por outro lado, há o entendimento doutrinário de que também são fontes do processo administrativo os atos administrativos norma-

tivos (regulamento, portaria, parecer), a jurisprudência, a doutrina e a praxe administrativa<sup>2</sup>. Não obstante, esse entendimento vai de encontro aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, especialmente o da legalidade administrativa e do devido processo legal, uma vez que admite a atuação estatal alheia à previsão legal para esse fim.

Com efeito, em razão dos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública e do sistema processual nacional, é forçoso admitir que a única fonte normativa direta que pode estruturar o processo administrativo é a lei em sentido formal (ordinária ou complementar), uma vez que toda atuação da Administração Pública deve estar jungida à legalidade estrita, principalmente quando afeta a esfera de direitos do administrado.

Deve-se entender o processo administrativo não só como um instrumento de exercício e garantia dos interesses do próprio Estado, como também dos direitos do administrado, na medida em que este pode participar e controlar a realização e a sequência dos atos processuais com vistas a obter um provimento estatal final em conformidade com o Direito (MOREIRA, 2017, p. 73). Assim, o processo administrativo é um instrumento de garantia dos direitos individuais e coletivos, na medida em que inibe a atuação da Administração Pública, permite que ela realize a função administrativa em prol do interesse público (MOREIRA, 2017, p. 73) e que o administrado contribua de forma direta e imediata para a formação da vontade e com a prestação administrativa estatal (MOREIRA, 2017, p. 73). Ele evita a prática de atos administrativos que possam afetar os direitos do administrado sem a observância da imposição constitucional do

<sup>2</sup>Sobre os atos administrativos normativos, a praxe administrativa, a jurisprudência e a doutrina como fontes do processo administrativo, ver Braz (2009, p. 49-53) e Costa (2010, p. 37).

devido processo legal. O Estado Democrático de Direito impõe a realização do processo administrativo, uma vez que a ordem constitucional estatui uma série de garantias aos sujeitos processuais, de modo a possibilitar o controle da prestação estatal administrativa (MOREIRA, 2017, p. 73) e evitar o arbítrio nas relações entre a Administração Pública e o administrado.

Dentre as espécies de processo administrativo destaca-se o *processo administrativo disciplinar*, por meio do qual se estabelece uma relação processual entre a Administração Pública e um servidor público para apurar a ocorrência de infração disciplinar e decidir sobre a eventual sanção aplicável ao infrator. Nesse sentido, Braz (2009, p. 47) assevera:

No processo administrativo disciplinar se estabelece uma lide a ser composta. Ele visa à declaração do indicado (agente público) que não esteja em conformidade com as regras procedimentais estabelecidas pelo Estatuto dos Servidores e leis correlatas. O processo administrativo disciplinar, vinculado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, objetiva afastar o perigo da injustiça, comum nos procedimentos inquisitórios. Ele estabelece a possibilidade de justiça e reprime a injustiça.

Como instrumento de exercício do poder da Administração Pública em relação aos servidores públicos, o processo administrativo disciplinar resolve um conflito entre o Estado e seus agentes: apura se a conduta do agente público está conforme o Direito e faz aplicar a lei sancionatória na hipótese de desvio de conduta.

## **2 Processo administrativo disciplinar militar: fundamentos e regime jurídico**

Para assegurar a realização do interesse público, a Administração Pública detém o poder disciplinar sobre seus agentes públicos, que consiste num poder conferido ao Estado para organizar e manter a conformidade da conduta funcional de seus agentes, podendo aplicar-lhes sanções em razão da prática de uma infração disciplinar. Com efeito, o poder disciplinar tem seu fundamento na necessidade de organizar o serviço público e manter a ordem e a hierarquia no interior da Administração Pública (HEUSELER, 2007, p. 9).

No âmbito da Administração Pública militar, o processo administrativo disciplinar é o instrumento por meio do qual as instituições militares apuram a eventual prática de uma infração disciplinar militar por seus agentes e a sanção aplicável ao transgressor no caso concreto. Com ele se apuram a materialidade e a autoria de uma transgressão disciplinar militar.

Segundo Abreu (2015, p. 194), “[o] processo administrativo disciplinar militar consiste num conjunto de atos praticados de forma sistematizada, de acordo com regras específicas de cada instituição militar, destinado à apuração de ilícito de natureza disciplinar”.

A despeito de suas especificidades, o processo administrativo disciplinar militar pouco se distingue do gênero processo administrativo disciplinar, devendo também ser realizado em conformidade com as garantias processuais constitucionais estatuídas no sistema processual administrativo nacional (BEZERRA, 2011, p. 56). Sobre a finalidade do processo disciplinar militar, observa Rosa (2011, p. 255):

O processo administrativo disciplinar conforme ensina a doutrina tem por objetivo analisar a conduta do militar, federal ou estadual, acusado em tese da prática de uma transgressão disciplinar previamente estabelecida no regulamento disciplinar, que deve ser uma lei elaborada pelo Poder Legislativo, Estadual ou Federal, em atendimento aos princípios estabelecidos no art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, Heuseler (2007, p. 21-22) ensina que o processo disciplinar militar deve alcançar quatro finalidades básicas:

1. concretização da norma jurídica ética por meio da efetividade da sanção jurídica, que ocorre com a aplicação da punição à conduta antiética:

a forma mais excelsa de manifestação da norma jurídica é a aplicação da sanção e, no nosso caso em particular, a aplicação da punição disciplinar, que é a primeira finalidade do processo administrativo disciplinar punitivo, ou seja, ensejar a incidência da sanção que está, como natural, na própria preconização da norma jurídica (HEUSELER, 2007, p. 21).

2. atendimento ao anseio social por justiça, por meio da efetividade da sanção disciplinar ao transgressor militar:

A sanção ou a punição surge exatamente como satisfação que se dá ao corpo social do qual foi emergente aquela norma jurídica. Assim, a segunda finalidade da apuração disciplinar reside exatamente na satisfação que se dá ao jurisdicionado, ao administrado, aquele que é objeto da atividade da Administração (HEUSELER, 2007, p. 22).

3. prevenção de outras transgressões disciplinares: a punição disciplinar definida no processo disciplinar militar deve exercer a função de prevenção de novas transgressões disciplinares do infrator e demais militares (HEUSELER, 2007, p. 22).

4. efeito pedagógico, na medida em que a sanção disciplinar aplicada visa educar e recuperar o transgressor. Vale conferir, *ipsis litteris*:

Deseja-se que com a aplicação da pena se crie naquele que cometeu a lesão e naqueles que ao seu lado gravitam a ideia de que aquela conduta foi inadequada e que ele deve se adequar a um padrão social e que, conseqüentemente, determinado padrão de comportamento deve ser evitado (HEUSELER, 2007, p. 22).

Segundo Heuseler (2007, p. 22), são essas as finalidades que o processo disciplinar militar deve alcançar para resguardar o interesse público das instituições militares, apesar da constrição dos direitos individuais do transgressor disciplinar. A preservação dos interesses da Administração Pública militar e o regular funcionamento das instituições militares justificam a punição do militar transgressor.

Embora o processo disciplinar militar tenha a finalidade de apurar a responsabilidade pela prática de uma transgressão disciplinar, cabe salientar que o objetivo processual não consiste exclusivamente em definir a culpabilidade disciplinar do militar acusado, mas também em facultar-lhe demonstrar sua inocência, exercendo as garantias fundamentais processuais previstas na CRFB em favor dos investigados em geral (BRAZ, 2009, p. 49).

### **3 Processo administrativo disciplinar militar: fontes e aplicação subsidiária dos Códigos processuais nacionais e legislação administrativa civil**

#### **3.1 Fontes do processo disciplinar militar**

A CRFB é a fonte primária do processo disciplinar militar, já que a sua realização está sob a égide dos princípios constitucionais processuais. Por consequência, a lei em sentido formal (ordinária ou complementar) é a fonte direta e adequada constitucionalmente para

regulamentar e estruturar o processo administrativo disciplinar militar, pois toda a atuação da Administração Pública militar está jungida ao princípio da legalidade administrativa, e a regulamentação do processo disciplinar militar, ao princípio do devido processo legal. A previsão e a regulamentação legal do processo disciplinar militar têm como fonte formal imediata a lei em sentido estrito – ou seja, o texto normativo editado pelo Poder Legislativo.

Por outro lado, é insustentável constitucionalmente o entendimento de que são fontes do processo disciplinar militar a lei em sentido lato (os atos administrativos normativos), a jurisprudência, o costume e os princípios gerais do Direito, uma vez que vulneram os princípios da segurança jurídica, da legalidade administrativa e do devido processo legal<sup>3</sup>.

O processo disciplinar militar deve ter a lei em sentido formal e específico como sua fonte direta de previsão e regulamentação legal em razão dos princípios constitucionais da segurança jurídica, legalidade administrativa e do devido processo legal, porquanto sua realização afeta a esfera de direitos fundamentais do militar acusado. Para além disso, repugna à noção de Estado Democrático de Direito a afetação dos direitos do administrado sem que a atuação da Administração Pública esteja pautada estritamente por norma jurídica editada pelo Poder Legislativo.

#### **3.2 Aplicação subsidiária dos códigos processuais nacionais**

O processo disciplinar militar integra o microsistema processual do gênero processo administrativo (especificamente entre as moda-

<sup>3</sup> Sobre o processo disciplinar em geral, ver Braz (2009, p. 49) e Costa (2010, p. 37). Em relação ao Direito disciplinar militar, ver Abreu (2015, p. 31).

lidades do processo administrativo disciplinar), devendo ser previsto e regulamentado por lei específica federal (referente às Forças Armadas) ou estadual (em relação às corporações militares de cada Estado da Federação).

A despeito da estruturação por meio de princípios e regras jurídicas próprias, o processo disciplinar militar não está absolutamente apartado das normas processuais do processo penal ou do processo civil, além de outras leis que regem o processo administrativo dos servidores públicos civis. É comum na lei própria do processo disciplinar militar a previsão da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal ou da lei processual administrativa do serviço público civil (MIKALOVSKI; ALVES, 2009, p. 34; MOREIRA, 2017, p. 80).

### **3.2.1 Simetria e subsidiariedade do Código de Processo Penal Militar (CPPM)**

O exercício do poder disciplinar militar aproxima-se bastante do exercício do *ius puniendi* penal, mas distingue-se dele no grau de severidade e em alguns efeitos da sanção aplicada.

Martins (1996, p. 117) entende que o *ius puniendi* estatal é um só, quando incide como punição penal e quando atua como poder disciplinar, devendo assim ser reconhecida uma unidade entre o processo penal e o processo administrativo disciplinar. Desse modo, para o autor há um princípio de simetria processual, de modo que o processo administrativo disciplinar militar deve ser suplementado pelo processo penal militar, observando-se as peculiaridades de cada ramo processual. Dessa suplementação resultaria uma composição analógica entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal militares com vistas a assegurar as garantias processuais constitucionais decorrentes do princípio do devido processo legal. Embora defenda a simetria entre os processos penal e

administrativo disciplinar, Martins (1996, p. 118) reconhece que essas duas espécies processuais não se confundem e têm características próprias. De fato, é inconteste a simetria processual entre o processo disciplinar militar e o processo penal militar, já que o Estado exerce o poder punitivo de modo semelhante, mas em grau distinto de gravidade. Essas duas espécies de processo punitivo submetem-se aos princípios processuais constitucionais, conquanto as normas processuais penais sejam supletivas e subsidiárias à regulamentação do processo disciplinar militar. Nesse sentido, salienta Assis (2013, p. 387-388):

A aplicação do Código de Processo Penal Militar possui, a toda evidência, um caráter eminentemente supletivo. Nos processos administrativos propriamente ditos, de natureza especial, essa aplicação subsidiária é expressa, tanto no Conselho de Justificação (art. 17) quanto no Conselho de Disciplina.

Mesmo que a lei específica do processo disciplinar militar alhures não preveja expressamente a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal Militar, há que se admitir a subsidiariedade ao processo disciplinar militar por força da simetria processual entre ambas as espécies processuais.

Em síntese, o processo disciplinar militar tem regulamentação em lei específica, mas sua realização admite a aplicação subsidiária ou supletiva do CPPM (BRASIL, [2019a]) em razão de previsão expressa em sua própria lei ou por força do princípio da simetria processual entre o processo penal e o disciplinar militares.

### **3.2.2 Inaplicabilidade do Código de Processo Civil ao processo administrativo disciplinar militar**

É incontroverso que o processo administrativo disciplinar admite aplicação subsidiária das normas dos estatutos processuais nacionais.

Essa subsidiariedade dos diplomas processuais tornou-se ainda mais forte com a edição do novo Código de Processo Civil (CPC), que passou a vigorar em março de 2016. Ele estatui no art. 15 que, na “ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL, [2019b]).

À primeira vista, poder-se-ia concluir que o CPC se aplica a todo processo administrativo para suprir-lhe as lacunas e trazer-lhe novas compreensões. Todavia, a aplicação do CPC exige a compatibilidade entre os processos civil e administrativo no caso concreto. Assim, a aplicação do CPC somente é cabível se as normas processuais forem passíveis de coexistir e de se conciliarem com a regulamentação do processo administrativo em que se pretenda aplicá-lo (MOREIRA, 2017, p. 80-81).

Em razão da simetria e da compatibilidade processual entre os processos penal e disciplinar militares, é forçoso reconhecer a impossibilidade da aplicação subsidiária do CPC aos processos disciplinares militares em geral.

### **3.2.3 Aplicação subsidiária de lei administrativa dos servidores civis**

O processo administrativo militar é regido por lei própria que estabelece sua estrutura e fases processuais. Havendo omissão na lei de regência do processo disciplinar militar, admite-se a aplicação subsidiária de diplomas legais que disciplinam o serviço público e o processo administrativo civis, de modo a integrar a legislação processual disciplinar militar. Assim, defende-se a aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/1999 aos processos disciplinares militares no âmbito das Forças Armadas (ABREU, 2015, p. 194).

Braz (2009, p. 46) defende que a Lei nº 9.784/1999 tem natureza de norma geral

para o processo administrativo, devendo assim aplicar-se subsidiariamente na hipótese de omissão da legislação disciplinar federal, estadual e municipal. No entanto, a aplicação subsidiária da legislação administrativa civil não pode incidir de modo a desconfigurar o regramento especial do processo disciplinar militar a ponto de atribuir-lhe características e/ou fases processuais não previstas na lei de regência própria (ABREU, 2015, p. 195).

Destaque-se que, para Assis (2013, p. 388-396), não se aplica subsidiariamente a Lei nº 9.784/1999 aos processos disciplinares militares, haja vista essa lei regular o processo administrativo de natureza externa, e não o processo administrativo entre a Administração Pública e o servidor público, como o fazem os processos disciplinares.

### **3.3 Processo administrativo disciplinar militar: modalidades**

As modalidades de processo administrativo disciplinar militar dependem de algumas particularidades, tais como a natureza e/ou objetivo da sanção disciplinar, a condição funcional do militar (praça ou oficial) e a sua estabilidade no serviço militar (ABREU, 2015, p. 195-196; BEZERRA, 2011, p. 56).

Assim, o processo disciplinar militar apresenta duas modalidades: o processo administrativo disciplinar militar meramente punitivo e o processo administrativo militar demissório (ABREU, 2015, p. 195-196; BEZERRA, 2011, p. 56).

O primeiro é o instrumento pelo qual a Administração Pública militar apura a prática de uma transgressão militar e a responsabilidade para se aplicar uma sanção disciplinar com finalidades punitiva e educativa. O segundo, por sua vez, é o instrumento processual pelo qual se apura a materialidade e a autoria

de uma transgressão militar grave para se aplicarem as sanções da perda da graduação de praça ou posto e patente de oficial. São três as modalidades: a) Conselho de Justificação: processo para julgar a incapacidade do oficial militar de permanecer na ativa; b) Conselho de Disciplina: processo no qual se julga a incapacidade do praça com estabilidade assegurada de permanecer na ativa; e c) processo disciplinar militar demissório dos praças sem estabilidade: processo disciplinar punitivo no qual se aplica a sanção de licenciamento a bem da disciplina a praça não estável, ou seja, praça com menos de dez anos de serviço ativo militar.

#### **4 Processo administrativo disciplinar militar e os princípios constitucionais processuais**

Conforme já se mencionou, o sistema jurídico processual nacional é regido por princípios jurídicos estatuídos na CRFB e regras jurídicas contidas na legislação infraconstitucional (federal e estadual). Assim, as modalidades processuais (civil, penal e administrativa) têm na CRFB as normas jurídicas fundamentais que orientam o Direito Processual e conduzem a realização de suas espécies.

A CRFB introduziu várias transformações nos processos disciplinares militares por força do seu art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais do cidadão (ROSA, 2011, p. 3). Assim, ao militar acusado em um processo administrativo disciplinar são asseguradas as mesmas garantias processuais dispostas em favor dos acusados em geral no processo judicial. Com efeito, a CRFB assegura ao militar acusado em processo administrativo disciplinar a proteção das garantias processuais previstas para o cidadão acusado em qualquer modalidade de processo (judicial ou administrativo).

A imposição dos princípios constitucionais aos processos disciplinares militares decorre do fato de que as questões disciplinares militares não são tratadas por meio de meros procedimentos administrativos para a aplicação da punição, mas de um processo genuíno, uma vez que a CRFB tratou de modo equiparado o processo administrativo e o processo judicial em face da incidência dos princípios constitucionais processuais. São asseguradas ao acusado as mesmas garantias e os direitos constitucionais em matéria processual, seja num processo judicial, seja num administrativo (ROSA, 2011, p. 5-6).

Portanto, dentre as normas constitucionais regentes do sistema processual, destaca-se o princípio matriz do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV.

## 4.1 O princípio do devido processo legal no Direito Processual brasileiro

O sistema jurídico processual brasileiro subordina-se aos princípios constitucionais em matéria processual, porquanto todos os ramos do Direito nacional devem estar em conformidade com a CRFB.

Dentre as normas constitucionais em matéria processual, destaca-se o princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da CRFB. Esse princípio, cuja denominação tem origem na expressão inglesa *due process of law*, é a norma matriz sobre a qual todos os demais princípios constitucionais se fundamentam, uma vez que se refere à tutela do trinômio vida-liberdade-propriedade. Implica dizer que ele estatui o direito constitucional à proteção desses bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico (NERY JUNIOR, 2017, p. 106-108). Nery Junior (2017, p. 106) defende que bastaria a previsão da cláusula constitucional do *due process of law* para que dela se extraíssem as demais garantias processuais necessárias para os litigantes terem direito a um processo justo.

A norma constitucional do devido processo legal tem sua origem histórica na *Magna Charta* de 1215, do rei João Sem Terra, em cujo art. 39 foi reconhecido o direito a um processo com base na Lei da Terra por meio da expressão *law of the land* (MAGNA..., [1215]). Ainda que inicialmente visasse proteger a nobreza contra o arbítrio do soberano inglês, tal garantia generalizou-se a fim de proteger toda a coletividade contra os excessos do poder público em geral. Apenas em 1354 a expressão *due process of law* passou a ser empregada em substituição à locução *law of the land*, quando da publicação do *Statute of Westminster of Liberties of London* (NERY JUNIOR, 2017, p. 107).

A cláusula do *due process of law* do Direito anglo-saxão rapidamente ingressou na práxis legal das colônias inglesas da América do Norte. Posteriormente, essa norma processual irradiou-se para as Constituições de vários países, especialmente para as Constituições dos Estados federados norte-americanos (NERY JUNIOR, 2017, p. 107).

No Direito brasileiro, a CRFB consagra a cláusula do *due process of law* de forma clara e explícita nos termos do art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, [2020]). Assim, a CRFB estabeleceu expressamente a norma fundamental que assegura os direitos e as garantias processuais em todos os processos judiciais ou administrativos. Da cláusula do devido processo legal decorrem várias garantias processuais em matéria processual inseridas no art. 5º da CRFB (NERY JUNIOR, 2017, p. 106).

A aplicação do princípio do devido processo legal caracteriza-se de modo bipartite: o *substantive due process* e o *procedural due process*. O

primeiro desdobramento constitui a incidência dessa norma constitucional em uma acepção substancial ou material, ou seja, aplica-se como critério de controle do direito material e do conteúdo dos atos da Administração Pública; em contrapartida, o *procedural due process* configura a tutela dos direitos fundamentais do administrado por meio das garantias processuais no processo judicial ou administrativo (NERY JUNIOR, 2017, p. 110).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é consolidada no sentido de que a CRFB consagrou esses dois aspectos do devido processo legal no Direito brasileiro. Assim, a baliza constitucional do *due process of law* é mais que uma garantia de natureza processual, já que tem sido também empregada como um instrumento de controle do conteúdo dos atos legislativos e administrativos do Estado brasileiro (NERY JUNIOR, 2017, p. 110-114).

Sobre os aspectos de aplicação dessa garantia processual compreendidos no enunciado da cláusula do *due process of law*, é relevante o entendimento de Moreira (2017, p. 332), para quem essa norma constitucional contém três instrumentos de controle da forma e do conteúdo dos atos administrativos e legislativos encartados na previsão positiva do princípio do devido processo legal, identificados com base na ênfase em cada um dos vocábulos de sua redação.

#### **4.1.1 Primeiro instrumento de controle: o devido processo legal**

Esse aspecto do *due process of law* enfatiza a exigência constitucional de existência prévia de um processo para a realização de um ato estatal que possa afetar os direitos fundamentais do administrado. Assim, para a legitimidade de um ato restritivo dos direitos fundamentais do administrado, exige-se a prévia realização do devido processo (MOREIRA, 2017, p. 332-337).

#### **4.1.2 Segundo instrumento de controle: o devido processo legal**

O devido processo é realizado em conformidade com as balizas da ordem constitucional. O processo é considerado adequado quando sua realização observa e respeita os direitos e garantias processuais e materiais do administrado com vistas a assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana (MOREIRA, 2017, p. 337-339).

#### **4.1.3 Terceiro instrumento de controle: o devido processo legal**

O terceiro aspecto da garantia do *due process of law* é a qualificação *legal* conferida ao devido processo. O processo é considerado *legal* quando sua estrutura processual está prevista em ato normativo próprio do Poder Legislativo – isto é, em lei em sentido estrito –, uma vez que um ato de restrição aos direitos fundamentais do administrado exige a sua realização com base numa norma legal produzida pelos representantes legislativos do povo (MOREIRA, 2017, p. 339). Esse aspecto do *due process of law* é um desdobramento do princípio da legalidade (previsto no art. 5º, II, da CRFB) e impõe ao Estado a prévia definição legal das modalidades processuais empregadas para restringir os direitos fundamentais do administrado (MOREIRA, 2017, p. 339).

Com efeito, não é considerada *legal*, nos termos do *due process of law*, a previsão da espécie processual exclusivamente por meio de ato administrativo da Administração Pública (decreto, portaria etc.), uma vez que somente a lei em sentido estrito pode estabelecer a forma e o modo de realização de um ato restritivo dos direitos fundamentais do administrado (MOREIRA, 2017, p. 339).

Apesar de ter surgido como garantia vinculada ao processo penal, a cláusula do *due process of law* estendeu-se também ao processo civil, e

mais recentemente ao processo administrativo, já que a CRFB estabeleceu os mesmos princípios para ambos. Os três aspectos de controle encartados no enunciado da cláusula do *due process of law* e decorrentes dos seus desdobramentos – *substantive due process* e *procedural due process* – incidem no âmbito do processo administrativo para impor ao Estado a obrigação de realizar previamente o processo devido com a observância dos direitos e garantias materiais e processuais do administrado, com base na modalidade processual prevista em norma legal editada pelo Poder Legislativo.

A garantia dos três aspectos do *due process of law* é mais premente quando se trata de processo administrativo disciplinar, uma vez que pode resultar na aplicação de uma sanção disciplinar ao administrado.

## **4.2 Processo administrativo disciplinar militar à luz do princípio do devido processo legal**

A Administração Pública militar está sujeita aos princípios constitucionais estatuídos no art. 37 da CRFB. Assim, o administrador público militar no exercício de suas funções, especialmente a disciplinar, deve pautar a sua atuação por essas normas constitucionais para a validade do ato administrativo.

A CRFB estabeleceu que incidem sobre o processo administrativo os mesmos princípios e garantias processuais previstos para o processo judicial em geral. Com efeito, a CRFB submete destacadamente o processo administrativo à égide do princípio do devido processo legal com o objetivo de evitar o arbítrio estatal nas relações entre a Administração Pública e o administrado, sobretudo quando se tratar de processo administrativo disciplinar.

No decorrer do tempo, a doutrina e a jurisprudência modificaram e ampliaram o sentido

do princípio do devido processo legal, atribuindo uma interpretação mais extensiva aos conceitos de *procedural due process* e *substantive due process*. O primeiro trata do devido processo legal como garantia puramente processual, segundo a qual não se permite que qualquer decisão que envolva bens jurídicos dos indivíduos provenha de um processo que não seja regido por regras claras, permissivas do exercício do sagrado direito à defesa. O segundo, por sua vez, trata da noção de limitação do poder governamental (NERY JUNIOR, 2017, p. 110).

Na acepção de *procedural due process*, a cláusula constitucional do devido processo legal é uma norma que exige um conjunto de regras processuais para fins do exercício do poder punitivo estatal, de modo a possibilitar a atuação efetiva da parte acusada na persecução, seja ela administrativa ou judicial. Assim, o princípio do devido processo legal impõe a existência de norma legal que discipline o processo administrativo que autorizará o Estado a exercer o seu poder punitivo disciplinar.

No âmbito do direito disciplinar militar, as transgressões devem ser punidas independentemente do posto ou da graduação, mas o acusado tem direito de ser submetido ao devido processo legal, e as regras devem ser expressas e claras para que possa exercer efetivamente o seu direito de defesa e fazer uso das garantias constitucionais processuais.

A exemplo da exigência de previsão legal das transgressões disciplinares, o processo disciplinar militar deve ser estabelecido e regulamentado por ato normativo próprio do Poder Legislativo, de modo a atender ao disposto pelo princípio constitucional do devido processo legal, do qual decorre a exigência de previsão e a regulamentação do processo disciplinar militar com vistas a evitar o arbítrio da Administração Pública militar no exercício do seu poder disciplinar.

## Conclusão

Na CRFB há vários dispositivos que disciplinam as forças militares e regem o exercício de suas atribuições constitucionais e legais. A atuação militar é exercida em condições adversas de periculosidade e penosidade, razão por que exige um regime jurídico especial.

A hierarquia e a disciplina são princípios fundamentais para a organização e o funcionamento de uma unidade militar, visando conciliar os interesses da instituição com a proteção dos direitos dos que a ela se submetem.

Assim, nos arts. 142 (referindo-se às Forças Armadas) e 42 (em relação aos militares estaduais), a CRFB estabelece que as corporações militares são organizadas com base na hierarquia e na disciplina, fundamentos das instituições militares. Os militares estaduais, assim como os integrantes das Forças Armadas, estão sujeitos a inúmeros deveres e obrigações decorrentes da ética e do valores militares.

No âmbito exclusivamente administrativo, a violação de uma norma do regulamento disciplinar praticada pelo militar constitui a denominada transgressão disciplinar militar, conduta que viola as obrigações e deveres militares impostos pelos princípios de hierarquia e disciplina, e que, por consequência, sujeita a punição administrativa o militar que a tenha praticado. As modalidades de sanção disciplinar estão cominadas nos regulamentos disciplinares de cada corporação militar.

Na Administração Pública militar, o processo administrativo disciplinar militar é o instrumento por meio do qual as instituições militares apuram a eventual prática de uma infração disciplinar militar por seus agentes públicos e a eventual sanção aplicável ao transgressor no caso concreto. Em outras palavras, no processo administrativo apuram-se a materialidade e a autoria de uma transgressão disciplinar militar.

Em que pese o processo disciplinar militar ter a finalidade de definir a responsabilidade pela prática de uma transgressão disciplinar, o objetivo processual não é exclusivamente definir a culpabilidade disciplinar do militar acusado, mas também facultar-lhe demonstrar sua inocência, exercendo as garantias fundamentais processuais previstas na CRFB em favor dos investigados em geral (BRAZ, 2009, p. 49). Com efeito, a CRFB reconhece ao militar acusado em processo administrativo disciplinar a proteção das garantias processuais previstas para o cidadão acusado em qualquer modalidade de processo (judicial ou administrativo).

Dentre as normas constitucionais que regem o sistema processual nacional, destaca-se o denominado princípio do devido processo legal, previsto expressamente no art. 5º, LIV, da CRFB. Tal princípio impõe-se ao processo administrativo para evitar o arbítrio estatal nas relações entre a Administração Pública e o administrado, sobretudo quando se tratar de processo administrativo disciplinar.

No decorrer do tempo, com a formulação dos conceitos de *procedural due process* e *substantive due process*, o princípio do devido processo legal recebeu uma interpretação mais extensiva. O primeiro trata do devido processo legal como garantia puramente processual, segundo a qual não se permite que decisão alguma que envolva os bens jurídicos dos indivíduos provenha de um processo que não seja rígido, esteado por regras claras e permissivas do exercício do fundamental direito à defesa, ao passo que o segundo trata da noção de limitação do poder governamental.

Na acepção de *procedural due process*, a cláusula constitucional do devido processo legal (*due process of law*) é uma norma que exige um conjunto de regras processuais para fins do exercício do poder punitivo estatal, possibilitando a atuação efetiva da parte acusada na persecução, tanto administrativa quanto judicial.

O princípio do devido processo legal impõe norma legal a disciplinar o processo administrativo que autorize o Estado a exercer o seu poder punitivo disciplinar. Desse modo, é inconcebível o exercício das garantias constitucionais e o atendimento do devido processo legal sem que exista expressamente norma legal a prever os atos e as fases processuais que serão realizados no decorrer do processo disciplinar militar nos estados federados brasileiros.

Assim, a inexistência de normas legais em sentido próprio, que versem sobre o andamento do processo administrativo disciplinar militar punitivo, caracteriza-se como evidente ofensa ao devido processo legal e demais princípios constitucionais processuais.

## Sobre o autor

Ivan Luiz da Silva é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; pós-graduado em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito, São Paulo, SP, Brasil; procurador do Estado de Alagoas, Maceió, AL, Brasil; advogado.  
E-mail: [ivanluiz.silva@pge.al.gov.br](mailto:ivanluiz.silva@pge.al.gov.br)

## Como citar este artigo

(ABNT)

SILVA, Ivan Luiz da. O processo disciplinar estadual e o princípio do devido processo legal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 133-148, out./dez. 2020. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p133](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p133)

(APA)

Silva, I. L. da (2020). O processo disciplinar estadual e o princípio do devido processo legal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 133-148. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p133](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p133)

## Referências

- ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Manual de direito disciplinar militar*. Curitiba: Juruá, 2015.
- ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.
- BEZERRA, Francisco Roosevelt Marques. *Direito disciplinar militar: legislação, doutrina, jurisprudência e prática*. Fortaleza: Gráfica Canindé, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm). Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 4 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 4 set. 2020.

BRAZ, Petrônio. *Processo administrativo disciplinar*. Campinas: Servanda, 2009.

COSTA, José Armando da. *Processo administrativo disciplinar: teoria e prática*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HEUSELER, Elbert da Cruz. *Processo administrativo disciplinar militar à luz dos princípios constitucionais e da Lei n. 9.784 de 1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAGNA Carta: (Magna Charta Libertatum). [S. l.: s. n., 1215]. Disponível em: [http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGUÊS.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGUÊS.pdf). Acesso em: 24 jun. 2020.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 1.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade: doutrina, prática, legislação*. São Paulo: LED, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIKALOVSKI, Algacir; ALVES, Robson. *Manual de processos administrativos disciplinares militares*. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5. ed. atual., rev. e aum., de acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito administrativo militar: teoria e prática*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

# A sociedade em rede e o Estado democrático na modernidade líquida

ELIAS JACOB DE MENEZES NETO

**Resumo:** Este artigo analisa as alterações no Estado decorrentes da modernidade líquida e da sociedade em rede. É necessário discutir o contexto estrutural da democracia constitucional, uma vez que mudanças na percepção do mundo modificam as relações entre os indivíduos e destes últimos com o Estado. Parte-se das premissas teóricas de Zygmunt Bauman, Manuel Castells e Saskia Sassen para chegar à conclusão de que a estrutura rígida do Estado é incompatível com o movimento contínuo dos fluxos de dados mundiais. A metodologia tem objetivo exploratório, já que desenvolve e esclarece ideias, e natureza de pesquisa básica, ao discutir o problema de modo analítico e criar uma base para sua teorização. Como procedimento técnico, o trabalho utiliza a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Estado. Democracia constitucional. Modernidade líquida. Vigilância.

## The network society and the democratic existence of state on modern liquidity

**Abstract:** This paper analyzes relevant changes to the state existence derived both from liquid modernity as the network society. The fluidity of the modern world changes the perception of the world and modifies interactions between individuals and, in this case, between them and the state. Then here it underlines the need to discuss the structural context of constitutional democracy. Based on the work of Zygmunt Bauman, Manuel Castells and Saskia Sassen, we argue that a rigid state structure is incompatible with continuous movement of the world's data flows. The adopted methodology was basic research, since it discusses the problem in an analytical method creating an exploratory validity for its theoretical. It is also an exploratory research since it tries to develop and clarify key ideas by using bibliographic research.

Recebido em 28/4/20  
Aprovado em 1/6/20

**Keywords:** State. Constitutional democracy. Liquidity modernity. Surveillance.

## Introdução

O tema do bem comum ou da vontade comum é amplamente debatido desde as reflexões de Aristóteles sobre a justiça e ganha ainda mais importância nos contextos de crises democráticas, quando se interpela o que corresponde ao desejo da maioria dos cidadãos como direção primeira a que o Estado deve adequar-se.

Com o sistema democrático, a expressão do desejo de uma massa de cidadãos ganha nitidez e relevância. Entretanto, muito mais do que apenas ao bem comum, a democracia empresta força e destaque a questões como as dos direitos fundamentais, da soberania estatal e popular, do poder público e da justiça, apenas para citar alguns dos focos privilegiados pela perspectiva de primazia do povo.

Essa breve referência a algumas abordagens democráticas permite perceber a intrínseca relação entre a existência do Estado e o sistema político que molda o contexto nacional. Assim como a democracia, o Estado passou a existir e estruturou-se baseado no corpo sólido de uma sociedade de movimentos rígidos. Todavia, como o ente estatal democrático continua a existir no contexto de fluidez das relações que o envolvem na modernidade líquida?

Com base nessa indagação será desenvolvida a reflexão sobre as transformações decorrentes das moldagens do contexto dinamicamente fluido de todos os aspectos sociais e suas implicações para o Estado Democrático de Direito. Em razão do destacado papel do Estado na sociedade, é essencial analisar sua estrutura. Assim, além de abordar o tema já recorrente do dinamismo e da fluidez da sociedade moderna, é fundamental analisar suas condições de existência e relevância no contexto da modernidade líquida.

Merece destaque a perspectiva sob a qual o mundo da última modernidade se configura e a ideia que conforma este trabalho: *surveillance*. A opção pelo termo em seu código linguístico original comunica a incapacidade de alcance semântico da tradução: *surveillance* não cabe na sua quase referente “vigilância”, porque abarca um contexto muito mais amplo que o controle hierárquico de uma maioria por uma minoria detentora de poder e de instrumentos adequados para manter sua posição. Apesar de coerente com algumas situações ainda presentes no mundo

contemporâneo, diferentemente da *surveillance*, a perspectiva alcançada pela vigilância não corresponde mais à realidade estendida a todos os poros sociais.

Em poucas palavras, a *surveillance* pode ser considerada o complexo processo de uso, coleta, processamento e manipulação dos dados mundiais cujo alvo não são pessoas ou grupos específicos, mas uma quantidade de indivíduos tão extensa quanto a de usuários da rede mundial de computadores. Diz respeito, portanto, ao tratamento desconcentrado e descentralizado de informações mundiais.

Apenas com essa breve diferenciação conceitual já é possível notar a mudança estrutural do caráter estático da vigilância para o extenso alcance do fenômeno da *surveillance*. Uma vez que as alterações da modernidade tradicional, sólida, para a sociedade moderna em rede, líquida, abarcam toda a realidade social, é natural que o Estado também passe por transformações.

Para o desenvolvimento do tema, na primeira seção explora-se o conceito de modernidade líquida, com o objetivo de introduzir as estruturas marcantes da sociedade sólida e do mundo líquido, como as relações de espaço-tempo, espaço-espaço e as relações de poder. Na segunda, focaliza-se o Estado nesse contexto, com destaque para aspectos como a incompatibilidade entre a rigidez estatal e a ausência de limites da globalização, a capacidade de regulação estatal sobre as novas tecnologias, e o rearranjo das estruturas de poder.

Na terceira seção são inseridas no diálogo as configurações e transformações que acompanham a morfologia da sociedade em rede: aspectos das relações sociais, do controle governamental e da democracia. Na seção seguinte, analisa-se como o Estado é afetado pela morfologia em rede. Sob o argumento de que “nem todas as questões de poder são questões de Estado”, são postas em análise a soberania

estatal indivisível, a desnacionalização e a desestatização da informação.

Neste trabalho foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica em autores como Zygmunt Bauman, com seu conceito de modernidade líquida; Manuel Castells e a sociedade em rede; e Saskia Sassen, com suas análises sobre o processo de globalização. Empregou-se o método dedutivo, uma vez que se partiu da análise estrutural de um contexto – a sociedade moderna, líquida e em rede – para o estudo de um de seus elementos fundamentais, o Estado. O objetivo exploratório denota a intenção de ampliar a discussão sobre a morfologia líquida das relações sociais para a perspectiva de existência do Estado.

## 1 A modernidade líquida

Bauman (2001, p. 8) justifica a metáfora “modernidade líquida” como a mais adequada para o mundo atual, pois, distintamente da rigidez dos sólidos, a fluidez dos líquidos confere-lhes a habilidade de suprimir o tempo e ignorar com facilidade o espaço. Esse é um traço fundamental daquilo que Bauman chama de “modernidade líquida”. Na perspectiva deste trabalho, a tecnologia da informação, mais do que mera ferramenta facilitadora da referida liquidez, é uma de suas pedras angulares.

Na metáfora de Bauman, a modernidade “tradicional” (com começo após a Idade Média e fim nos dias atuais) pode ser chamada de modernidade “pesada”, “era do *hardware*” ou, em termos weberianos, era da racionalidade instrumental. Trata-se de uma modernidade cujo valor fundamental era o maior tamanho ou volume, isto é, a lógica do “quanto maior, melhor”. Foi a era das máquinas grandes e potentes, dos muros divisores e da busca incessante pela conquista do território. “A modernidade

pesada”, diz Bauman (2001, p. 132), “foi a era da conquista territorial. A riqueza e o poder estavam firmemente enraizados ou depositados dentro da terra – volumosos, fortes e inamovíveis como os leitos de minério de ferro e de carvão”.

O ponto elementar nessa compreensão é a nova percepção do espaço e do tempo. Um corpo líquido não se fixa no espaço nem mantém sua forma com o passar do tempo. Os líquidos ocupam espaços com mais facilidade (são deformáveis), mas essa ocupação dura tão somente o tempo necessário até que haja uma modificação das forças que atuam sobre aquele objeto. Nas palavras de Bauman (2001, p. 8),

enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. [...] Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro.

Como resultado, os traços “maior” e “mais forte” deixam de ser os mais desejados no mundo atual. Se no passado as relações de dominação ocorriam entre o maior e o menor, hoje elas se dão entre o mais rápido e o mais lento. “Dominam os que são capazes de acelerar além da velocidade de seus opositores”, diz Bauman (2001, p. 215).

O poder, na modernidade sólida, estava associado ao tamanho do *hardware* e, como tal, tendia a ser lento e de baixa mobilidade. O seu crescimento não estava associado à capacidade de mudar de lugar, mas de aumentar de tamanho, o que retroalimentava esse ciclo de lentidão e expansão. A centralização em uma estrutura física era importante em todos os contextos: na fábrica, no hospital, nas prisões. Nesses locais, “a lógica do poder e a lógica do controle estavam fundadas na estrita separação entre o ‘dentro’ e o ‘fora’ e em uma vigilante defesa da fronteira entre eles” (BAUMAN, 2001, p. 133).

Na modernidade sólida, o tempo devia ser métrico; na modernidade líquida, simultaneamente flexível e rígido: flexível na busca de conquistar cada vez mais espaços no menor intervalo de tempo; rígido para, uma vez conquistado o espaço, dividir uniformemente o tempo, “domá-lo”, neutralizando seu dinamismo. Desse modo, o tempo “domesticado” passava a ser essencial para a colonização do espaço. Basta lembrar, por exemplo, o modelo fordista de produção: uma grande fábrica onde ocorre toda a montagem do veículo, com atividades laborativas espe-

cíficas, bem segmentadas e inflexíveis. Uma linha de montagem exclusiva para a produção de determinado item, sem flexibilidade sequer para a mudança de cor do produto final – daí a clássica afirmação de Henry Ford de que “os clientes podem ter o carro pintado de qualquer cor que eles quiserem, desde que seja preta” (FORD; CROWTHER, 1922, p. 72)<sup>1</sup>.

Diametralmente oposto é o que ocorre na modernidade leve, líquida ou, em contraste com a nomenclatura do período anterior, na era do *software*. Nesse contexto, modifica-se a percepção do mundo, que passa a ser apreendido como ambivalente, mutável e rápido, ou seja, não há lugar para a rigidez das estruturas sólidas e duráveis:

a mudança em questão é a nova irrelevância do espaço, disfarçada de aniquilação do tempo. No universo de *software* da viagem à velocidade da luz, o espaço pode ser atravessado, literalmente, em “tempo nenhum”; cancela-se a diferença entre “longe” e “aqui”. O espaço não impõe mais limites à ação e seus efeitos, e conta pouco, ou nem conta. Perdeu seu “valor estratégico”, diriam os especialistas militares (BAUMAN, 2001, p. 136).

A capacidade de alcançar qualquer espaço instantaneamente acaba por destituir de valor o lugar físico e tornar irrelevantes as referências ao tempo. Ao contrário do que ocorria na era do *hardware*, o tempo não necessita ser dividido para aumentar a eficácia na busca de um determinado objetivo: o tempo tende ao infinito.

Além da relação espaço-tempo, a relação entre espaços também passa a ser severamente modificada, visto que qualquer espaço pode ser alcançado num intervalo de tempo desprezível. Deixa de fazer sentido pensar na relação centro-periferia: afinal, nenhuma parte do es-

paço é privilegiada pelo rápido acesso; todas são acessíveis instantaneamente. Portanto, torna-se irrelevante a busca pela conservação e controle dos espaços, devendo os recursos existentes ser gastos no controle dos fluxos, independentemente dos espaços onde ocorram. O tempo tende a tornar-se adimensional, ao contrário da sua unidade física no sistema métrico.

O acesso à instantaneidade passa a ser o grande diferenciador entre quem detém poder e quem é desprovido dele. Na modernidade sólida os poderosos e os servos permaneciam juntos dentro da mesma prisão, ao passo que na modernidade líquida somente os mais fracos encontram dificuldade na mobilidade. Para os fins desta pesquisa, essa mudança tem efeitos até mesmo na concepção de “vigilância”, uma vez que a modernidade líquida torna desnecessária a existência de estruturas como o panóptico, porque o controle dos lugares deixa de ser o objetivo do poder, agora concentrado no controle dos fluxos.

Além de extremamente flexível e mutável, o poder na modernidade líquida se desvincula de um território. Não mais preso às tradicionais estruturas do seu exercício, ele passa a movimentar-se junto aos fluxos que ele mesmo controla. Sem um local de onde emana, o poder atinge a onipresença e a onisciência típicas das divindades.

Os efeitos da modernidade líquida são tratados por Bauman (2001, p. 212) como um romance entre Estado e nação. Para o autor, esse antigo romance está chegando a um fim que não é “divórcio”, mas opção por uma forma de “relacionamento aberto”, em que o “viver juntos” não requer a lealdade incondicional. Nessa nova fase do romance, Estado e nação estão livres para buscar novas alianças, já que a relação entre eles não é mais baseada no padrão obrigatório e exclusivo. Por isso, é essencial estudar o papel do Estado no contexto da modernidade líquida.

<sup>1</sup> No original: “Any customer can have a car painted any colour that he wants so long as it is black”.

## 2 O Estado na modernidade líquida

Uma vez que a modernidade líquida passa a valorizar mais o mutável e veloz em detrimento do estático e lento, as estruturas tradicionais do Estado, obrigatoriamente vinculadas a um território, tornam-se uma desvantagem. Por essa razão, o Estado perde a função de provedor de certezas, seguranças e garantias, especialmente diante do surgimento dos novos poderes globais, capazes de retribuir, rápida e impiedosamente, a violação do “novo estatuto global” (BAUMAN, 2001, p. 212), já que dotados de extraterritorialidade e extrema velocidade de resposta no caso de serem contrariados.

Nesse sentido, o Estado não pode abster-se de participar do jogo das regras globais, sob pena de ser punido por esses novos poderes. As sanções geralmente vêm na forma de restrições econômicas – como o rebaixamento da nota dada pelas empresas internacionais de classificação de risco soberano de crédito – ou de acesso aos padrões de uso da tecnologia – como os protocolos de comunicação e especificações técnicas impostos por grandes organizações (a IEEE-SA<sup>2</sup>) ou pelos Estados Unidos da América (EUA).

Merece atenção a análise de Sassen (c2006) a respeito das *assemblages* na era global digital e dos reflexos das tecnologias da informação no Estado. Embora reconheça as transformações de paradigma que envolvem as novas dinâmicas institucionais da globalização, Sassen não trabalha com a perspectiva comum de “vitimização” do Estado, uma vez que ele continua sendo o lugar privilegiado de formação jurídico-institucional.

A fase atual da modernidade líquida não significa o fim do Estado, mas a importante imbricação entre a pluralidade de instituições globais desnacionalizadas e o próprio Estado, já que aquelas instituições geralmente são operacionalizadas quando adentram a estrutura estatal. Nesse sentido, é possível afirmar que

as maiores transições que iniciam os novos arranjos [...] podem depender das múltiplas capacidades da ordem anterior. Essa “dependência” não é necessariamente fácil de reconhecer, uma vez que as novas lógicas organizacionais podem e irão tender a alterar a valência de uma determinada capacidade. [...] algumas das antigas capacidades são essenciais para a constituição crítica da nova ordem, mas isso não significa que

---

<sup>2</sup> Sigla para o Institute of Electrical and Electronics Engineers Standards Association, entidade responsável pela elaboração de padrões mundiais para uma ampla gama de indústrias, em especial nas áreas de geração de energia, saúde, tecnologia da informação, robótica, telecomunicação, transporte, nanotecnologia, entre outras. Ao contrário de outros grupos elaboradores de padrões (como a International Organization for Standardization (ISO), a International Electrotechnical Commission (IEC) e a International Telecommunication Union (ITU)), o IEEE-SA não está ligado oficialmente a nenhum Estado-nação.

suas valências sejam as mesmas; os sistemas relacionais ou as lógicas organizacionais dentro das quais elas adquirem funcionalidade podem ser radicalmente diferentes. O ponto crítico é a intermediação que as capacidades produzem entre a nova ordem e a antiga; enquanto elas mudam de caminho, tornam-se partes constitutivas e, simultaneamente, podem disfarçar essa mudança vestindo as mesmas roupas de sempre (SASSEN, 2006, p. 8, tradução nossa).<sup>3</sup>

De certa forma, Bauman também trabalha com a ideia de não incompatibilidade entre Estado e modernidade líquida, já que seria contra o interesse das forças globalizadoras. Em vez de serem opostos, “a fragmentação política e a globalização econômica são aliados íntimos e conspiradores afinados. A integração e a divisão, a globalização e a territorialização são processos mutuamente complementares” (BAUMAN, 1999, p. 77).

Quando se fala das tecnologias da informação e do seu impacto nas estruturas estatais, um dos pontos centrais é o questionamento da capacidade regulatória dos modelos de Estado e democracia vigentes sobre essas tecnologias. Elas desestabilizam as estruturas hierárquicas formais, que passam a ser substituídas por novas estruturas ainda não formalizadas e apropriadas por poderes privados imunes aos influxos democráticos (MORAIS; MENEZES NETO, 2014).

Do ponto de vista da *surveillance*, isso significa que, embora essas práticas escapem frequentemente da regulação estatal – especialmente quando envolvem a iniciativa privada ou os segredos de Estado –, elas não estão imunes ao controle; muito pelo contrário, submetem-se à regulamentação dos detentores das tecnologias – ainda que sejam Estados, como é o caso dos EUA. Tal situação é problemática, pois impossibilita a análise pública da *surveillance* até mesmo quando ela é utilizada pelo Estado, como ficou claro no caso de Edward Snowden (MORAIS; MENEZES NETO, 2014).

Assim, ao analisar as transformações do Estado na modernidade líquida, é equivocado utilizar categorias desenvolvidas em outros contextos espaço-temporais, ou seja, é preciso “olhar o novo como novo”. Isso reforça a necessidade de entender a capacidade que as novas tecnologias da informação têm para liquefazer aquilo que comumente não era líquido, de atribuir “hipermobilidade” ao que é físico.

A perda de diversos componentes da autoridade formal do Estado não significa o desaparecimento das antigas estruturas de poder, mas o seu

---

<sup>3</sup>No original: “major transitions ushering novel arrangements [...] might depend on multiple capabilities of the older order. This ‘dependence’ is not necessarily easy to recognize, as the new organizing logic can and will tend to alter the valence of a given capability [...] some of the old capabilities are critical in the constituting of the new order, but that does not mean that their valence is the same; the relational systems or organizing logics within which they then come to function may be radically different. The critical issue is the intermediation that capabilities produce between the old and the new orders: as they jump tracks they are in part constitutive and at the same time can veil the switch by wearing some of the same old clothes.”

rearranjo. É por esse motivo que Sassen (c2006, p. 346, tradução nossa) afirma que

as teorias existentes não são suficientes para mapear a atual multiplicação de atores não estatais e formas transfronteiriças de cooperação e conflito, como no caso das redes globais de negócios, ONGs, cidades globais, esferas públicas transfronteiriças e os novos cosmopolitismos.<sup>4</sup>

Como consequência é possível afirmar que o Direito Internacional – comumente mencionado como possível solução para os problemas desterritorializados das novas tecnologias da informação – também é insuficiente. A causa disso é que suas categorias foram pensadas para relações interestatais, cujos sujeitos são exclusivamente Estados nacionais, e ignoram o fato de que atualmente os atores globais de grande relevância não são necessariamente Estados; portanto, não obedecem à lógica do *jus cogens*.

A soberania estatal – entendida como a capacidade para centralizar e legitimar o poder e o Direito em determinado território – torna-se instável, uma vez que as manifestações de poder nos territórios deixam de ser mutuamente excludentes. Por essa razão, ainda que o Estado permaneça importante no cenário interno e externo, diversos poderes – associados ou não a determinados territórios – ganham cada vez mais espaço no cenário atual.

De maneira similar, Morais (2011) ressalta que o modelo atual de Estado não consegue lidar com as perplexidades oriundas da multipolarização do mundo globalizado. As categorias tradicionais da teoria do Estado associadas às estruturas de poder também são fragilizadas

pela descentralização e concorrência de poderes diversos, tornando-se insuficientes para caracterizar o fenômeno estatal no mundo globalizado.

O cenário atual requer a superação do modelo “fechado” de Estado e o reconhecimento das inevitáveis transformações associadas à pulverização do poder. Conquanto possibilite o deslocamento do poder em direção a outros *loci*, essa pulverização não exclui o poder público, pois, “embora fragmentado e fragilizado [...] este foi redefinido, mas não abolido” (MORAIS, 2011, p. 35).

Por meio de um raciocínio similar ao que Morais usa para tratar do problema ambiental, é possível afirmar que a compreensão jurídica do fenômeno dos fluxos globais de dados não pode ignorar as transformações do Estado no mundo globalizado, visto que elas ultrapassam a lógica do modelo de Direito da modernidade sólida, submetido à territorialidade estatal.

Mais que meramente relacionadas, as novas tecnologias da informação reestruturam a visibilidade, a territorialidade e a temporalidade. Se isso tem consequências para a diferenciação aqui proposta entre “vigilância” e “*surveillance*”, é provável que também tenha para o que se entende como Estado.

Parece claro que não se está presenciando o fim do Estado. Ele ainda é importante. As legislações sobre proteção de dados<sup>5</sup>, exemplos do Direito desse Estado, ainda são importantes. Contudo, existem problemas que não podem ser resolvidos por essas vias tradicionais. O papel do profissional do Direito é reconhecê-los, distanciando-se do discurso “fetichizado” da lei que ofusca o jurista e o faz acreditar que o Direito vinculado à territorialidade estatal é a solução para todos os problemas do homem.

<sup>4</sup>No original: “existing theory is not enough to map today’s multiplication of nonstate actors and forms of cross-border cooperation and conflict, such as global business networks, NGOs, diasporas, global cities, transboundary public spheres, and the new cosmopolitanisms”.

<sup>5</sup>Nesse sentido, cabe mencionar a nova Lei de Proteção de Dados Pessoais, a Lei nº 13.709, de 14/8/2018 (BRASIL, [2020]).

O Direito precisa reconhecer que o mundo da modernidade líquida é demasiado complexo e caótico para caber no espaço rígido e seguro da lei derivada do Estado-nação. Nesse caos, globalização e regionalização são processos simultâneos que criam redes interseccionais de poder que ignoram os limites do território geográfico. Conforme salientam Held e McGrew (2003, p. 39), tais processos desgastam a noção de mundo westfaliana, ou seja, o princípio da soberania exclusiva sob um determinado território.

Na modernidade líquida, o poder político – logo, o Direito – deixa de ser exercido somente pelo Estado, pois diversas forças – públicas, privadas, nacionais, internacionais – passam a contestá-lo. Sob essa perspectiva, os direitos passam a ser determinados por forças que estão fora das amarras da legislação nacional e, portanto, escapam dos tradicionais controles democráticos.

### 3 A sociedade em rede

As estruturas sociais surgidas nos últimos anos – especialmente as vinculadas à globalização e ao fluxo de dados e comunicações globais – remodelam a organização da sociedade. A nova morfologia social organiza-se na forma de redes, cuja principal característica é a extinção de centros e periferias.

Ainda que essa modalidade de organização não seja exatamente nova, pois ocorreu em outras fases da história, o surgimento da tecnologia da informação permite uma inédita expansão da morfologia da rede tanto em velocidade quanto em alcance. Por essa razão, Habermas (2001, p. 84) afirma que

“rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnica e natureza.

A própria estruturação em forma de rede é mais significativa do que os fluxos de poder que a compõem, de modo que a sua simples existência retroalimenta sua expansão. Parafraseando McLuhan (1969), a rede é a mensagem. Por isso, Castells (2010b, p. 500, tradução nossa)<sup>6</sup> afirma que

---

<sup>6</sup>No original: “this networking logic induces a social determination of a higher level than that of the specific social interests expressed through the networks: the power of flows takes precedence over the flows of power”.

“essa lógica de rede induz a uma determinação social de nível mais alto que aquele dos interesses sociais específicos expressos através das redes: o poder dos fluxos prevalece em relação aos fluxos do poder”. Essa sociedade, cuja forma em rede prevalece sobre o conteúdo, é chamada por Castells de “sociedade em rede”. Segundo o autor, uma rede é um conjunto interconectado de nós que, por sua vez, são um ponto no qual uma curva se intersecciona. O que concretamente constitui um nó depende do tipo de rede. No caso específico deste trabalho, os nós da rede da *surveillance*, por exemplo, são as empresas de tecnologia – Google, Facebook, Microsoft, Apple etc. –, bem como as agências de inteligência – NSA, GCHQ, BND, DGSI etc. –, indivíduos, governos, empresas e todos aqueles sujeitos à coleta massiva de dados.

A forma como a rede é organizada – sua topologia – determina a intensidade da relação entre seus nós. A distância entre dois pontos – consequentemente, a conexão entre eles – depende do fato de estarem ou não na mesma rede (ou em redes conectadas): caso estejam, a distância é sempre zero (não há centro, todos os nós são acessíveis de qualquer posição); em caso negativo, a distância tende ao infinito, o que resulta em possibilidades de interação extremamente limitadas.

A natureza dinâmica da estrutura em rede permite a rápida inserção e exclusão, o que viabiliza sua expansão ilimitada. O único pré-requisito é que seja possível a comunicação entre os nós ou redes. “[A] estrutura social baseada em rede é um sistema altamente dinâmico e aberto, suscetível à inovação sem que o seu equilíbrio seja ameaçado” (CASTELLS, 2010b, p. 501-502, tradução nossa)<sup>7</sup>, o que

---

<sup>7</sup> No original: “A network-based social structure is a highly dynamic, open system, susceptible to innovating without threatening its balance”.

possibilita que essa forma de organização seja incrivelmente compatível com os processos descentralizadores da globalização e também com as ideias de mutabilidade, flexibilidade e supressão do espaço-tempo, típicas da modernidade líquida.

A sociedade em rede proporciona mudanças significativas nas estruturas tradicionais de poder, o qual, embora comparativamente mais difuso que na modernidade sólida, ainda se concentra. A diferença é que nesse contexto o poder tende a concentrar-se mais nos elementos conectores, ou seja, nos pontos que viabilizam a conexão entre redes distintas – *switchers*. Como resultado,

os códigos interoperacionais e os conectores entre redes tornam-se as principais fontes de ordenação, orientação e desorientação das sociedades. A convergência entre a evolução social e a tecnologia da informação criou uma nova estrutura material para a realização de atividades através da estrutura social. Essa estrutura material, elaborada nas redes, determina os processos sociais dominantes e, portanto, ordena a própria estrutura social (CASTELLS, 2010b, p. 502, tradução nossa)<sup>8</sup>.

As redes não interrompem a sua expansão e o seu fluxo nas fronteiras do Estado nacional, cujas instituições e capacidades foram geradas na era da modernidade sólida. Espaço, tempo e sociedade são transformados em virtude da organização das funções sociais dominantes em uma estrutura de rede de geometria variável. Como resultado, o Estado perde sua capacidade de controlar e regular o fluxo global de riqueza

---

<sup>8</sup> No original: “the inter-operating codes and switches between networks become the fundamental sources in shaping, guiding, and misguiding societies. The convergence of social evolution and information technologies has created a new material basis for the performance of activities throughout the social structure. This material basis, built in networks, earmarks dominant social processes, thus shaping social structure itself”.

e informação, ocorrendo, pois, uma mudança qualitativa da experiência estatal em relação à construída na Idade Moderna (CASTELLS, 2010b, p. xviii). Assim, é imprescindível analisar como o Estado se comporta no novo contexto da sociedade em rede.

#### 4 O Estado na sociedade em rede

O Estado da modernidade sólida tinha como principal característica a habilidade de domesticar o espaço – pela colonização do território – e o tempo – pela neutralização do seu dinamismo (BAUMAN, 2001). No entanto, os fluxos globais de dados tendem a ignorar esse tradicional papel do Estado como organizador de espaço e tempo, em virtude de tais fluxos terem tempo e espaço próprios: o tempo instantâneo e o espaço comprimido. Desse modo, “o deslocamento dos valores, de ‘senhor do território’ para ‘mestre da velocidade’, parece enfraquecer o Estado nacional” (HABERMAS, 2001, p. 86).

A resposta do Estado é a sua descentralização em blocos regionais e, em sentido aparentemente inverso, em estruturas locais de administração e poder. Como resultado, ocorre o crescente esvaziamento da soberania estatal, cujas causas estão relacionadas à inabilidade do Estado-nação “para navegar nas águas inexploradas e turbulentas entre o poder das redes globais e os desafios das identidades singulares” (CASTELLS, 2010a, p. 304, tradução nossa)<sup>9</sup>. Contudo, esse esvaziamento não determina a completa desestruturação do Estado porque suas instituições políticas frequentemente resistem à perda do poder. Contemporaneamente, tal situação evidencia-se na reformulação das

<sup>9</sup>No original: “to navigate the uncharted, stormy waters between the power of global networks and the challenge of singular identities”.

instituições estatais como forma de viabilizar a sua permanência no século XXI.

Se no passado o maior desafio dos Estados autoritários era controlar os meios de comunicação de massas – algo que podia ser feito de maneira relativamente fácil por meio do controle legal da sua propriedade –, hoje os fluxos de dados atravessam o globo terrestre e não podem ser domesticados da mesma maneira.

Apesar das tentativas do Direito de controlar a tecnologia da informação, o imaginário teórico dos juristas está inescapavelmente associado à territorialidade estatal, de modo que seus esforços têm pouca ou nenhuma significância. Nesse sentido, Castells (2010a, p. 320-321, tradução nossa)<sup>10</sup> entende que,

nos próximos anos, os Estados-nações lutarão para controlar a informação circulando nas redes de comunicação globalmente interconectadas. Eu aposto que é uma batalha perdida. E, com sua eventual derrota, cairá a pedra angular do poder estatal. De modo geral, a globalização/localização das mídias e das comunicações eletrônicas equivale à desnacionalização e desestatização da informação, duas tendências por enquanto inseparáveis.

A desnacionalização e a desestatização da informação colocam em xeque o ideal de soberania indivisível, o que não implica, contudo, a impossibilidade de determinados Estados terem acesso ao fluxo mundial de informações, como ficou bem claro com as recentes declarações do analista da National Security Agency (NSA), Edward Snowden. Nesse caso específico, tra-

<sup>10</sup>No original: “for the years to come, nation-states will be struggling to control information circulating in globally interconnected telecommunication networks. I bet it is a lost battle. And with this eventual defeat will come the loss of a cornerstone of state power. Altogether, the globalization/localization of media and electronic communication is tantamount to the de-nationalization and de-statization of information, the two trends being inseparable for the time being”.

tou-se de um retorno tardio ao Estado-nação, que, motivado pelo medo da “guerra contra o terror”, só pode ser patrocinado, na expressão de Castells, pelo “último dos Estados soberanos”, cujo domínio da tecnologia da informação garante uma temporária resistência à tendência descentralizadora dos fluxos globais de dados.

O retorno ao monopólio da violência do Estado-nação, alimentado pela ideia de união em uma situação de exceção contra um inimigo indefinido, contraria as tendências de criação de uma rede global. Assim, “em vez de um Estado em rede aprendendo a promulgar uma governança global, estamos presenciando a manifesta contradição entre o último hurra imperial e o primeiro mundo realmente interdependente” (CASTELLS, 2010a, p. 355, tradução nossa)<sup>11</sup>.

Apesar dessa contradição contingencial, a dissolução da soberania na rede é uma consequência do surgimento de novas estruturas não estatais de autoridade e poder. Vulnerável a ataques cada vez menos específicos – e, por isso mesmo, mais inevitáveis – das diversas fontes de poder do mundo contemporâneo, o Estado sofre a reformulação das suas funções e passa a agir não mais como centro, mas como “nó” de uma rede descentralizada de poder.

Sassen (c1996) entende que a soberania e o território permanecerão como características fundamentais do sistema da sociedade em rede. No entanto, eles foram parcialmente desviados em direção a outras arenas institucionais fora do Estado e do modelo de território nacionalizado. Do ponto de vista histórico, essa mudança representa uma reconfiguração do Estado, já que as exclusividades da soberania e do território são essenciais para o atual modelo de Estado-nação.

<sup>11</sup>No original: “instead of a network state learning to enact global governance, we are witnessing the unfolding contradiction between the last imperial hurrah and the first truly interdependent world”.

Na proposta do Estado em rede, o poder manifesta-se nas relações entre os diversos “nós” que integram a rede. Considerando que cada um desses nós é diferente, sua capacidade de influenciar os outros depende de uma série de fatores extremamente dinâmicos. Por isso, Castells (2010a, p. 365, tradução nossa)<sup>12</sup> explica que

nem todos os nós da rede são iguais e os seus interesses divergem, aglutinam ou entram em conflito, dependendo das questões e contextos. Ademais, sob certas circunstâncias, um dos componentes da rede (por exemplo, o Estado americano no início do século XXI) pode decidir por impor os seus interesses para toda a rede utilizando-se da sua capacidade organizacional superior. Ainda que seja uma situação dificilmente sustentável (caso fosse, a rede seria substituída por uma cadeia de comando global), sua lógica unilateral desestabiliza o delicado equilíbrio de cooperação e competição no qual se baseia o Estado em rede. Em última análise, o unilateralismo quebra o Estado em rede em diferentes redes e introduz uma lógica de confronto entre essas redes.

Em sua soberania e autoridade, o Estado-nação é antagonizado pelos influxos dos diversos poderes que também são nós da rede, como acontece, por exemplo, quando informações sobre as atividades dos indivíduos nas suas vidas cotidianas circulam livremente entre as

<sup>12</sup>No original: “Not all the nodes of the network are equal, and their interests diverge, coalesce, or conflict, depending on issues and contexts. Moreover, under some circumstances, one of the components of the network (e. g. the American state in the early twenty-first century) may decide to impose its interests on the whole network, using its superior organizational capacity. While it is unlikely that it can prevail systematically (if it does the network would be replaced by a global chain of command), its unilateral logic destabilizes the delicate balance of cooperation and competition on which the network state is based. Ultimately, unilateralism breaks the network state into different networks and introduces a confrontational logic between these networks”.

empresas que monetizam esses dados, sem a possibilidade de controle pelo Direito estatal.

No contexto da sociedade em rede, continua necessária uma teoria do Estado, visto que as relações de poder, embora não confinadas exclusivamente à esfera estatal, permanecem sendo parte de toda atividade do Estado. No entanto, passa a ser cada vez mais importante relacionar o Estado à sociedade em uma estrutura de geometria variável de poder porque, conforme Castells (2010a, p. 358, tradução nossa)<sup>13</sup>,

ainda que os Estados-nações continuem a existir, e eles continuarão no futuro previsível, eles são, e continuarão a ser cada vez mais, nós de uma ampla rede de poder. Eles serão frequentemente confrontados por outros fluxos de poder na rede que diretamente contradizem o exercício da sua autoridade [...]. Os Estados-nações podem reter a capacidade de tomada de decisões, mas, tendo-se tornado parte de uma rede de poderes e contrapoderes, eles dependem de um sistema mais amplo de exercício de autoridade e influência oriundos de múltiplas fontes.

Todavia, é um traço comum de toda teoria do Estado a pressuposição de que ele só existe dentro de uma nação. O problema passa a ser, então, como pensar uma teoria do Estado que não se fundamente na unidade nacional, mas na pluralidade de perspectivas e interesses. Por essa razão, segundo Castells, é necessário repensar a teoria do Estado – e, acrescentando-se, do Direito –, de modo a inserir categorias capazes de lidar com as novas relações de poder, especialmente as viabilizadas pela tecnologia da informação.

Considerando a perda de poder do Estado e o fato de que ele é apenas mais um dos nós da rede global de exercício de controle e poder, deve-se pensar, junto com a teoria do Estado, uma teoria do poder capaz de reconhecer que, embora todas as questões de Estado sejam questões de poder, nem todas as questões de poder são questões de Estado (CASTELLS, 2010a, p. 359).

Com efeito, o Estado deve ser sempre colocado em relação à sociedade de modo a possibilitar a distinção das dimensões do território ao qual se refere: local, nacional e regional. Em cada um desses níveis, diversos atores – por meio dos seus representantes – articulam seus interesses na formação de blocos de poder. Esses níveis não são necessariamente

---

<sup>13</sup>No original: “while nation-states continue to exist, and they will continue to do so in the foreseeable future, they are, and will increasingly be, *nodes of a broader network of power*. They will often be confronted by other flows of power in the network, which directly contradict the exercise of their authority [...]. Nation-states may retain decision-making capacity, but, having become part of a network of powers and counterpowers, they are dependent on a broader system of enacting authority and influence from multiple sources”.

equivalentes, ou seja, o bloco de poder na esfera local não corresponde ao da esfera nacional.

Extrapolando esse conceito, é possível determinar a existência do Estado numa outra dimensão territorial – a global. No entanto, diante da inexistência de uma autoridade global legítima, a definição de objetivos globais – como a proteção dos direitos – depende da dinâmica das relações de poder expressas na rede da qual o Estado faz parte. Nessa rede, dificilmente um Estado conseguirá fazer valer seus interesses com base na legitimidade da sociedade que representa, pois isso dependerá sempre das relações de poder com os demais nós da rede – o que não impossibilita, contudo, a coordenação de interesses entre os nós para a consecução de uma vontade comum.

Como se pode imaginar, a composição do Estado em rede é incrivelmente frágil. Sua estabilidade depende da perda de soberania de todos os nós da rede, inclusive daqueles econômica, tecnológica e militarmente mais poderosos. Quando, com atos unilaterais, um desses nós recusa-se a perder soberania, ocorre uma reação em cadeia com os demais nós agindo de igual maneira e rompendo o frágil equilíbrio da rede, num retorno tardio à modernidade sólida (CASTELLS, 2010a, p. 360).

Dentro da rede múltipla de poderes nacionais, supranacionais, públicos e privados, o Estado nacional encontra dificuldades para agir unilateralmente, sobretudo em relação a problemas que transcendem o seu território. Sob esse aspecto, Morais (2011, p. 35) aponta que, “em vez da unidade estatal própria dos últimos cinco séculos, tem-se uma multipolarização das estruturas, ou da falta delas” nos mais diversos níveis – local ou global, público ou privado. Um dos casos de dificuldade de ação unilateral do Estado ocorre quando ele tenta conter os fluxos de dados, debate que adquire importância com a proliferação mundial de leis que buscam criar instrumentos normativos aptos a controlar e proteger dados pessoais. O controle desses fluxos com base nos tradicionais mecanismos territorialmente vinculados (leis), por exemplo, demonstra as limitações de um modelo que desconsidera a estrutura em rede da qual o Estado é apenas um dos nós.

## Conclusão

Traçados na morfologia sólida das relações sociais, os mecanismos estatais são insuficientes para fazer frente à fluidez das configurações atuais da sociedade em rede. Diante dessa realidade, o presente estudo é uma proposta de diálogo sobre os limites do Estado para controlar os fluxos globais de dados que ultrapassam as fronteiras nacionais.

Com a caracterização da modernidade líquida e da sociedade em rede, buscou-se alcançar a compreensão do cenário contemporâneo em seus traços mais expressivos, entre eles a alteração da percepção do tempo e do espaço, a modificação das relações de poder pela disposição em nós dos componentes sociais, a incompatibilidade entre a rigidez estatal e a ausência de limites da globalização, a dificuldade de regulação estatal sobre as novas tecnologias, a diminuição da distância entre o corpo estatal e os demais participantes do contexto nacional, a passagem de uma noção estática e vinculada a uma personalidade governamental para a relatividade de circunstâncias mundiais “afroiteiriças”. Essas e outras dimensões reestruturantes da dinâmica social ressaltadas na análise apresentada levam ao entendimento da necessidade de adequação do Estado à fluidez inerente às atuais configurações da sociedade.

Além de demonstrar a urgência de adaptação do Estado, buscou-se evidenciar como o ente estatal reage às novas circunstâncias modeladoras do mundo interconectado. Nesse sentido, demonstrou-se a fragilidade da tentativa de regulação estatal das tecnologias, já que as atividades de extração e manipulação dos dados se submetem às regras impostas pelos detentores dos instrumentos tecnológicos, que podem incluir ou não o Estado. Nesta última possibilidade, ele fica à deriva do controle privado sobre as informações e sem muitas alternativas não territoriais eficientes para lidar com a questão.

Com base no reconhecimento da desnacionalização e da desestatização da informação como pedra angular da sociedade moderna, fica claro que as questões de poder vão muito além do Estado. O ente estatal está fragilizado, assim como o regime democrático ao qual está vinculado. Contudo, além de atender à necessidade de ajuste entre as estruturas estatais e as correntes dimensões líquidas da sociedade, quando se fala em Estado Democrático de Direito – que contemple a justiça do bem comum defendida desde Aristóteles –, é preciso que o Estado exista na mesma dimensão em que a democracia acontece.

## Sobre o autor

Elias Jacob de Menezes Neto é doutor e mestre em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, RN, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da UFRN, Natal, RN, Brasil. E-mail: eliasjacob@reitoria.ufrn.br

Pesquisa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

## Como citar este artigo

(ABNT)

MENEZES NETO, Elias Jacob de. A sociedade em rede e o Estado democrático na modernidade líquida. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 149-164, out./dez. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p149](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p149)

(APA)

Menezes, E. J. de, Neto (2020). A sociedade em rede e o Estado democrático na modernidade líquida. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 149-164. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p149](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p149)

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 5 jun. 2020.

CASTELLS, Manuel. *The power of identity*. 2nd ed. Malden, MA: Willey-Blackwell, 2010a. (The Information Age: Economy, Society, and Culture, v. 2).

\_\_\_\_\_. *The rise of the network society*. 2nd ed. Chichester: Willey-Blackwell, 2010b. (The Information Age: Economy, Society, and Culture, v. 1).

FORD, Henry; CROWTHER, Samuel. *My life and work*. Garden City, NY: Doubleday, Page & Company, 1922.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HELD, David; MCGREW, Anthony. The great globalization debate: an introduction. In: \_\_\_\_\_ (ed.). *The global transformations reader: an introduction to the globalization debate*. 2nd ed. Cambridge, UK: Polity, 2003. p. 1-50.

MCLUHAN, Marshall. Playboy interview: Marshall McLuhan: a candid conversation with the high priest of popcult and metaphysician of media. [Interview given to] Eric Norden. *Playboy*, Chicago, v. 16, n. 3, p. 53-75, Mar. 1969.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Estado e Constituição, 1).

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI: DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS I, 23., 2014, João Pessoa. [Anais]. Florianópolis: Conpedi, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f7eaf16ceec07f>. Acesso em: 8 jun. 2020.

SASSEN, Saskia. *Losing control?: sovereignty in an age of globalization*. New York: Columbia University Press, c1996. (University Seminars: Leonard Hastings Schoff Memorial Lectures).

\_\_\_\_\_. *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*. Princeton, NJ: Princeton University Press, c2006.

# Constitucionalismo e hermenêutica crítica da consciência histórica

Ricoeur, leitor de Gadamer

ERNANE SALLES DA COSTA JUNIOR

**Resumo:** O artigo visa reconstruir o diálogo entre Gadamer e Ricoeur com o objetivo de se pensar uma hermenêutica crítica da consciência histórica mediante a qual o constitucionalismo democrático opera. Primeiramente, são reconstruídas as categorias da finitude, da historicidade e da tradição no pensamento de Gadamer. Em seguida, essas categorias são analisadas à luz de Ricoeur, que busca oferecer uma complementação à teoria gadameriana por meio da inserção das expectativas do futuro no jogo de tensão entre passado e presente, de modo a abrir criticamente a tradição. Por fim, conclui-se que essa hermenêutica crítica da consciência histórica possibilita pensar a tradição constitucional como espaço de experiência e de disputa, lugar de consciência crítica e aprendizado, situação na qual é possível tirar partido de seus ensinamentos e assumir a responsabilidade por seus erros e tropeços.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Consciência histórica. Gadamer. Ricoeur. Constitucionalismo.

## Constitutionalism and critical hermeneutics of historical consciousness: Ricoeur, Gadamer reader

**Abstract:** The article aims to reconstruct the dialogue between Gadamer and Ricoeur in order to think about a critical hermeneutics of the historical consciousness through which democratic constitutionalism operates. First, the categories of finitude, historicity, and tradition in Gadamer's thought are rebuilt. These categories are then analyzed in the light of Ricoeur who seeks to offer a complement to the Gadamerian theory by inserting the expectations of the future into the game of tension between past and present in order to critically open the tradition. Finally, it is concluded that such a critical hermeneutic of historical consciousness makes it possible to think of the constitutional tradition as a space of experience and dispute, a place of critical awareness and learning, in a

Recebido em 8/6/20  
Aprovado em 24/7/20

situation in which it is possible to take advantage of its teachings and assume responsibility for its mistakes and stumbles.

**Keywords:** Hermeneutics. Historical consciousness. Gadamer. Ricoeur. Constitutionalism.

## 1 Introdução

Este artigo procura contribuir para a reconstrução de traços gerais de uma hermenêutica crítica da consciência histórica com base na análise de alguns elementos fundamentais de convergência da filosofia de Gadamer e de Ricoeur. Nesse sentido, o texto discorre sobre as reflexões desses dois autores em torno do problema da tradição e da historicidade da condição humana e seus efeitos para pensar, nos tempos atuais, o constitucionalismo democrático.

Num primeiro momento, serão resgatados alguns pontos centrais do pensamento de Gadamer, especialmente sua noção de finitude, historicidade e tradição. Em seguida, tais conceitos serão apresentados sob uma nova luz: a leitura que Ricoeur faz do pensamento gadameriano e sua proposta de complementação. Ao final, serão tecidos alguns apontamentos sobre a contribuição dessa hermenêutica crítica da consciência histórica para se pensar a tradição do constitucionalismo moderno.

## 2 Gadamer e o giro hermenêutico

Muitas são as formas de analisar as reflexões de Gadamer, mas, sem dúvida, a influência de Heidegger em sua obra constitui percurso fundamental para sua adequada compreensão, na medida em que pode ser concebida como o ponto de partida para a construção dos fundamentos de uma alternativa filosófica definida como hermenêutica. Gadamer vê na filosofia heideggeriana a possibilidade de repensar o problema da compreensão como algo constitutivo da condição humana. Desse modo, a compreensão não é vista como forma de comportamento do indivíduo, mas um modo de “ser”, isto é, aquilo que propriamente define nossa existência no mundo, o que significa que ela se caracteriza como uma ontologia fundamental.

Nessa perspectiva, a compreensão assume um conceito mais originário, que se refere não aos processos intelectuais de um sujeito na apreensão

de determinado objeto de conhecimento, mas a determinada forma de ser na realidade (DUQUE-ESTRADA, 2009, p. 372). Segundo Gadamer (1999, p. 31), “entender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo”.

O fenômeno da compreensão e da maneira correta de interpretar o que se entendeu é, pois, uma atitude ligada à nossa existência no tempo e no espaço. Por isso, diríamos que a hermenêutica nunca se reduz a métodos prontos ou regras pré-fixadas que encerram em si a verdade. Ao contrário, a hermenêutica perfaz-se como atividade que acontece a todo momento, não podendo ser instrumentalizada como se fosse uma ferramenta somente para destrancar o significado oculto de um texto ou para esclarecer determinada passagem obscura (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 191):

O modo como vivenciamos uns aos outros, como vivenciamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e do nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico, no qual não estamos encerrados como entre barreiras intransponíveis, mas para o qual estamos abertos (GADAMER, 1999, p. 35).

É propriamente nessa dimensão existencial da compreensão que Gadamer liga o problema da temporalidade à hermenêutica. Seguindo os passos da conclusão heideggeriana de que “Ser é tempo” (HEIDEGGER, 1989), Gadamer (1999, p. 400) analisa a historicidade como o horizonte de toda compreensão humana, no sentido de que o conhecimento é sempre histórico, temporal e finito. Contra a tendência de se aproximar o objetivismo científico do conhecimento próprio da vida humana, o autor contesta o caminho que as ciências do espírito têm trilhado, de modo a apresentar a necessidade de um pensamento propriamente hermenêutico que se desenvolve sempre no tempo e, por isso, é contingencial. É preciso repensá-las no aqui e agora das condições sempre singulares em que se dá o conhecimento. Assim, finitude e hermenêutica estão profundamente vinculadas contra a desmesura da razão empenhada não em interpretar, mas em construir soberanamente o mundo e a história (PEREIRA, 2003, p. 235).

Num sentido oposto a um pretensão saber absoluto ou a uma racionalidade abstrata e autossuficiente, a hermenêutica de Gadamer procura indagar: o que significa para a compreensão e autoconhecimento do homem saber-se carregado por uma história? (OLIVEIRA, 2001, p. 226). Trata-se de explicitar que a constituição de sentido para o homem não é obra de uma subjetividade isolada, destacada do tempo e do espaço, mas resultado de nosso pertencimento no mundo, sempre perpassado

pelos costumes e tradições que codeterminam quem somos e como interpretamos a realidade.

Desse modo, o homem carrega consigo uma historicidade, na medida em que sua consciência habita o mundo, relaciona-se com o outro e, como consequência, é produzida pelas suas experiências no tempo. Para Gadamer (1999, p. 415), “a razão somente existe como real e histórica e isto significa simplesmente: a razão não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado no qual se exerce”. Ela está propriamente imersa em compreensões sempre prévias, pré-conceitos, que abrem para nós uma possibilidade sempre diferente de interpretação do real.

No “ler”, no “ver” e no “interpretar”, há uma pré-estrutura da compreensão. Por isso, quem quer compreender um texto, por exemplo, realiza sempre um projetar. O sentido vai-se manifestando, porque quem lê o texto lê-o com fundamento em suas próprias expectativas, que o conduzem a certo sentido (GADAMER, 1999, p. 402). A interpretação, dessa forma, começa com pré-compreensões que já temos das coisas, derivadas das experiências que trazemos da nossa história vivida:

Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira autoevidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser (GADAMER, 1999, p. 416).

Trata-se de uma concepção que coloca em xeque alguns dos fundamentos do Iluminismo. No *Aufklärung*, o descrédito dos pré-conceitos e da tradição chegou ao seu apogeu, na medida em que só seria verdadeiro aquilo que passasse necessariamente pelo crivo do tribunal da razão<sup>1</sup>. A verdade, nesse contexto, coincidia com a certeza oriunda de um exercício racional metodológico, isto é, um “caminho” passível de ser reconstruído e comprovado por qualquer ser pensante. Essa postura instaura uma dicotomia entre sujeito e objeto na relação epistemológica, dado que o conhecimento é possível apenas numa relação direta entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido. Seria preciso evitar, de todo modo, os pré-conceitos e pré-juízos por meio da instauração do método científico. Isso fez com que a historicidade e as pré-compreensões dos sujeitos fossem descartadas como forma de conhecimento, já que estariam sujeitas a enganos e contingências.

---

<sup>1</sup>Sobre esse ponto, ver Kant ([1784]).

A reabilitação dos pré-conceitos e das pré-compreensões como pontos de partida para o conhecimento da realidade é a resposta dada por Gadamer a toda tentativa de suprimir a historicidade e a finitude própria da condição humana. Em oposição à tendência geral do Iluminismo, reconhecer esse lugar historicamente situado de todo sujeito é renunciar a qualquer tentativa de aceder a um saber imutável e absoluto, pois a finitude e historicidade que nos definem como sujeitos conduzem igualmente à finitude e historicidade da própria noção de verdade. Há, portanto, uma impossibilidade de compreensão pura e neutra do objeto, no sentido mesmo de que “o saber histórico não pode libertar-se da condição histórica. É por isso que o projeto de uma ciência livre de preconceitos torna-se impossível” (RICOEUR, 1990, p. 116). Evidencia-se aqui “o poder da história sobre a consciência humana limitada: o poder de impor-se inclusive aí, onde a fé no método quer negar a própria historicidade” (GADAMER, 1999, p. 450). Desse modo, as pré-compreensões são limitação para a nossa consciência atingir uma verdade final e absoluta, mas, ao mesmo tempo, condição de possibilidade para qualquer compreensão possível, permitindo nossos conhecimentos, valores e tomadas de posição no mundo:

A partir daqui fica clara a preocupação fundamental do pensamento de Gadamer: a superação da filosofia da subjetividade. O que importa, acima de tudo, é vincular o sujeito que compreende à história, explicitar a precedência e a influência da história em todo o conhecimento humano, em última análise, no ser do sujeito. Nessa perspectiva, se revela ilusório o ideal de transparência plena do sujeito, articulado na filosofia moderna da consciência, como também o ideal do conhecimento pleno dos acontecimentos históricos, como elaborou o historicismo moderno. A “onipotência da reflexão”, típica da filosofia moderna da consciência, é do-

brada pela resistência de uma realidade que não se deixa sem mais absorver pela reflexão (OLIVEIRA, 2001, p. 229-230).

O sujeito já se encontra situado num mundo de sentidos que ele mesmo vivencia e experimenta, o que lhe permite compreender a realidade e a si mesmo num percurso constante e sempre inacabado. Com isso, o próprio compreender adquire uma dimensão circular, pois depende de uma pré-compreensão para se realizar, e essa pré-compreensão tende a enriquecer-se à medida que o sujeito compreende o mundo, adquirindo novos conteúdos. A tradição exerce um papel fundamental no interior desse giro hermenêutico, pois o sujeito vai-se constituindo como sujeito no interior de um mundo compartilhado em que as experiências adquiridas ao longo da história não cessam de configurar o seu modo de enxergar as coisas, numa polaridade sempre rica de familiaridades e estranhamentos:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina com a comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos a instaurando, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios (GADAMER, 1999, p. 439-440).

O círculo hermenêutico é esse devir histórico que põe em evidência que nossa consciência é fruto de nossas experiências no tempo. Por isso, não podemos pressupor que esse círculo seja

fechado em si, como mera tautologia. Ao contrário, a circularidade concebida por Gadamer coloca em destaque o fato de não haver uma compreensão que abarque de forma completa e final todo o sentido ou uma interpretação que revele uma verdade única e irrefutável. Isso é o resultado da situação hermenêutica em que nos encontramos, pois diante de cada um de nós abre-se um horizonte histórico limitado de compreensão. Tal “[h]orizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto” (GADAMER, 1999, p. 405). Nesse ponto atua sobre nós o conjunto das experiências vivenciadas, que nos dirigem e provêm da nossa tradição específica e das interações intersubjetivas que formam nossa existência. O círculo hermenêutico talvez nem seja bem um círculo, mas uma espiral, pois sempre saímos desse “diálogo” com uma bagagem maior do que a que tínhamos quando chegamos. Entender essa proposição adequadamente é levar a sério o que há de mais fundamental na proposta hermenêutica: o “não se guardar nunca, para si, a última palavra” (GADAMER, 2000, p. 211):

Por conseguinte, a circularidade é aberta, de modo que a compreensão não retorna ao mesmo lugar de partida, expandindo-se. Não se trata ainda de um único círculo, mas de um movimento circular que engloba uma infinidade de círculos concêntricos. Cuida-se de um movimento de pré-compreensão e compreensão, que, por sua vez, torna-se uma nova pré-compreensão e abre as portas para uma compreensão (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 195).

O movimento que articula uma espécie de tensão viva entre nossas pré-compreensões e as compreensões instaura uma ruptura com qualquer teoria solipsista do conhecimento, já que o indivíduo nunca está totalmente apartado da relação com o outro. O círculo hermenêutico reafirma que o horizonte histórico fechado é

uma mera abstração, que não encontra apoio na realidade. “O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move” (GADAMER, 1999, p. 454). E esse “deslocamento” é resultado de um processo contínuo de fusão de horizontes pelo qual o ponto de vista do intérprete se depara com o ponto de vista do outro ou do texto num longo caminho de construção do sentido. Assim, “é somente nessa tensão entre o outro e o próprio, entre texto do passado e o ponto de vista do leitor, que o preconceito se torna operante, constitutivo de historicidade” (RICOEUR, 1990, p. 116).

Nesse círculo hermenêutico, o ser vai-se constituindo como tal com base na mediação entre passado e presente na direção de um futuro que se abre. “Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos” (GADAMER, 1999, p. 457). Esse movimento realiza-se no encontro com o passado a partir do presente, e com a compreensão da tradição da qual fazemos parte. Tal tradição deve ser entendida no “sentido estrito da palavra, ‘tradição’, isto é, não se trata, simplesmente, aqui, de algo que restou do passado. Tradição quer dizer entrega, transmissão” (OLIVEIRA, 2001, p. 233). Algo nos é transmitido pela linguagem, é dito a nós na história, nos costumes e nos textos, numa situação na qual o presente tem acesso ao transmitido, o que possibilita alargar o seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões. “O horizonte do presente não se forma, pois, à margem do passado” (GADAMER, 1999, p. 457), mas numa fusão constante com ele, o que abre caminho para a possibilidade do novo:

O tempo já não é mais, primariamente, um abismo a ser transposto porque divide e dis-

tancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. A distância do tempo não é algo que, por conseguinte, tenha que ser superado. [...] Na verdade, trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido (GADAMER, 1999, p. 445).

Assim, Gadamer enfatiza a necessidade de se pensar uma hermenêutica da consciência histórica fundada no reconhecimento dos efeitos da temporalidade na construção do sentido. O tempo, nesse caminho, deixa de ser visto como um precipício que precisamos transpor para recuperar o passado: ele é, na verdade, o solo que mantém o devir e onde o presente se enraíza (GADAMER, 2003, p. 67). Trata-se de uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição, o que evidencia a importância de trazer à tona os efeitos que a história exerce em toda compreensão. Especialmente nesse ponto, o empreendimento de Gadamer suscita discussões que ainda permanecem vivas e que continuaremos a abordar neste artigo com base na leitura que Ricoeur faz de sua proposta: a do desenvolvimento de uma hermenêutica ciente do fato de que o presente continua sendo afetado pela força do passado, sejamos dela conscientes ou não.

### **3 Rumo a uma hermenêutica crítica da consciência histórica: Ricoeur, leitor de Gadamer**

Embora trilhem caminhos diferentes e tenham adversários distintos, as filosofias de Gadamer e de Ricoeur entrecruzam-se num lugar que é o da preocupação com uma hermenêutica da condição finita do homem. De fato,

finitude e temporalidade estão juntas e empenhadas na construção de uma hermenêutica da condição humana que reconhece o diálogo intersubjetivo e se coloca contra qualquer pretensão de saber absoluto no sentido hegeliano (PEREIRA, 2003, p. 235), o que significa, usando as palavras de Ricoeur (1997, p. 359), uma oposição clara à ideia de uma “mediação total” capaz de esgotar o campo do pensar. Escolhendo propriamente uma outra via, é possível pensar a relação do homem com a história com base em uma mediação aberta, inacabada, imperfeita – uma trama de perspectivas cruzadas entre a expectativa do futuro, a recepção do passado, a vivência do presente (RICOEUR, 1997, p. 359). É nesse sentido que tanto as reflexões de Gadamer quanto as de Ricoeur caminham rumo a uma hermenêutica que reafirma “a consciência de estar exposto à eficiência da história” (RICOEUR, 1997, p. 373), oferecendo-se como uma alternativa válida à de uma consciência soberana, transparente a si mesma e senhora de sentido. Nesse exercício hermenêutico crítico deixa-se transparecer uma dialética do passado e do futuro e seu intercâmbio no presente.

Gadamer interessa a Ricoeur, poderíamos assim dizer, por desvelar a ação da história sobre nós e, com isso, mostrar o modo como a vivência do presente se deixa afetar pelo passado. É propriamente a dimensão temporal da nossa vivência expressa na forma como o presente recebe os efeitos da história e do passado, sem se tornar deles cativo, que constitui um dos problemas centrais que a hermenêutica busca desvelar. Segundo Ricoeur (1997), explicitar tal noção de receptividade à eficiência da história é adentrar no problema do próprio sentido da noção de tradição. O que o autor francês torna aqui evidente é que o termo tradição suscita polêmicas, fruto especialmente de equívocos e de mal-entendidos que circundam o conceito. Em vez de falar de maneira indiscriminada da

tradição, é preciso antes distinguir vários problemas que podem ser colocados sob três títulos diferentes: a tradicionalidade, as tradições e a tradição (RICOEUR, 1997, p. 377). Seguindo esse percurso, procuraremos, com Ricoeur, alargar a própria compreensão do problema da tradição, apresentando-o na sua complexidade, de modo a enriquecer e complementar os estudos de Gadamer sobre o “trabalho da história”.

O termo *tradicionalidade* designa o aspecto propriamente formal da noção de tradição, no sentido de um encadeamento que garante a continuidade da recepção do passado (RICOEUR, 1997, p. 387). Trata-se das experiências privadas ou transmitidas pelas gerações anteriores ou pelas instituições atuais que recebemos e que se agregam ao presente como uma espécie de saber adquirido oriundo do passado. Assim entendida, a tradicionalidade pertence à esfera de uma tensão entre os efeitos do passado, que sofreremos, e a recepção do passado, que realizamos (RICOEUR, 1997, p. 377). Refere-se, portanto, a uma tradição transmitida que Gadamer (1999, p. 436-448) denomina “distância temporal”. Essa distância nunca deve ser confundida com um intervalo de uma separação completa entre o tempo pretérito e o tempo presente, mas como um processo de mediação balizado pela cadeia de interpretações das heranças do passado:

Do ponto de vista formal em que ainda nos mantemos, a noção de distância atravessada opõe-se ao mesmo tempo à do passado tido como meramente findo, abolido, absolvido, e à de contemporaneidade integral, que foi o ideal hermenêutico da filosofia romântica. Distância insuperável ou distância anulada, este parece ser o dilema. A tradicionalidade designa de preferência a dialética entre o distanciamento e o desdistanciamento, e faz do tempo, segundo a frase de Gadamer, “o fundamento e a sustentação do processo (*Genschehen*) em que o presente se enraíza” (RICOEUR, 1997, p. 377-378).

Para discorrer sobre essa relação dialética, a noção de “fusão de horizontes”, extraída da filosofia de Gadamer, abre a possibilidade de pensar o problema da relação entre passado e presente sob nova luz: o passado é-nos revelado pela projeção de um horizonte histórico, ao mesmo tempo separado do horizonte do presente e retomado, reassumido por ele, o que, por sua vez, torna nossas experiências portadoras de sentido (RICOEUR, 1997, p. 378). Na leitura de Ricoeur, a ideia de um horizonte temporal, ao mesmo tempo projetado e afastado, distinguido e incluído, é o que permite dialetizar a ideia de tradicionalidade. Não se trata, portanto, de uma relação unilateral de um passado que se coloca frente ao presente: a história age sobre nós, mas também agimos sobre ela ao interpretá-la e ao dar-lhe outros sentidos. A fusão de horizontes, à luz da proposta de Ricoeur, pode então ser pensada em termos de um passado que não só recebemos, mas que igualmente construímos:

Nesse primeiro ponto, a tradição, formalmente entendida como tradicionalidade, já constitui um fenômeno de grande alcance. Ela significa que a distância temporal que nos separa do passado não é um intervalo morto, mas uma transmissão geradora de sentido. Antes de ser um depósito inerte, a tradição é uma operação que só se compreende dialeticamente no intercâmbio entre o passado interpretado e o presente interpretante (RICOEUR, 1997, p. 379).

Todavia, ainda precisamos passar do primeiro para o segundo sentido do termo *tradição*, o que significa ir do conceito formal de *tradicionalidade* para o conceito material de conteúdo tradicional. Agora, o termo passa a ser entendido propriamente no plural: *as tradições*. Se a primeira acepção pode ser entendida como *o modo* como compreendemos, a segunda faz referência aos conteúdos específicos das heran-

ças recebidas ou, em outros termos, àquilo que efetivamente afeta nossa consciência histórica.

É desse modo que a noção de *tradição*, tomada nesse sentido de *tradições*, “significa que nunca estamos numa posição absoluta de inovadores, mas sempre inicialmente numa situação relativa de herdeiros” (RICOEUR, 1997, p. 379). Somos herdeiros precisamente porque nos encontramos imersos numa estrutura de linguagem que funciona como o meio essencial de transferência dos conteúdos passados. A tradição é-nos legada com base nessa linguagem que opera como o nosso meio de acesso ao mundo. “Ora, a linguagem é a grande instituição – a instituição das instituições – que desde sempre precedeu a cada um de nós” (RICOEUR, 1997, p. 379). Por isso, não podemos entendê-la somente como um sistema da língua em cada língua natural, mas como aquilo que possibilita a transmissão das coisas já ditas, ouvidas e recebidas ao longo de cadeias de interpretação e de reinterpretação (RICOEUR, 1997, p. 389).

As tradições abrem, assim, caminho para a recepção do passado em sua dimensão textual e linguística. O que nos vem do passado é um conjunto de conteúdos que são, na verdade, propostas de sentido. É desse modo que Ricoeur (1997, p. 390) enfatiza que “o passado nos interroga”. De toda forma, essa interrogação esbarra numa tensão, pois não só recebemos, passivamente, os conteúdos advindos do passado, como também atribuímos a ele sentido numa situação na qual texto e leitor são cada qual ora familiarizado ora desfamiliarizado. Assim, o passado de fato nos interroga, mas ele o faz na medida em que o interrogamos. Do mesmo modo, poder-se-ia dizer que ele nos responde, mas na medida em que lhe respondemos (RICOEUR, 1997, p. 390).

Analisadas as duas primeiras acepções de tradição, é chegado o momento de nos dedicarmos à terceira. A passagem do plural *tradições* para o singular *tradição* representa um movimento em direção a um sentimento mais forte de pertença a um legado específico como instância de legitimidade. Da mera consideração da existência de tradições como conteúdos ditos e transmitidos, ingressamos especialmente na questão da apologia da tradição<sup>2</sup>.

A chegada ao problema da *tradição* no singular, entendida numa acepção polêmica, só é possível porque toda “proposta de sentido” tem uma “pretensão de verdade”. “O que recebemos do passado são, com

---

<sup>2</sup>É justamente nesse ponto que se insere o confronto entre a hermenêutica das tradições e a crítica das ideologias, representado pelo debate travado entre Habermas e Gadamer. Em razão do objeto do nosso presente artigo, não abordaremos o tema de modo específico, mas tão somente de forma oblíqua. De todo modo, uma análise interessante e original sobre o debate foi feita por Ricoeur (1990) ao buscar não só contrapor as propostas de Habermas e Gadamer, mas pensá-las juntas numa análise cruzada da crítica da hermenêutica e da hermenêutica da crítica.

efeito, crenças, persuasões, convicções, ou seja, maneiras de ‘ter-como-verdadeiro’ (RICOEUR, 1997, p. 381). A tradição, dessa forma, quer instaurar uma instância legitimadora, por ser sempre um apelo à crença nos conteúdos que carrega. A pretensão das tradições à verdade nos alcança como uma voz vinda do passado que “enuncia-se como autoapresentação das ‘coisas mesmas’” (RICOEUR, 1997, p. 382). Somos, assim, carregados pela tradição, antes que estejamos em condições de julgá-la, pois ela precede toda crítica. Contudo, perceber isso não é abraçar acriticamente tudo o que vem do passado, mas reconhecer que “nunca estamos no começo do processo de verdade e pertencemos, antes de todo gesto crítico, a um reino da verdade presumida” (RICOEUR, 1997, p. 388). Com efeito, é preciso notar que a crítica é também carregada por uma tradição histórica, mesmo que anti-hegemônica, e opera sobre o fundo da reinterpretação criadora das heranças culturais no sentido de um projeto que não nasce no vazio, mas perfaz-se em torno de experiências já vivenciadas na história.

Assim, reconhecendo as contribuições gadamerianas, Ricoeur vê na hermenêutica das tradições a oportunidade de pensar a consciência imersa nos efeitos da história até o ponto do ser-afetado pelo passado. No entanto, um passo deve ser dado rumo a uma historicidade mais profunda e abrangente, capaz de expor uma tensão ainda mais vibrante entre a recepção do passado e a vivência do presente. A perspectiva que se abre, à luz do pensamento de Ricoeur, introduz as expectativas de futuro nesse jogo entre o presente e o passado, de modo a complementar a proposta de Gadamer. É nesse sentido que a dialética das temporalidades pode ser vista sob uma nova luz: a “fusão de horizontes” no empreendimento hermenêutico ocorre também quando, no esforço presente de criar uma expectativa de futuro, voltamo-nos para o passado

para reinterpretá-lo. Nessas condições, somos de fato “afetados”, já que a ação retroativa se perfaz mediante um olhar intencional do futuro sobre a apreensão do passado, o que possibilita que a própria história possa ser lida sempre de modo diferente.

Dessa forma, nossas visões de futuro têm um efeito ainda maior de abrir no passado, considerado findo e acabado, potencialidades não realizadas, contrariadas ou até massacradas (RICOEUR, 1997, p. 372). Com os olhos postos no futuro, nossas experiências passadas podem ser reinterpretadas no presente, fazendo com que nossa história seja revelada como uma tradição ainda viva e aberta. Por outro lado, experiências assim modificadas têm a força de libertar-nos, aqui e agora, de sedimentações de uma dada tradição rígida, o que abre caminho para novas expectativas. É então, por esse jogo de experiências e expectativas, que a hermenêutica de uma consciência exposta aos efeitos da história pode ser pensada como forma de articulação entre integração numa tradição e reabertura das promessas criadoras. “Em suma, é preciso elevar-nos a uma concepção aberta da tradição. Mais exatamente, é preciso reabrir o passado e liberar sua carga de futuro. Não será esta uma forma de migração no irrealizado do passado?” (RICOEUR, 1994, p. 93).

#### **4 Hermenêutica crítica das tradições e constitucionalismo: um diálogo necessário**

As contribuições de Gadamer e de Ricoeur para uma hermenêutica da consciência histórica podem indicar algumas orientações possíveis para uma compreensão mais abrangente do problema do constitucionalismo democrático. A inserção, por eles provocada, das noções de temporalidade e de historicidade como constitutivas de

nossa compreensão e de nossa existência implica um modo específico de conceber a Constituição, no sentido de evidenciar a importância de levar em conta nossas heranças jurídicas e culturais como parte de uma história constitucional viva, ainda por fazer. Nesse sentido, o constitucionalismo pode ser percebido como um tecido de tradições jurídicas e políticas cruzadas que refletem a própria experiência da cidadania, que só pode ser interpretada e assimilada sob o ponto de vista interno de quem está inserido nesse jogo da normatividade do Direito.

Deixar-se afetar pelo passado significa, então, resgatar as promessas jurídicas já inscritas em nossa história constitucional e não deixar que se apague o significado das “origens” de nossas instituições e dos percursos de reconhecimento dos direitos inscritos no texto de nossas Constituições, pois nossa tradição considerá-las como documento político-jurídico criativo e fundador que conecta a fundação de nossa sociedade ao seu próprio amanhã (GARCÍA-VILLEGAS, 2003, p. 1). Sob essa perspectiva, a tradição político-constitucional legamos promessas normativas e todo um conjunto de pré-compreensões que formam nosso horizonte histórico de compreensão das noções de justiça e de emancipação que continua a ser construído no tempo presente. Na ausência dessa estrutura política prévia de compreensão, não estaríamos aptos hoje a atribuir sentido à prática constitucional nem fornecer a nós mesmos orientações gerais de uma história que precisa ser seguida. Por isso, “diz-se, com justeza, que uma das fontes de estabilidade da democracia, é uma longa experiência democrática” (BARASH, 2002, p. 91).

O processo de constitucionalização exige, nesse sentido, uma obrigação permanente de retomada das diversas histórias de um povo, refazendo assim o percurso das conquistas das lutas por reconhecimento que incorporam na tradição compromissos normativos de longo

prazo. No contexto dessa análise, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) não corresponde a nenhum “grau zero” de juridicidade, não é o início da experiência de cidadania, mas fundação de uma promessa que se foi sedimentando como tal pelas lutas por direitos ao longo do período de repressão da ditadura e pela disputa narrativa em torno do conteúdo dos comprometimentos públicos voltados para o futuro, e, por isso, mantém vivo o conflito subjacente a qualquer negociação.

Contudo, sob outro ângulo, poderíamos também afirmar que essa mesma tradição jurídica é portadora de experiências de violências e de exclusões, lugar de projetos abortados, tentativas reprimidas e promessas não realizadas. Assim, em qualquer tradição jurídica, mesmo nas mais pluralistas e democráticas, nem todas as culturas, religiões e formas de vida podem ser representadas totalmente por uma identidade constitucional (ROSENFELD, 2003), existindo sempre pontos de vista invisíveis que nosso ordenamento jurídico deixa nas suas margens ou mesmo exclui. Reconhecer isso, no entanto, não retira a força do empreendimento de uma hermenêutica da consciência histórica: ela ainda aqui nos pode socorrer.

Dessa perspectiva, é preciso tornar claro que ser-afetado pelo passado é também reconhecer o sentimento de endividamento que temos com a nossa história, assumindo seus erros, suas violações e seus tropeços. A fusão de horizontes pode ser mais uma vez aqui requerida, pois essa dívida é desvelada à medida que as narrativas não hegemônicas possam ser cruzadas com outras narrativas que com elas se entrelacem e se tornem públicas. Esse movimento é essencial para que o horizonte histórico possa ampliar-se e enriquecer-se, o que torna possível o aprendizado com as experiências, mesmo que sensíveis e dolorosas, do nosso passado. Ora, só uma leitura da história jurídica e constitucional

que perpassa o olhar do outro pode torná-la uma tradição aberta e viva “capaz de amparar uma ação política vigorosa na memorização das potencialidades abafadas ou recalçadas do passado” (RICOEUR, 1997, p. 376).

É retomando nossa história de direitos prometidos, mas ainda não cumpridos – como o compromisso jurídico com a construção de uma sociedade política fraterna, pluralista e sem preconceitos expressos no preâmbulo da CRFB (BRASIL, [2019]), ou ainda com os grandes ideais de igualdade e liberdade para todos como promessas da modernidade –, que estamos aptos a reabrir o passado com base nas narrativas ainda não reconhecidas no plano jurídico para que assim possamos liberar sua carga de futuro. Por isso, torna-se tarefa hermenêutica interpretar o passado dos projetos de cidadania sob a luz das nossas expectativas de hoje, o que exige uma ação retroativa que reconstrua tanto as violações de direitos quanto os percursos de lutas por reconhecimento ao longo da história do povo e de toda a humanidade. O interessante é, então, liberar essas expectativas e promessas não satisfeitas e incorporá-las às nossas próprias expectativas de hoje para lhes dar um conteúdo, de forma que possamos cobrá-las, aqui e agora, na própria dinâmica interna do processo de constitucionalização:

O que esta abertura recoloca é a constitucionalização como tarefa permanente, e transmitida pelo passado, a cada nova geração – e, assim, os grandes eventos que marcam a sua descontinuidade e abertura poderão ser retrospectivamente recompostos como partes desse aprendizado histórico, que representa a experiência da cidadania –, no exercício da autodeterminação jurídico-política e na defesa de uma identidade constitucional aberta, sobre o pano de fundo de uma história mundial do constitucionalismo democrático. E talvez esta seja justamente a nossa herança mais importante a ser resgatada do passado,

“a responsabilidade no presente por um futuro-em-aberto” (OLIVEIRA, 2009, p. 392).

Esse olhar requer uma tradição constitucional narrada e narrável, que reconheça que a história das violações ou exclusão de direitos não é um peso de um destino inexorável<sup>3</sup>, muito menos um trauma que deve ser esquecido para ser superado. Ao contrário, essa história deve ser incorporada à nossa consciência como um lugar de experiência e de disputa, espaço de consciência crítica e aprendizado, na medida em que é possível tirar partido dos seus ensinamentos e assumir a responsabilidade por seus deslizes e desacertos. É dentro dessa lógica que a hermenêutica pensada na própria dinâmica do constitucionalismo não busca apenas revigorar os símbolos e sentidos da nossa tradição constitucional renovando-os e alargando-os, mas coloca-se diante do compromisso de reinventar essas mesmas promessas criadoras, repensando o rumo do presente, pois sabe ouvir as vozes do passado. Compreendido assim, o constitucionalismo encontra-se apto a enraizar-se como experiência democrática em nossa tradição política, de modo aberto à possibilidade constante de autocorrigir-se no tempo, pois só uma hermenêutica da consciência histórica é capaz de fornecer padrões consistentes para que possamos avaliar, reparar e repensar a própria história.

## 5 Conclusão

Ao longo do nosso percurso, procuramos reconstruir o problema da tradição e da historicidade à luz do diálogo entre a hermenêutica

<sup>3</sup>Na obra *Constitucionalismo do atraso* (COSTA JUNIOR, 2017), discute-se criticamente a questão da imagem predominante do Brasil – associada quase sempre de modo pejorativo ao atraso, à passividade e à corrupção – como um discurso compulsivo-repetitivo que reifica a identidade, produto de uma história contada de uma vez por todas.

de Gadamer e de Ricoeur, com a finalidade de pensar o próprio constitucionalismo. Foi possível analisar a tensão vibrante da recepção do passado e a vivência do presente com as expectativas de futuro, de modo a demonstrar, com olhos postos no amanhã, a exigência de se interpretar e abrir nesse mesmo passado, considerado findo e acabado, potencialidades não realizadas, contrariadas ou até massacradas.

Conclui-se que tal hermenêutica crítica da consciência histórica possibilita pensar a tradição constitucional como espaço de experiência e de disputa, lugar de consciência crítica e aprendizado, situação na qual é possível tirar partido de seus ensinamentos e assumir a responsabilidade por seus erros e tropeços.

### Sobre o autor

Ernane Salles da Costa Junior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil, com estágio doutoral no instituto Fonds Ricoeur, vinculado à École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, França (Bolsa Capes); mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor em Direito Constitucional pela UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor substituto da Faculdade de Direito e de Ciências do Estado da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: [profernanesalles@gmail.com](mailto:profernanesalles@gmail.com)

### Como citar este artigo

(ABNT)

COSTA JUNIOR, Ernane Salles da. Constitucionalismo e hermenêutica crítica da consciência histórica: Ricoeur, leitor de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 165-178, out./dez. 2020. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p165](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p165)

(APA)

Costa, E. S. da, Jr. (2020). Constitucionalismo e hermenêutica crítica da consciência histórica: Ricoeur, leitor de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 165-178. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p165](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p165)

### Referências

BARASH, Jeffrey Andrew. Por uma política da memória, a partir de uma interpretação da sabedoria prática em Paul Ricoeur. In: CESAR, Constança Marcondes (org.). *A hermenêutica francesa*: Paul Ricoeur. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2002. p. 91-103. (Coleção Filosofia, 140).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

COSTA JUNIOR, Ernane Salles da. *Constitucionalismo do atraso*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. Gadamer, Hans-Georg. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 372-374.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise: reflexões de teoria da Constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do Poder Judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organização de Pierre Fruchon. Tradução de Paulo Cesar Duque-Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

\_\_\_\_\_. Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de efetuação: entrevista de Jean Grondin com H.-G. Gadamer. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (org.). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2000. p. 203-222. (Coleção Filosofia, 117).

\_\_\_\_\_. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. (Coleção Pensamento Humano).

GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Law as hope: constitutions, courts and social change in Latin America. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 2003, Coimbra. [Anais]. Coimbra: [s. n.], 2003. p. 1-27. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/MauricioVillegas.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte 1*. Tradução de Marcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1989. (Coleção Pensamento Humano).

KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: "o que é o Iluminismo?"*. Tradução de Artur Morão. [S. l.: s. n., 1784]. Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_o\\_iluminismo\\_1784.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf). Acesso em: 25 ago. 2020.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. (Coleção Filosofia, 39).

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada "transição política brasileira". In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 367-400.

PEREIRA, Miguel Baptista. A hermenêutica da condição humana de Paul Ricoeur. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, v. 12, n. 24, p. 235-277, 2003. Disponível em: [https://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/a\\_hermeneutica\\_da\\_condicao\\_humana](https://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/a_hermeneutica_da_condicao_humana). Acesso em: 25 ago. 2020.

RIKOEUR, Paul. A crise da consciência histórica e a Europa. Tradução de Carlos Thadeu C. de Oliveira. *Lua Nova*, [São Paulo], n. 33, p. 87-95, ago. 1994. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451994000200007>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451994000200007&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451994000200007&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e ideologias*. Organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990. (Episteme).

\_\_\_\_\_. *Tempo e narrativa*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papirus, 1997. t. 3.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

# Teoría del motivo económico válido: ¿seguridad jurídica o capacidad económica?

Una aplicación de la norma antielusiva en España

ANDRÉ FELIPE CANUTO COELHO

**Resumen:** En el presente artículo se examina la problemática de la delimitación del concepto del motivo económico válido en la legislación antielusiva de España. En este intento, son observados dos de los principios fundamentales de la tributación: la seguridad jurídica y la capacidad económica del contribuyente. Asimismo, empieza con un abordaje histórico de la interpretación económica del derecho tributario para enseguida tratar de los institutos del conflicto en la aplicación de la norma y del fraude de ley. Al analizar la aplicación de la norma antielusiva prevista en el artículo 89.2 de la actual Ley del Impuesto sobre Sociedades, efectúa una crítica respecto a cómo la Corte Suprema aplica esta norma y al razonamiento del Tribunal para derivar efectos jurídicos sobre la base del contenido económico.

**Palabras clave:** Elusión. Motivo económico válido. Seguridad jurídica. Capacidad económica. Fraude de ley.

## Business purpose theory: rule of law or ability to pay principle? An application of anti-avoidance rule in Spain

**Abstract:** The paper verifies the problematic concept of the business purpose theory in the Spanish anti-avoidance regulation. In doing so, it tries to link two of the main principles of taxation: the rule of law and the ability to pay principle. Likewise, it begins with a historical approach to the economic interpretation of tax law and it also deals with the institutes of the conflict in the application of the norm and the abuse of law. When analyzing the application of the anti-avoidance rule provided by article 89.2 of the current Spanish Corporate Tax Code, it criticizes how the Supreme Court applies this rule and the reasoning from which the Court derives legal effects based on economic contents.

Recebido em 28/5/20  
Aprovado em 24/7/20

**Keywords:** Tax avoidance. Business purpose theory. Rule of law. Ability to pay. Abuse of law.

## 1 Introducción

Existen instituciones del derecho tributario que siguen siendo, desde su apareamiento, objeto de preocupación por parte de la jurisprudencia y de la doctrina. Las normas antielusión hacen parte de ese conjunto. Los términos sobre la materia son diversos: fraude de ley, elusión, economía de opción, conflicto en la aplicación de la norma, recalificación jurídica, cláusulas generales antiabuso, planificación tributaria, interpretación económica, etc. Muchos de esos términos son vagos, con múltiples significados. Además, en la busca por definir tales conceptos, son observados, muchas veces, juicios morales, que se alejan de una necesaria delimitación jurídica.

En términos sencillos, el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales, situación donde nace y se paga un tributo, distingiéndose de la planificación tributaria, que va a ser vista, en este trabajo, como la realización de cualquier tipo de actos o negocios para disminuir la carga tributaria<sup>1</sup>. Entre las planificaciones tributarias, se apuntan aquí dos categorías: la economía de opción y la elusión. Como economía de opción se entienden las opciones lícitas que el propio ordenamiento ofrece al contribuyente para que escoja una menor imposición.

Para la *elusión*, véase, de primero, la definición del acto de eludir conforme al Diccionario de la Real Academia Española: “Evitar con astucia una dificultad o una obligación” (ELUDIR, c2020). Así, no se aleja de esa definición, cuando se propone como elusión tributaria el uso de formas jurídicas lícitas inusuales y/o artificiosas, y no simuladas<sup>2</sup>, con el fin de evitar total o parcialmente la carga fiscal de las actividades económicas prevista por el ordenamiento jurídico.

Para lidiar con el problema de la elusión, los ordenamientos jurídicos occidentales establecieron tres maneras. En primer lugar, utilizan herramientas de derecho civil como el fraude de ley, la simulación, la analogía, etc. En ese caso, si por un lado el sistema jurídico se mantiene

---

<sup>1</sup> La evasión fiscal, el ocultamiento u omisión de pago de la obligación tributaria ya nacida, y realizado de forma dolosa, no será objeto de este trabajo.

<sup>2</sup> Albaladejo García (2005, p. 32) considera que el negocio simulado es un negocio que aparenta lo que no es pues la declaración de voluntad que contiene no responde a una voluntad negocial verdadera. En realidad, lo que se declara no se quiere.

intacto, como algo único, por otro, aparecen numerosos problemas prácticos debido a las singularidades del mundo tributario.

En países como España<sup>3</sup>, Italia<sup>4</sup>, Francia<sup>5</sup>, Alemania<sup>6</sup> hay igualmente las llamadas normas generales antielusión<sup>7</sup>. Son, en realidad, todas aquellas normas que permiten a las administraciones tributarias de recalificar los negocios o actos jurídicos realizados con un objetivo exclusivamente fiscal, no previsto en el ordenamiento y sin otros motivos económicos válidos.

Por último, hay legislaciones que indican la posibilidad de utilización de la interpretación económica como prevén las legislaciones chilena y argentina<sup>8</sup>. Pero, fue en Alemania, por ocasión del surgimiento del primer código tributario moderno, el *Reichsabgabenordnung*, que se impuso que las leyes sobre tributos deberían ser interpretadas de una manera diferente y por un método especial. En sus artículos 4<sup>º</sup> y 5<sup>º</sup>:

4<sup>º</sup> En la interpretación de las leyes tributarias, hay que llevar en consideración su finalidad, su significado económico y la evolución del medio social.

5<sup>º</sup> La obligación tributaria no puede dejar de ser paga o disminuida por el abuso de las formas o por la posibilidad de adaptación del derecho civil (DEUTSCHLAND, 1919, traducción propia).<sup>9</sup>

En ese sentido, cuando el derecho tributario hiciera referencia a institutos y conceptos de otras ramas del derecho, el intérprete de la ley debía tomar como referencia no el *fato* o *ato* jurídico con su específica naturaleza jurídica, sino que el *fato* económico que estaría por detrás de la figura jurídica, o mejor, los efectos económicos decurrentes del *fato* jurídico.

El principal artífice de ese código, el jurista Enno Becker, decía “es competencia de la Corte Suprema Financiera completar el derecho establecido en la ley, el cual fue mal hecho por razones de urgencia y necesidad, u otras veces dejado expresamente incompleto. En este trabajo, el rol fundamental pertenece al juez” (VANONI, 1973, p. 206-207).

---

<sup>3</sup> Artículo 15 de la Ley General Tributaria (Ley n<sup>º</sup> 58/2003).

<sup>4</sup> El artículo 37 bis del Decreto n<sup>º</sup> 600/1973.

<sup>5</sup> El artículo 64 del Código de Procedimiento Fiscal.

<sup>6</sup> Artículo 42 de la Ordenanza Tributaria alemana de 1977.

<sup>7</sup> *General anti-avoidance rules (GAAR)*, en inglés.

<sup>8</sup> Artículo 160 del Código Tributario chileno. Para Argentina, el artículo 7<sup>º</sup> del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires y los artículos 1<sup>º</sup> e 2<sup>º</sup> de la Ley de Procedimientos Tributarios de la Nación.

<sup>9</sup> El original: “§ 4. Bei auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhaeltnisse zu beruecksichtigen. § 5. Durch Missbrauch Von Formen, und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes kann die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemindert werden”.

Esa teoría, a su vez, fue bien recibida por el nacionalsocialismo, el cual, en 1934, aprobó la Ley de Adaptación Tributaria, imponiendo:

§ 1

- (1) Las leyes fiscales deben interpretarse de acuerdo con las concepciones nacionalsocialistas.
- (2) Se debe tener en cuenta la perspectiva popular, el propósito y la importancia económica de las leyes fiscales y el desarrollo de las circunstancias.
- (3) Lo mismo se aplica a la evaluación de los hechos imposables (DEUTSCHLAND, 1934, traducción propia).<sup>10</sup>

Lo interesante es observar que cuando Becker (1937, p. 165, traducción propia) comenta sobre el inciso 1 del § 1º de la Ley de Adaptación, según lo cual las leyes fiscales deben ser interpretadas de acuerdo con las concepciones del nacionalsocialismo, afirma él que esa regla “fue pensada como una guía conductora, para informar y animar la aplicación del derecho y de la jurisprudencia”.

Todavía hoy esta teoría aparece en algunas categorías e instituciones del derecho tributario en España no como algo a ser seguido más si como una frontera que no debe ser alcanzada. Son figuras que siguen siendo objeto de estudios recurrentes de la doctrina y por parte de los tribunales, administrativos y judiciales. Son ellas las normas antielusión.<sup>11</sup>

España, a su vez, fue uno de los pocos países que desde los años 60 (artículo 24 de la anterior Ley General Tributaria (Ley nº 230/1963) (ESPAÑA, [2011b])) presentó una preocupación primera con respecto a ese tema, lo que determinó una construcción doctrinal y jurisprudencial muy temprana. Además, la Ley General Tributaria nº 58/2003 (LGT) (ESPAÑA, [2020b]), como suele decir Delgado Pacheco (2018, p. 37), “se estaba anticipando a una tendencia internacional que extendería el uso de las normas antielusión como instrumentos para luchar contra la planificación fiscal”.

Mientras tanto, el Tribunal Supremo de España viene consolidando una jurisprudencia en la aplicación de las normas antielusión que se aleja de un análisis aislado de cada una de las operaciones realizadas y la causa de cada una de ellas, para centrar su atención en todas ellas como un conjunto que persigue una finalidad negocial. Busca, así,

---

<sup>10</sup> El original: “§ 1 (1) Die Steuergesetze sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen. (2) Dabei sind die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen. (3) Entsprechendes gilt für die Beurteilung von Tatbesänden.”

<sup>11</sup> Relevante, en ese aspecto, la obra de Palao Taboada (2009).

verificar se existe o no una artificiosidad o un carácter inusual de las operaciones realizadas, una desmesura de las operaciones mercantiles. Para él, las operaciones necesitan ser creíbles y a exigir que haya una explicación de las razones para las operaciones. Recoge el Tribunal a la teoría del motivo económico válido.

Por consiguiente, vamos a llevar a cabo una breve investigación de como esta teoría, jurisprudencialmente, evolucionó en España a partir de algunos casos llevados al Tribunal Supremo y de cómo esta construcción intenta cada vez más garantizar el principio de la no sorpresa, o de la seguridad jurídica, a pesar de que, en algunas ocasiones, el principio de la capacidad contributiva parece prevalecer.

El artículo está dividido en varias secciones. En la primera, explicaremos como la lógica del sistema jurídico alemán inicialmente bajo la República de Weimar y después, con el Tercer *Reich*, permitió el florecimiento de la interpretación económica de las leyes tributarias. Después, enfrentaremos, de una forma sencilla, los temas de los principios de seguridad jurídica y de la capacidad económica de los contribuyentes, tal como el Tribunal Constitucional<sup>12</sup> las ve. Enseguida, verificaremos las dos principales figuras involucradas en el tema de elusión tributaria, el fraude de ley tributaria y el conflicto de normas tributarias, para, en un tópico después, tratar de la teoría del motivo económico válido. Luego, estudiaremos algunas de las principales decisiones del Tribunal Supremo español en las cuales la ausencia de motivo económico válido fue decisiva para aplicar la ley antielusiva. Finalmente, en la conclusión, se evaluará si el principio de la

<sup>12</sup> Mientras al Tribunal Constitucional se indica la última interpretación de los preceptos constitucionales en cuanto a la extensión y límites de los valores superiores como la libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, el Tribunal constituyese en tribunal superior en todos los órdenes (civil, penal, contencioso-administrativo y social).

seguridad jurídica sigue siendo el marco único para las decisiones del Tribunal Supremo.

## 2 A servicio de la comunidad física de la sangre y del suelo

Fue en Alemania que el sistema de un código general tributario fue implantado por primera vez. La denominada ordenanza tributaria (*Reichsabgabenordnung*) tenía tres objetivos fundamentales. Permitir la independencia financiera del gobierno central (el *Reich*) con relación a los gobiernos regionales fue el primero. A su vez, cambió la estructura tributaria al introducir el impuesto sobre la renta, tanto de las personas físicas como sobre las sociedades. Y, lo más importante, estableció un tratamiento jurídico común a todos los tributos a través de una serie de principios generales aplicables<sup>13</sup>.

Entre esos principios, uno merece nuestra atención. Es lo previsto en su artículo 4º: “En la interpretación de las leyes tributarias, hay que llevar en consideración su finalidad, su significado económico y la evolución del medio social” (DEUTSCHLAND, 1919, traducción propia).<sup>14</sup>

Lo que debe interesar al derecho tributario es la relación económica<sup>15</sup>. En otras palabras, a él le importaría únicamente la riqueza que fue generada, desvinculándose de la forma externa sea del hecho, de la circunstancia o del acontecimiento que el legislador eligió, por su nacimiento, como condición necesaria para la existencia de la obligación tributaria.

Para Becker (2004, p. 129, traducción propia):

<sup>13</sup> Para ese período, es lectura obligatoria la obra de Davin (1940).

<sup>14</sup> El original: “Bei auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu beruecksichtigen”.

<sup>15</sup> Se destacan para entender mejor ese periodo histórico las obras de Griziotti (1953), Ball (1924) y Falcão (1993).

Al interpretar la ley tributaria, hay que tener en consideración el hecho económico o los efectos económicos del *fato jurídico* referido en la ley. En ese sentido, a pesar que el hecho jurídico fuese de naturaleza jurídica diversa de aquella expresada en la ley, el mismo tributo sería cobrado, pues lo que basta es la equivalencia de los hechos económicos subyacentes o los efectos económicos originados del hecho jurídico.<sup>16</sup>

Esa teoría hermenéutica recibió la máxima consagración al ser aceptada por el gobierno nacionalsocialista a través de la Ley de Adaptación, que en su § 1º determinó: “(1) Las leyes fiscales deben interpretarse de acuerdo con las concepciones nacionalsocialistas. (2) Se debe tener en cuenta la perspectiva popular, el propósito y la importancia económica de las leyes fiscales y el desarrollo de las circunstancias” (DEUTSCHLAND, 1934, traducción propia).<sup>17</sup>

Para entender como ese principio cayó como anillo al dedo del nuevo régimen alemán, citamos Sainz de Bujanda (1975, p. 364). Ese autor afirma que hubo dos principios basilares del sistema político nacionalsocialista. El primero, el *Führerprinzip*, indicaba que las decisiones importantes deberían ser tomadas no por una multitud de representantes, pero por una sola persona, el *Führer*. Para eso, todo poder a él para que lo pudiera ejercer según los deseos del pueblo.

El segundo principio, y tal vez lo que explica la manera peculiar de la aplicación de las normas fiscales, es el principio de comunidad. Para los

nacionalsocialistas, la comunidad no tendría personalidad jurídica, sería simplemente la comunidad física y de sangre. Conde (1953, p. 296) destacaba que, en este caso, no habría espacio ni para súbditos o para miembros del Estado, sino únicamente connacionales insertos en la comunidad.

Esto porque, de acuerdo con Sainz de Bujanda (1975, p. 372), el principio de comunidad física de la sangre y del suelo “no fue propicio para que pudiera levantarse en aquel régimen un sistema de derechos del contribuyente, ni para la elaboración de una doctrina jurídica del tributo”. Bien, para él, los derechos subjetivos, entre los cuales los derechos del contribuyente, solamente podrían existir en un Estado de derecho, capaz de resolver los conflictos entre el poder y derecho y entre pueblo y Estado. En un Estado de derecho habría límites normativos al poder público y al pueblo, ente autónomo, se le otorgaría poder para intervenir en la vida del Estado para reorientar sus fines.

Continúa Sainz de Bujanda (1975, p. 373) al afirmar que cuando la actividad estatal no se ajustase a la legalidad existente, lesionando intereses de los particulares reconocidos legalmente, surgirían los derechos públicos subjetivos en un Estado de derecho, los cuales serían amparados por los órganos jurisdiccionales. En ese paso, el derecho objetivo sería un conjunto “de reglas abstractas que han de interpretarse en criterios lógicos, para que su aplicación por las autoridades haga efectiva la seguridad jurídica, supremo ideal”.

Sin embargo, el nacionalsocialismo no funcionaba así. De primero, el derecho era algo único, una totalidad, suficiente para deshacer cualquier oposición entre pueblo y Estado, entre derecho y moral y entre justicia y ley. Así, la moral nacionalsocialista estaría inserta en el derecho y así sería él capaz de unir razón y espíritu (QUINTANO RIPOLLÉS, 1935, p. 170). Y más

<sup>16</sup> El original: “Na interpretação da lei tributária dever-se-ia ter em conta o fato econômico ou os efeitos econômicos do fato jurídico referido na lei tributária, de tal modo que, embora o fato jurídico acontecido fosse de natureza diversa daquela expressa na lei, o mesmo tributo seria devido, bastando a equivalência dos fatos econômicos subjacentes ou dos efeitos econômicos resultantes de fatos jurídicos de distinta natureza”.

<sup>17</sup> El original: “Die Steuergesetze sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen. Dabei sind die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen”.

que eso: los conceptos de Estado y pueblo no son distintos ya que los intereses del pueblo quedan incorporados a los intereses del Estado.

Las diferencias entre moral y derecho o entre derecho y justicia, en su turno, serían resueltas al adaptarse las leyes a los retos morales del momento. El sentimiento moral del jugador sería crucial en esos casos. Así, las leyes cayeran en desgracia y claro, sus métodos de interpretación cambiarían por completo. Al final, el resultado debería ser “lo que resulta útil al pueblo alemán”<sup>18</sup>. No habría posibilidad entonces de oposición entre intereses del Estado y del individuo. Todo serían intereses del pueblo. En este contexto están inscritos los principios tributarios nazis. Y justamente en materia de interpretación legal es donde se puede observar una grande desvalorización de los derechos públicos objetivos.

Retomemos Sainz de Bujanda (1975). Los derechos particulares frente al fisco expresarían, en realidad, un derecho genérico a la legalidad de los tributos. Por eso, deberían poder impugnar un acto de clasificación, de calificación, de aplicación de tipos u otros, desde que demuestren una situación no prevista en la ley. Es por eso por lo que la seguridad jurídica del contribuyente depende del rigorismo lógico de la interpretación. ¿Sería posible que la lógica jurídica produjera la vitoria de los intereses del individuo frente al Estado, frente a la comunidad? ¡No! Como respuesta, tenemos el artículo 1º de la Ley de Adaptación, que se repisa: “Las leyes fiscales deben interpretarse de acuerdo con las concepciones nacionalsocialistas”. En realidad, destaca Sainz de Bujanda (1975, p. 378), “aquella norma sirvió a los Tribunales para asegurar al Tesoro la percepción de las cuotas tributarias discutidas por el particular”.

<sup>18</sup> Según escribió Sainz de Bujanda (1975, p. 374), al referirse al Dr. Frank, ministro del Reich.

### 3 Consideraciones sobre la seguridad jurídica y la capacidad contributiva en el derecho tributario según el Tribunal Constitucional

#### 3.1 Seguridad jurídica

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 27/1981 (ESPAÑA, 1981) ya observó que el principio de seguridad jurídica sirve para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de derecho. Así, según él, presenta ese principio múltiples dimensiones: i) certeza del derecho positivo; ii) expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho; iii) confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general; iv) previsibilidad de los efectos que se derivan de la aplicación de las normas y de las propias acciones o de las conductas de terceros (RODRÍGUEZ BEREIJO, 2015, p. 162).

Rodríguez Bereijo (2015, p. 163) afirma aún que este principio tiene una gran relevancia en el derecho tributario por el enorme volumen y variabilidad de la legislación fiscal:

sometida a un continuo proceso de adaptación y cambio, así como por su carácter asistemático y carente de buena técnica jurídica, circunstancias que dificultan no sólo su conocimiento y comprensión sino también – lo que es más importante cuando se trata de la aplicación de los tributos – su previsibilidad, de modo que el contribuyente pueda ajustar su comportamiento económico al coste previsible de los impuestos, calcular de antemano la carga tributaria y pagar la menor cantidad de impuestos que las leyes permitan.

Interesante observar otro juzgado del Tribunal Constitucional, el Sentencia 150/1990 (ESPAÑA, 1990b), que aquí se resume. La seguridad jurídica

es: “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo [tiene] aquel principio”.

A su vez, “los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma”. Así, sería extremadamente importante para la certeza del derecho y la seguridad jurídica “el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas”, principalmente cuando se trata de “un sector como el tributario que” regula “actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos” (ESPAÑA, 1990b).

Remata el Tribunal: “una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia” (ESPAÑA, 1990b).

En otras palabras, el sistema tributario debe de ser orientado con base en las normas vigentes. Así, la certeza y el conocimiento del derecho aplicable, la previsibilidad sobre su relativa permanencia frente a sorpresas legislativas constituyen la base de la tributación del Estado de derecho.

### **3.2 Capacidad económica**

En el artículo 31.1 de la Constitución española (CE) (ESPAÑA, [2011a]) los principios de justicia de la imposición se enuncian: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

Para el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 19/2012 (ESPAÑA, 2012a), la justicia tributaria que anuncia el art. 31.1 de la CE:

no es un principio constitucional del que deriven derechos u obligaciones para los ciudadanos, sino un fin del sistema tributario, que sólo se conseguirá en la medida en que se respeten los restantes principios constitucionales (seguridad jurídica, igualdad, capacidad económica, progresividad y no confiscatoriedad).

Verdaderamente, la capacidad económica puede ser pensada como un límite jurídico a la libertad de configuración del legislador en materia tributaria. No obstante, su concreción y su ámbito de aplicación queda todavía impreciso. ¿Sería la capacidad económica un criterio de interdicción de la arbitrariedad del legislador en materia tributaria? En

ese caso, no se consigue alcanzar la justicia en la imposición una vez que no se podrá obtener la delimitación concreta y precisa de cada figura tributaria.

Por otro lado, un tema recurrente es si el principio de capacidad económica se aplica a toda clase de tributos o si existen figuras tributarias en las que el justo reparto de la carga no ha de buscarse desde la perspectiva de la capacidad de pago sino del principio del beneficio y así la capacidad económica no constituye una exigencia constitucional. Otra discusión es si ese principio tiene el mismo alcance, sea para los tributos directos sea para los indirectos<sup>19</sup>.

Martín Delgado (1979) advierte que el principio de capacidad económica en la Constitución española es algo único cuando se compara con otras formulaciones constitucionales ya que no lo erigen como un ancla, no se constituyendo como el único criterio material de justicia tributaria. Aparece él siempre vinculado a otros principios del derecho tributario como la generalidad, la progresividad y la no confiscatoriedad. Todo eso para intentar el ideal de justicia en el reparto de la carga fiscal.

Por ende, el Tribunal Constitucional en las Sentencias 27/1981 y 76/1990 ya decidió que la capacidad económica, a efectos de contribuir a los gastos públicos, significa: “la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra” (ESPAÑA, 1981); “un mandato que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos e incide en la naturaleza misma de la relación tributaria” (ESPAÑA, 1990a). Por otro lado, entiende que la capacidad económica no puede “erigirse en criterio exclusivo de justicia tributaria, en la única medida de la justicia de los tributos” (ESPAÑA, 1992).

En realidad, a partir de estas discusiones, entendemos que, para que no se contradiga la Constitución, al establecer cualquier tributo el legislador tiene que demostrar que la capacidad económica existe, aunque sea “como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados [...] para que aquel principio constitucional quede a salvo” (ESPAÑA, 1987). Constatamos que esa relativización del principio de capacidad económica desde la perspectiva de la realización de la justicia tributaria llevó al Tribunal Constitucional a afirmar, en la Sentencia 221/1992:

De una parte, el principio de capacidad económica no es un axioma del que puedan extraerse, por simple deducción lógica, consecuencias positivas, precisas y concretas, sobre la particular regulación de cada figura tributaria. De otra, es constitucionalmente posible que el legislador

---

<sup>19</sup>No es objetivo de este estudio tratar de estos temas, que pueden ser revisados en las obras de Casado Ollero (1982, 1985).

tributario, al regular cada figura impositiva, otorgue preeminencia a otros valores o principios, respetando, en todo caso, los límites establecidos por la Constitución. La cuestión que debe resolverse es, por tanto, si el legislador al establecer el contenido del precepto ahora enjuiciado ha rebasado los límites que le impone el texto constitucional, representados en este caso por el principio de capacidad económica (ESPAÑA, 1992).

Importante la observación de Martín Queralt, Lozano Serrano, Tejerizo López y Casado Ollero (2010, p. 268):

si el hecho imponible descrito por la ley encierra en abstracto y en general una manifestación de capacidad económica, son la base imponible y el tipo de gravamen los que han de adaptar la prestación a la capacidad económica concreta demostrada por el hecho realizado y el sujeto que los efectúa. El artículo 31.1 CE no es solo un mandato al legislador, sino un precepto que exige los resultados que debe arrojar el sistema tributario y, en consecuencia, sus principios habrán de estar presentes en la configuración del quantum de la prestación, imponiendo así una vinculación material a la cuantificación del tributo.

A su vez, el principio de capacidad económica impone la igualdad ante la ley. La igualdad en el reparto de la carga tributaria será imposible si la ley, cuando cuida de los elementos esenciales de la obligación tributaria lo hace de manera arbitraria, refiriéndose de manera desigual a supuestos de hecho sustancialmente idénticos.

De lo que cabe copiar parte de la Sentencia 46/2000 (ESPAÑA, 2000), cuando afirma que el art. 31.1 de la CE no exige que el legislador deba tomar en consideración cada una de las posibles conductas que los sujetos pasivos puedan llevar a cabo en orden a la obtención de sus rendimientos, en el ámbito de su autonomía patrimonial. Sin embargo, para el Tribunal, la ley debe necesariamente arbitrar los medios oportunos o las técnicas adecuadas que permitan reflejar la totalidad de los rendimientos obtenidos por cada sujeto pasivo en la base imponible del ejercicio, ya sean regulares, ya tengan naturaleza irregular.

#### **4 Elusión: ¿fraude o conflicto?**

En ese capítulo vamos a descubrir el apareamiento en la legislación española de las primeras tentativas legislativas que tienen por objeto gravar hechos realizados con el propósito de eludir el tributo. Concordaremos con la posición doctrinal de que cambio de denominación (fraude de ley para conflicto en la aplicación de las normas) fue únicamente un cambio semántico, ya que el instituto continuó a tener la misma función.

La Ley General Tributaria de 1963 (ESPAÑA, [2011b]) incorporó al ordenamiento jurídico tributario los conceptos de calificación, de analogía y de interpretación. Además, en su artículo 24, se reguló por primera vez el fraude de ley tributaria, para combatir la actuación del contribuyente tendente a impedir, mediante artificios o abusos formales, el nacimiento o la realización del hecho imponible y sin incurrir en incumplimiento del deber de pagar.

De acuerdo con García Novoa (2004, p. 27-28), el *fraus legis* sería una característica común de la actuación del particular la “evitación” de un resultado que suele ser contrario a sus intereses privados. Para eso, se buscaría huir de la aplicación de normas que serían desfavorables al mismo tiempo que se permanecería, en principio, en el marco de la legalidad estricta. Al cometer un fraude de ley tributaria, por ejemplo, buscarían los contribuyentes un fin doble: un resultado económico beneficioso – obtención de lucro inmediato o evitación de costes –, y, claramente, escapar o disminuir el ámbito de incidencia de la norma tributaria, evitando o reduciendo el pago del tributo.

Ese mismo artículo 24 de la anterior Ley General Tributaria no admitía la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, pero para evitar el fraude de ley, preveía que no debería haber extensión del hecho imponible cuando se grabasen hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. El artículo 25, al prever la calificación, señalaba que: “El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible” (ESPAÑA, [2011b]).

En concreto, el fraude de ley tributario tiene sus raíces en el derecho civil. Es así que lo entiende el Tribunal Constitucional en la

Sentencia 37/1987 para lo cual es una figura que puede ser usada en todo ordenamiento jurídico, y no exclusivamente en el ámbito civil:

el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el Ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del Ordenamiento [...]

En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el artículo 6.4 del Código Civil, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código Civil su encaje normativo (ESPAÑA, 1987).

Efectivamente, el artículo 6.4 del Código Civil (CC) (ESPAÑA, [2018a]) dispone que

[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

En términos resumidos, y haciendo hincapié en García Novoa (2004, p. 43), el fraude de ley, tributario o no, estaría integrado por las tres siguientes notas. De inicio, hay que observar un resultado prohibido por el ordenamiento o contrario a él. Después, que ese resultado ocurra “al amparo” de otra norma, la denominada norma de cobertura, válida, eficaz, pero inusual para el acto o negocio jurídico pretendido. Por ende, tenemos la aplicación de la norma que se trató de eludir por violar el contenido ético de los preceptos en que se amparan.

Por consiguiente, podemos entender como fraude de ley todas aquellas conductas aparentemente lícitas, ya que amparadas por una norma eficaz, pero los resultados que producen son contrarios o prohibidos por otra norma considerada fundamental en la regulación de la misma materia.

A lo que el artículo 6.4 del CC está enfrentando es un conflicto de normas: entre una norma dispositiva (la norma de cobertura) y una norma imperativa, la que fue defraudada. Y todo puede resolverse restableciendo la observancia de esta. El acto fraudulento sería tratado como un acto inexistente, sin uso de cualquier analogía.

En 2005, el mismo Tribunal Constitucional, en la Sentencia 120/2005 (ESPAÑA, 2005), confirmaba que el concepto de fraude de ley tributario no difiere del concepto de fraude de ley que del CC. Habrá siempre una norma de cobertura y una norma defraudada y que se aplica artificioosamente la primera para escapar de la segunda. Lo único que cambia aquí es que la rama jurídica es otra.

Somos de la opinión de Falcón y Tella (1995, p. 56) cuando observa que el fraude de ley civil y el fraude de ley tributario son de naturaleza diferente pues, aunque ambos necesitan de una norma defraudada y de una norma de cobertura, en el fraude de ley tributario habría también la posibilidad de aprovecharse de una laguna o un vacío de la norma. Asimismo, en derecho civil, para evitar una norma imperativa o prohibitiva, se utilizan otros negocios o nuevos negocios (art. 1.255 del CC). La norma de cobertura siempre existirá. En derecho tributario, en cambio, puede no existir dicha norma de cobertura: serían los casos en los actos y negocios realizados por los contribuyentes que no estarían grabados. De esta forma, habría una laguna en la norma, imposible en derecho privado.

La actual LGT impuso un cambio terminológico y una regulación más extensa. Su

artículo 15 prevé ahora el denominado conflicto en la aplicación de la norma tributaria:

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios (ESPAÑA, [2020b]).

Ahora bien, tanto el Informe para la reforma de la Ley General Tributaria (ESPAÑA, 2001) como la Memoria del Proyecto de LGT (apud CALATAYUD PRATS, 2005) apuntaron para algunos de los problemas que presentaba el texto del artículo 24 de la LGT de 1963. Entre ellos podemos citar el carácter subjetivo del mismo, o sea, la necesidad de probar el propósito de eludir el tributo. Para Calatayud Prats (2005, p. 10), el eje de la cuestión envolvía la posibilidad de que la Administración tributaria corrigiese las conductas de fraude de ley tributaria utilizándose de otros institutos, sea la calificación o la simulación, sin necesidad de acudir a un procedimiento especial y con la posibilidad de imponer sanciones ante determinadas conductas.

De ahí, tuvimos la supresión del artículo que regulaba el fraude a la ley tributaria y su sustitución por “una cláusula antiabuso o una figura similar, como concepto más flexible y de más fácil aplicación” (CALATAYUD PRATS, 2005, p. 9).

Mucho se debatió en la doctrina acerca de ese cambio de denominación. En efecto, es preciso comentar que la nueva denominación – conflicto

en la aplicación de la norma – recibió una severa crítica pues parecía no abarcar lo que pretendía: el fraude de ley y el abuso de derecho<sup>20</sup>, constituyéndose en realidad en una cláusula general antiabuso. Sus críticos señalan que el término empleado es muy amplio a punto de generar dudas si se refiere también al sentido interpretativo de las normas<sup>21</sup>.

Relevante aquí la opinión de Palao Taboada (2003, p. 87), que decía tratarse de “una denominación absolutamente inexpresiva y tácticamente tosca”. Para él, los conflictos en la aplicación de las normas, tributarias o no, pueden surgir por motivos varios y no únicamente por elusión tributaria. Así tendríamos conflictos por discordancias sobre los hechos imposables, sobre cuales normas aplicar, como interpretarlas, o mismo sobre la vigencia o legalidad de estas. Así, el conflicto en la aplicación y el fraude de ley siguen siendo lo mismo, en lo que concordamos.

No trataremos aquí de una definición para conflicto de la aplicación de la norma tributaria, pero apuntaremos para su contenido. El conflicto surge cuando dos elementos aparecen en los actos o negocios realizados, sean individualmente considerados o en su conjunto. Así, es necesario que sean notoriamente artificiosos o impropios para el complejo negocial existente y también que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos de relieve, “distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios” (DELGADO PACHECO, 2018, p. 96).

En términos de delimitaciones, una decisión del Tribunal Supremo, la STS de 30 de mayo de 2011 (Recurso Casación 1061/2007), es imprescindible:

Con esos precedentes no puede extrañar que la figura del fraude de ley fuera objeto de intensos debates en la elaboración de la LGT/2003. Y que, en la redacción final, el artículo 15 sustituyera la figura del fraude de ley por una cláusula general antielusión denominada “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” [...]

Esta cláusula genérica “antiabuso” o antielusión comprende los supuestos tradicionalmente considerados como fraude de ley y los denominados negocios indirectos<sup>22</sup>, quedando, por el contrario, separada la previsión legal de la simulación en el artículo 16 LGT/2003.

---

<sup>20</sup> Castro y Bravo (1955, p. 605) afirma que en el abuso del derecho “hay abuso de un derecho subjetivo, debiéndose partir para su determinación del derecho concreto; mientras que en el fraude hay un mal uso del derecho objetivo, utilizándose de modo torcido sus normas, y, para admitir su existencia, hay que examinar la situación creada en el ordenamiento jurídico por el acto”.

<sup>21</sup> Para eso, ver García Novoa (2004, p. 333), Palao Taboada (2009, p. 167) y Vilar Mayer (2005, p. 31).

<sup>22</sup> Existiría un negocio indirecto cuando ocurran operaciones correctas y lícitas desde el punto de vista jurídico material, mientras su clara finalidad es atípica de los negocios celebrados, lo que muestra que el fin perseguido es diferente de la causa-fin de aquellos.

*En definitiva, conforme a este tratamiento unitario, la aplicación del artículo 15 LGT/2003 exige, en la actualidad la utilización de dos parámetros avanzados por la jurisprudencia anterior al tratar de las facultades de la Administración para calificar los negocios y aplicar, en su caso, el fraude de Ley: el de la normalidad o anormalidad del resultado obtenido con el negocio jurídico o contrato celebrado, y el de la existencia o no de efectos jurídicos o económicos específicos que sean relevantes al margen del elemento fiscal (ESPAÑA, 2011c, énfasis añadido).*

## 5 ¿Qué quiere decir motivo económico válido?

El motivo económico válido es un concepto jurídico de reciente incorporación al derecho tributario español que tiene su origen en el derecho comunitario y con la aplicación de las Directivas, sobre todo, de la Directiva 90/434/CEE<sup>23</sup> en su artículo 11:

1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones:

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por *motivos económicos válidos*, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal (UNIÓN EUROPEA, [2009], énfasis añadido).

Antes de todo, prenotamos que la doctrina y la jurisprudencia, al tratar de los motivos económicos válidos, desde siempre destacaban la ausencia de un concepto preciso, la necesidad de aplicación caso por caso, la dificultad con las pruebas y sanciones inherentes, especialmente en el ámbito de las grandes reestructuraciones empresariales.

Podemos decir que el origen del concepto proviene de la doctrina del *business purpose* de la jurisprudencia norteamericana. Palao Taboada (2009, p. 72) lo investiga con precisión. Para él, en primer lugar, habría el principio del *substance over form*: la realidad de un negocio es que determina su tratamiento jurídico y no la forma jurídica utilizada. Se establecería una suerte de prueba de idoneidad entre la forma y el fin

---

“[Apuntamos] que la distinción entre [la figura de negocio indirecto y fraude de ley] siempre nos pareció [...] algo artificial” (GARCÍA BERRO, 2018, p. 273-274).

<sup>23</sup> Actualmente, Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a fusiones de sociedades anónimas y la Directiva 2011/96/UE.

económico o resultado de la operación, de manera parecida al clásico análisis del propósito negocial.

En efecto, el “propósito” sería similar a la idea continental de “causa”, de “motivo”, pero el motivo de reducir los tributos sería irrelevante. Lo que importa es la ausencia de una finalidad económica que dé sentido lógico a la operación (PALAO TABOADA, 2009, p. 80).

No obstante, estamos de acuerdo con algunos autores (MÁRQUEZ LAMPREAVE, 2011; ROSEMBUJ, 2008) que ven en la segunda condición del artículo 15 de la LGT la remisión a la doctrina del *business purpose*.

En este caso, si el motivo del contribuyente es prevalentemente fiscal, hay una elusión fiscal mientras que, si se encuentran otros fines económicos tales como la reducción de costos, captura de mercados o reorganizaciones operacionales, hay que tener en cuenta que pueden estar de acuerdo con el ordenamiento. Pero hay que tener en cuenta otros objetivos de las operaciones empresariales realizadas, y más en particular las ventajas fiscales. En otros términos, el motivo económico válido que se encuentra detrás de la configuración es un escrutinio judicial eminentemente subjetivo, que puede dar lugar a inúmeros juzgados contrapuestos.

Hay todavía que añadir que la Ley nº 14/2000 dio una nueva redacción al artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS)<sup>24</sup>, que previó:

No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal (ESPAÑA, [2019]).

Este nuevo precepto desencadenó un proficuo debate en la doctrina puesto que, además de introducir términos novedosos – motivo económico válido, ventaja fiscal –, planteó cuestionamientos de cómo interpretarlo, de cómo adecuarlo al derecho comunitario y, principalmente, sobre su relación con las cláusulas generales antielusión previstas en el artículo 15 de la LGT. Asimismo, la forma como estos dos términos fueron incorporados al texto de la ley generó dos tesis contrarias. Habría habido una presunción en el texto para unos y otros lo niegan (DURÁN-SINDREU BUXADÉ, 2004, p. 127).

Palao Taboada (2009, p. 109) y Falcón y Tella (2001) registran que la nueva previsión legal es simplemente el establecimiento de una presunción de finalidad de fraude o evasión fiscal cuando no se verifique el motivo

---

<sup>24</sup> Actualmente, artículo 89.2 de la LIS nº 27/2014 (ESPAÑA, [2020a]).

económico válido. Es como si pusiesen los supuestos en que esa finalidad fraudulenta se daría como una presunción relativa. Ante la inexistencia de motivo económico válido, habría que demostrar la ausencia de finalidad de fraude o evasión.

Ya para García Novoa (2001, p. 50), el legislador introdujo una especie de supuesto autónomo de cuando el régimen no se aplica, que sería la ausencia del motivo económico válido. De forma más osada, Sanz Gadea (2001) defiende la autonomía del segundo inciso del precepto. Según él, para aplicarlo dos elementos serían necesarios la ausencia de motivo de reestructuración societaria y el fin de obtener una ventaja final:

La operación puede ser incomprensible desde el punto de vista económico, pero si no persigue obtener una ventaja fiscal, no existirá causa de inaplicación del régimen. Del mismo modo, la operación puede perseguir una ventaja fiscal, pero, al mismo, implicar una reestructuración desde el punto de vista económico, en cuyo caso tampoco existirá causa de inaplicación (SANZ GADEA, 2001, p. 106).

El autor quiere decir así que el motivo sería válido en la medida en que no fuera fraudulento. Por ello, entiende que “no existe un concepto absoluto de motivos económicos válidos”, a no ser cuando confrontado con la fraude o evasión fiscal. De esta manera podríamos resolver la situación en la que no existen motivos económicos válidos y, así mismo, la operación no es necesariamente fraudulenta (SANZ GADEA, 2001, p. 106).

En el próximo capítulo, intentaremos observar, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, su posición con respecto al concepto del motivo económico válido y principalmente si, en cada una de las sentencias analizadas, están sus jueces más preocupados con el principio de

capacidad económica o con la seguridad jurídica de sus contribuyentes, o mismo si es el caso de conciliar los dos.

## 6 El motivo económico válido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En este capítulo vamos a investigar algunas sentencias basales del Tribunal Supremo al aplicar la cláusula antielusiva prevista en el artículo 89.2 LIS<sup>25</sup>. La finalidad de ese apartado es de evitar un empleo abusivo de las denominadas reestructuraciones societarias (fusiones, escisiones, segregaciones, etc.) en la medida que la ley prevé la no sujeción de las plusvalías percibidas en los bienes que fueran

---

<sup>25</sup> Aquí en texto del artículo 89 LIS que hace referencia a su art. 80: “No se integrarán en la base imponible de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión del canje de valores. [...] Artículo 89. Aplicación del régimen fiscal. 1. Se entenderá que las operaciones reguladas en este capítulo aplican el régimen establecido en el mismo [Haciendo referencia al artículo 80 ‘No se integrarán en la base imponible de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión del canje de valores’], salvo que expresamente se indique lo contrario a través de la comunicación a que se refiere el párrafo siguiente. La realización de las operaciones a que se refieren los artículos 76 y 87 de esta Ley deberá ser objeto de comunicación a la Administración tributaria, por la entidad adquirente de las operaciones, salvo que la misma no sea residente en territorio español, en cuyo caso dicha comunicación se realizará por la entidad transmitente. Esta comunicación deberá indicar el tipo de operación que se realiza y si se opta por no aplicar el régimen fiscal especial previsto en este capítulo. Tratándose de operaciones en las cuales ni la entidad adquirente ni la transmitente sean residentes en territorio español, la comunicación señalada en el párrafo anterior deberá ser presentada por los socios, que deberán indicar que la operación se ha acogido a un régimen fiscal similar al establecido en este capítulo. [...] 2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal” (ESPAÑA, [2020a]).

objeto de canje de los impuestos sobre sociedades, sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre la Renta de no Residentes.

Tal régimen está regulado en el Capítulo VII de la actual LIS y se aplica a las operaciones societarias previstas en sus artículos 76.1 (fusiones), 76.2 (escisiones), 76.5 (canjes de valores), 76.3 (aportaciones de rama de actividad), 76.7 (cambio de domicilio de sociedades europeas de un país miembro a otro cuanto a los bienes situados en España) y 87 (aportaciones no dinerarias especiales). Sin embargo, los efectos de ese régimen serán excluidos si se observa que la operación de reestructuración se realizó con la finalidad principal o única de no pagar los tributos que serían debidos.

Serán apreciadas las siguientes sentencias del Tribunal<sup>26</sup>: STS 2356/2012 (Recurso Casación 3777/2008) (ESPAÑA, 2012b), STS 5177/2016 (Recurso Casación 3742/2015) (ESPAÑA, 2016), STS de 25 de abril de 2013 (Recurso Casación 5431/2010) (ESPAÑA, 2013) y STS 3329/2018 (Recurso Casación 3572/2015) (ESPAÑA, 2018b).

## **6.1 STS 2356/2012 (Recurso Casación 3777/2008)**

La sociedad Central Parc de Sant Cugat, S.L. se constituyó por tiempo indefinido en 1991, para, entre otros objetos, la construcción de todo tipo de inmuebles. En agosto de 1997, procedió a su escisión total con extinción de su personalidad jurídica y con división de todo su patrimonio en dos partes: una parte para Parque Residencial Vistahermosa, S.A., en su condición de sociedad absorbente de la entidad Inmobiliaria Los Copihues, S.L., sociedad beneficiaria y sucesora de la entidad Central Parc de Sant Cugat, S.L. y otra parte para Barcino Promociones Residenciales, Pronabar, S.A., y D. Juan Carlos, como socios de la sociedad disuelta y liquidada Pacific Invest, S.L., sociedad beneficiaria de Central Parc de Sant Cugat, S.L.

La escisión se benefició del régimen especial de diferimiento previsto en el capítulo VIII del título VIII de la Ley nº 43/1995 (ESPAÑA, [2004]): las plusvalías fueron objeto de diferimiento hacia el futuro, hasta el momento en que tengan lugar ulteriores transmisiones.

Sin embargo, la Inspección dedujo que el sujeto pasivo no tenía derecho al disfrute del mencionado régimen especial por la inexistencia de motivos económicos válidos para la escisión ya que la operación hubiera sido realizada principalmente con fines de fraude o evasión fiscal (art. 110.2 LIS). Para la Inspección Tributaria habría faltado un principio básico, la

---

<sup>26</sup> Para este estudio fueron analizadas 156 sentencias dictadas por el Tribunal entre 2010 y 2019 cuyo epígrafe fue “motivo económico válido”. Apenas algunas de ellas, consideradas por el autor como fundamentales para el argumento esposado, fueron detalladas. Posteriormente, serán ellas minuciosamente copiladas y alimentarán un trabajo posterior sobre la materia.

neutralidad. En ese aspecto, hubieran sido dos los motivos que de la escisión: la separación de los socios personas físicas de la entidad y, por otro, la venta de unos terrenos propiedad de la sociedad escindida.

Para la Inspección, la mera separación de los socios no puede considerarse un motivo económico válido para la realización de la operación de escisión por cuanto que si lo que se perseguía era la separación de los socios, el medio natural y directo para haberlo llevado a cabo era la disolución y posterior liquidación de la sociedad. Además, las diferencias entre los socios no serían capaces de determinar una paralización de los órganos sociales que hicieran imposible el funcionamiento de la entidad ya que el socio persona jurídica tenía mayoría suficiente para tomar decisiones que permitieran la continuidad de la empresa, independientemente de los otros dos socios.

Por otro lado, en 18 de junio de 1998, los socios de Pacific Invest vendieron sus participaciones a Barcino Promociones Residenciales y D. Juan Carlos y, puesto que aquella era titular fundamentalmente de unos terrenos en Sant Cugat del Vallés, indirectamente vendieron a estos últimos los terrenos. Cuatro meses más tarde, los nuevos socios disolvieron la sociedad. Desde su constitución hasta su disolución, Pacific Invest tributó en régimen de transparencia fiscal<sup>27</sup> como sociedad de mera tenencia de bienes inmuebles.

---

<sup>27</sup> “Normalmente la renta de la sociedad se grava por el impuesto sobre sociedades. Esta renta, una vez pagado el impuesto, puede destinarse, básicamente, a su reparto entre los socios o a la constitución de reservas (beneficios no distribuidos). Si se reparte, al ser obtenida por el socio se integra en su renta total y se gravará por el impuesto sobre la renta. Las reservas, por su parte, permanecerán al margen de este último impuesto hasta tanto no sean objeto de reparto” (CASTELLANO; PEREIRA; ANTON, 1979). El sistema de la transparencia fiscal operaba prescindiendo de la sociedad como ente interpuesto para la obtención de la ganancia por el socio, de tal forma que, obtenido el beneficio por la sociedad, no se gravaba por el impuesto sobre

Mediante las operaciones de escisión y posterior venta de las participaciones de Pacific Invest (cuya plusvalía sufría una tributación mínima a causa de los coeficientes reductores) consiguió una menor tributación de la importante plusvalía que resultaría como consecuencia de la venta directa de los terrenos.

Tampoco se puede olvidar del beneficio fiscal obtenido por el sujeto pasivo al atribuir las participaciones de Pacific Invest a los socios personas físicas que podían aplicar los coeficientes reductores y no a la persona jurídica que hubiera debido tributar por la totalidad del incremento de patrimonio obtenido en la venta de las participaciones de la sociedad beneficiaria.

El Tribunal concordó con la tesis de la sentencia recurrida que puso de relieve que en la operación de escisión no existió un motivo económico válido que la justificara. La intención primera no fue de obtener una ventaja económica. Teniendo en cuenta las tres operaciones societarias de escisión de Central Parc, la venta de participaciones de Pacific Invest y posterior disolución y la fusión por absorción de las dos entidades indicadas y el escaso plazo de tiempo entre ellas, el Tribunal las consideró ligadas entre sí y con un fin predominantemente fiscal.

Buscó el Tribunal la real capacidad económica de los contribuyentes involucrados, una vez que rechazó no solamente todas las tentativas de los recurrentes para aplicar otra legislación al caso (como el procedimiento especial para fraude de ley del art. 24 de la Ley General Tributaria de 1963 (ESPAÑA, [2011b])), como también el planteamiento de que la aplicación del artículo 110.2, en la redacción dada por la Ley nº 14/2000

---

sociedades, se prescindía asimismo de que fuese distribuido o llevado a reservas y se imputa en su totalidad a los socios o partícipes, siendo entonces gravado en el impuesto sobre la renta o en el impuesto sobre sociedades, cuando el socio sea una persona jurídica.

(ESPAÑA, [2019]), no se encontraba en vigor al tiempo de la operación. Para el Tribunal, en realidad, la seguridad jurídica estaba presente en la sentencia recurrida puesto que para él era evidente la ausencia de los fines, siendo injustificable la aplicación del sistema más beneficioso, constatando que los recurrentes se ampararan en el mismo con un fin de alcanzar una ilegítima ventaja fiscal. En esa sentencia, anduvieron, lado a lado, los dos principios: él de capacidad económica y él de seguridad jurídica.

## **6.2 STS 5177/2016 de 23 de noviembre (Recurso Casación 3742/2015)**

Canaria de Inversiones Inmobiliarias, S.L., se constituyó en 1985 para desarrollar arrendamiento de locales industriales. En 2005, emprendió la sociedad una serie de actuaciones para iniciar una actividad de promoción inmobiliaria. Al no contar con financiación suficiente, la obtuvo de dos entidades financieras.

Para realizar la promoción, realizó la empresa dos aportaciones no dinerarias: a Inverydesa Inversiones S.L., con motivo de su constitución, consistente en 4.423 acciones de RICASA (30,72% de su capital); y donó algunos bienes inmuebles para constituir Ferbrands S.L. Enseguida, formalizó una escisión parcial, separando la totalidad de sus participaciones en Inverydesa y Ferbrands a favor de Ferbrands S.L.

Para estas operaciones, aplicó la recurrente el régimen especial de las reestructuraciones societarias y así no tributó las plusvalías obtenidas en las operaciones. La Administración Tributaria estimó la inexistencia de un motivo económico válido: la finalidad de proteger una parte del patrimonio social pues sería un hecho contrario al principio de responsabilidad patrimonial universal.

Razonando sobre el fallo, aludió el Tribunal que la pérdida del régimen de neutralidad fiscal

ocurriría cuando estas operaciones persiguen la elusión o la evasión fiscal. Aludió a otra sentencia suya, 12 de noviembre de 2012 (Recurso Casación 4299/2010), que trajimos:

Se ha de recordar, en fin, que una operación de reestructuración basada en diversos objetivos, entre ellos los de naturaleza fiscal, [pueden] haberse realizado por motivos económicos válidos si estos últimos no son los preponderantes. En ese análisis no puede actuarse aplicando criterios generales predeterminados, privando automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente la evasión o el fraude fiscal; debe procederse caso por caso al estudio global de la operación (ESPAÑA, 2012c).

Para el Alto Tribunal, los motivos por los que se llevaron a cabo las operaciones contestadas fueran de separar el patrimonio para limitar los riesgos de las distintas actividades desarrolladas, y que las operaciones han beneficiado a las sociedades del grupo al limitar sus riesgos empresariales. Indicó que tales operaciones no estarían necesariamente conectadas con la persecución del fraude o la evasión fiscal. Encima, evaluó que la Administración realizó una interpretación muy amplia del actual art. 89.2 LIS 96 al exceder del alcance que se desprende de su literalidad y de la propia finalidad de la norma.

En resumen, el Tribunal aceptó que la separación del patrimonio social para su protección contra los riesgos de la nueva actividad de promoción es un motivo económico válido suficiente para que la sociedad aplique el régimen fiscal más beneficioso.

Añadió que lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más.

Interesante observar que el Tribunal muestra como ese artículo debe de ser interpretado, al afirmar que

para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista, que no concurren motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, “tales como”, aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecte con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial (ESPAÑA, 2016, p. 7-8).

Aunque entendamos que hubo plusvalías en las operaciones involucradas, ya que capacidades económicas fueron levantadas por la Administración para basar las liquidaciones, el principio de seguridad jurídica prevaleció, pues el artículo 89.2 LIS no puede ser utilizado para encontrar situaciones impositivas no previstas por una norma. Por consiguiente, hay que tener en cuenta el caso por caso, el necesario examen de todas las operaciones involucradas en el complejo conjunto de una reestructuración societaria. Es en un análisis de toda la operación que se puede decir si en cada una de ellas los objetivos, los designios fiscales perseguidos son los preponderantes. Sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la operación no se realizó por motivos económicos válidos.

### **6.3 STS de 25 de abril de 2013 (Recurso Casación 5431/2010)**

La cuestión central que este fallo examina es determinar si a una operación de fusión en 2000 entre las sociedades Uptriangle-98 S.L. y Segur Ibérica S.A., le resulta de aplicación el régimen especial más favorecido de fusiones, previsto en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley nº 43/1995 (ESPAÑA, [2004]) del impuesto sobre sociedades.

Uptriangle-98 fue constituida el 7 de mayo de 1999. El capital social pertenecía en su totalidad a la sociedad Mediterránea Trust. Al poco tiempo de la constitución de la sociedad, Mediterránea Trust vendió las acciones de Uptriangle-98 a las sociedades que participaban en el capital social de Segur Ibérica: Constructora e Inmobiliaria Gala, Gavia Seguridad, Mendala y Canford Holdings. La aportación de capital de los socios fue financiada con un préstamo de un banco y con otro subordinado de los socios.

El 8 de octubre de 1999, Uptriangle-98 amplió el capital social de poco más de 3.000 euros a casi 2 millones de euros con la emisión de

299.499 nuevas acciones. Constructora Gala aportó acciones de Segur Ibérica y el resto de los socios, efectivo. En ese mismo día, se otorgó escritura pública del contrato de compraventa de las acciones de Segur Ibérica entre los anteriores socios de esta y Uptriange-98. Así, Uptriange-98 pasó a ser propietaria del 100% de Segur Ibérica.

El 26 de mayo de 2000, Uptriange-98 se transformó en sociedad anónima. Uptriange-98 no desarrollaba ninguna actividad ni poseía ningún bien con excepción de las acciones de la sociedad absorbida. Segur Ibérica era una sociedad unipersonal ya que el 100% de su capital pertenecía a la entidad Uptriange-98.

El 21 de septiembre de 2000, Uptriange-98 absorbió (fusión impropia) a la entidad Segur Ibérica con efectos a primero de enero del mismo año. Esta operación, fiscalmente, se dio como una fusión prevista en el régimen fiscal especial regulado en la Ley nº 43/1995.

Se justificó a la Inspección Tributaria que la reestructuración fue motivada por la estructura de financiación considerando que Uptriange-98 no podía hacer frente con sus ingresos al pago de intereses y la devolución de los préstamos. Posteriormente, la entidad indicó dos motivos más: que la fusión impropia no exigiría solicitar al Registro Mercantil un experto independiente que informase sobre el proyecto de fusión y que permitiría la amortización de parte del fondo de comercio financiero añadiendo que “la ventaja fiscal que obtiene es limitada por cuanto, como hemos señalado, sólo se podrá amortizar una parte del fondo de comercio financiero” (ESPAÑA, 2013).

Concordamos que a la hora de analizar cuál ha sido la finalidad o propósito de la operación, debe procederse a una valoración global de las circunstancias concurrentes, anteriores y posteriores a la fusión, y examinar si las mismas resultan adecuadas y responden a los objetivos de la ley, que no son otros que conseguir que la

fiscalidad no resulte un obstáculo en la toma de decisiones sobre reestructuraciones de empresas, de manera que la fiscalidad se aprecie como un elemento neutral en dichas decisiones y no sea la causa principal de su realización.

Para ello, considera la Sala que, habida cuenta de que el concepto de fraude o evasión fiscal no se encuentra definido de forma expresa en la normativa tributaria, habrá que acudir a criterios interpretativos válidos, debiendo entender como tal lo previsto en el artículo 15 de la LGT nº 58/2003, que se refiere al “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, supuesto que concurre

cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios (ESPAÑA, [2020b]).

Como ya se ha adelantado, la LIS exige que la existencia de evasión fiscal haya sido el objetivo principal que ha motivado la operación, por lo que *a contrario sensu*, si se prueba que los motivos principales han sido económicos y lo accesorio resulta la evasión fiscal, se deberá admitir la aplicación del régimen especial.

En este sentido se ha pronunciado la Dirección General de los Tributos, [...] ha sostenido que “cuando concurra un motivo económico válido, diferente del puramente fiscal, la utilización por parte del contribuyente de aquel procedimiento que le permita pagar el mínimo de impuestos, no puede permitir por sí mismo, presumir un propósito de fraude

o evasión fiscal e impedir la aplicación del régimen especial. En definitiva, existiendo un objetivo distinto del exclusivamente fiscal, el contribuyente tiene el derecho a utilizar los medios para conseguirlo que le parezcan más adecuados desde el punto de vista fiscal” (ESPAÑA, 2012c).

El Tribunal Supremo coincidió con sentencia recorrida del Tribunal Económico Administrativo Central. No se puede negar que la recurrente alegó algunos motivos económicos para motivar la reestructuración, como la necesidad de efectuar una simplificación administrativa con ahorro de costes y la exigencia de llevar a término la fusión, en virtud de las obligaciones asumidas por la prestataria en un contrato de préstamo suscrito con el Banco Santander Central Hispano, a cuyo tenor la prestataria “deberá cumplir con los siguientes ratios financieros: Cobertura del servicio a la deuda. – La prestataria se compromete a mantener una ratio mínimo de cobertura de servicios a la deuda de 1,00 para los dos primeros años, y del 1,50 para los sucesivos ejercicios” (ESPAÑA, 2012c).

Percibió el Tribunal lo que realmente sucedió. Primero, una sociedad existente o creada al efecto, algo como un *holding* o *venture capital company*, se endeudó para realizar una compra apalancada (*Leveraged Buy Out*), y, después, la adquirente absorbe a la controlada (*target company*, sociedad objetivo). Hubo la llamada fusión hacia delante (*forward leveraged buy-out*). El coste financiero de la operación recayó en todo caso sobre el patrimonio de la sociedad adquirida.

En realidad, las ventajas que presenta la fusión apalancada frente a la adquisición ordinaria de la sociedad objetivo suelen ser diversas. Inicialmente, permite, con una inversión reducida, controlar a una empresa de gran dimensión. Las entidades financiadoras de la compra apalancada, por su vez, consiguen

garantizar el cobro de la deuda con los activos de la empresa comprada. Ya que hay una confusión de patrimonios, el pago de la deuda puede ser satisfecho por la propia compañía adquirida, evitándose a la adquirente, que no carga con el coste fiscal de los repartos de dividendos. Y como la compañía comprada puede deducir los gastos con los intereses de los préstamos y con la amortización del fondo de comercio, su carga fiscal es relajada.

Podemos, entonces, observar que las fusiones apalancadas pueden perseguir objetivos diversos, no solamente fiscales. “Deben examinarse pues, caso [a] caso, cuáles son los objetivos designios perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos” (ESPAÑA, 2016).

No obstante, no consideró la sala del Tribunal que los motivos levantados por la recurrente pudiesen reputarse como motivos económicos válidos en cuanto que respondan a una finalidad de reestructuración empresarial. Por un lado, Uptriangle no desarrollaba ninguna actividad ni poseía ningún bien salvo las acciones de la sociedad absorbida. Reputó el Tribunal que lo que surgió tras la fusión no fue algo distinto de lo que ya existía. Por otro, después de la fusión, la entidad absorbente Uptriangle presentaba los mismos socios que poseían el capital de la entidad absorbida y con el mismo personal y los mismos medios.

Además, se cambió la denominación social de la sociedad absorbente por la de la sociedad absorbida, por lo que la sociedad resultante de la fusión pasó a ser Segur Ibérica. Así, se preguntó el Tribunal: – ¿Cómo podría la operación llevar a cabo alguna operación de racionalización de las actividades que permitiera conseguir una mayor eficiencia en la gestión de la actividad desarrollada?

El Tribunal continuó su valoración agregando que en esa indagación sobre la existencia de motivos económicos válidos en la operación de reestructuración empresarial fueron consideradas las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la fusión por absorción, porque, en otro caso, no se estaría efectuando un verdadero examen global de la misma.

Eso porque el régimen fiscal especial más beneficioso para las sociedades tiene que ver con “normas fiscales neutras respecto [a] la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad”, de forma que las “fusiones, escisiones [...] entre sociedades [...] no deben verse obstadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales”, salvo que “la operación [contemplada] [...] tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal” (UNIÓN EUROPEA, [2009]).

Una vez más, recordó que una operación de reestructuración basada en diversos objetivos, entre ellos los de naturaleza fiscal, podría no haberse realizado por motivos económicos válidos si estos últimos no son los preponderantes. Así, advirtió que no se puede actuar en esos casos aplicando criterios generales predeterminados. No puede el aplicador de la ley automáticamente privar de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente la evasión o el fraude fiscal. Lo más importante es la necesidad de un estudio global de la operación.

Entendemos que, en este fallo, jugó el Alto Tribunal mucho más teniendo en cuenta la capacidad de pago de las empresas involucradas en la reestructuración, aunque no hubiera restricción de las normas atingidas para que la fusión apalancada no pudiera ser realizada como lo fue. Perdió un poco, en ese sentido, el ordenamiento jurídico en términos de previsibilidad.

#### **6.4 STS 3329/2018 (Recurso Casación 3572/2015)**

Naves y Oficinas, S.A. (Naves) tenía como objeto social la compraventa de solares para su educación y la compraventa de edificios para arrendar. Fue constituida así: don Avelino, 49,85%; don Laureano, 49,85%; doña Luisa, 0,15%; y doña Margarita, 0,15%. El activo de la sociedad a 31/12/2001 estaba constituido (un 79,87%) por inmuebles con valor neto contable de 669.637,544 euros.

El 21/11/2001, los socios don Laureano y su esposa vendieron sus acciones por 3.786.376,26 euros a las siguientes sociedades: a) Konin 22, S.A. (Konin), que adquirió el 35% del capital por 2.650.463,38 euros;

b) y Eco Villas 22, S.A. (Eco Villas), que adquirió el 15% del capital por 1.135.912,88 euros. Parte del importe, 751.265,13 euros, se dio con un cheque de banco cedido a Konin por Utyfam, S.L., empresa familiar de don Avelino, doña Luisa y sus hijos. La contabilidad de Konin efectuó un crédito frente a Eco Villas de 1.135.912,88 euros, importe de las acciones adquiridas por Eco Villas, y una deuda con don Avelino debido al cheque mencionado.

El 30 de abril de 2002, la sociedad fue escindida con la división de todo su patrimonio para dos nuevas sociedades de responsabilidad limitada: Julcam 19, S.L. (Julcam) y Naviosa, S.L. (Naviosa), produciéndose con la extinción de Naves. Esa operación se aprovechó del régimen especial previsto en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley nº 43/1995 (ESPAÑA, [2004]).

Reveló la empresa Naves que la escisión fue motivada por una:

“mayor agilidad que supondrá una actuación diferenciada en el tratamiento de los activos inmobiliarios de la sociedad”, por encontrarnos ante inmuebles “[s]ituados en diversas localidades (Madrid-Toledo-Torrejón de Ardoz)”, con “distinta ordenación urbana”, y “[t]amaños muy dispares, que requieren una proyección propia y autónoma”. “Así, por el mayor valor y volumen de los inmuebles situados en la CALLE000 NUM001 – NUM002 (Madrid), se adjudican éstos a una sola sociedad, JULCAM”; y los “restantes inmuebles se adjudican a la otra sociedad: NAVIOSA”. “De esta forma [...] las nuevas sociedades podrán llevar a cabo mejor sus proyectos independientes, lo que no hubiera sido posible sin la reestructuración técnica y económica que se produce con la escisión proyectada” (ESPAÑA, 2018b, p. 7).

Julcam recibió el 80,16% del patrimonio neto de Naves, valorado en 7.572.752,55 euros, pero no se le atribuyó ninguno de los pasivos, y se constituyó con un capital de 6.060.000,00 euros. Naviosa asumió todos los pasivos de la escindida y el resto de los activos, quedándose con el restante del 19,84% del patrimonio neto de Naves y constituyéndose con un capital de 1.500.000,00 euros.

Las participaciones en el capital de las dos nuevas sociedades eran: a) Avelino, 49,85%, 7.478 participaciones en Naviosa y el mismo número de ellas en Julcam; b) Luisa, 0,15%, 22 participaciones en Naviosa y las mismas en Julcam; c) Konin, 35%, 5.250 participaciones en Naviosa e idéntico número en Julcam; y d) Eco Villas, 15%, 2.250 participaciones en Naviosa y las mismas en Julcam.

El 22/11/2002, Konin y Eco Villas vendieran sus 7.500 participaciones en la sociedad Naviosa a Avelino por 751.265.13 euros (525.885,59 euros y 225.379,54 euros, respectivamente). Este importe es el 19,84% del que ambas sociedades pagaran a don Laureano y a su esposa por

la adquisición de las acciones de la sociedad escindida Naves. En la contabilidad de Konin, se contabilizó la venta de las participaciones en Naviosa, cancelando simultáneamente la deuda con don Avelino.

A partir de entonces, 99,85% de las participaciones de Naviosa se quedaron con don Avelino y el 0,15%, con doña Luisa. El 29/5/2003 hubo la disolución y simultánea liquidación de Naviosa. A don Avelino y a doña Luisa se les adjudicaron con carácter ganancial los inmuebles de la sociedad.

En enero de 2007, la Inspección Tributaria confirmó la disconformidad sobre la aplicación del régimen especial de las fusiones y escisiones recogido en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley nº 43/1995 (ESPAÑA, [2004]).

La sentencia del Tribunal Económico-Administrativo Regional<sup>28</sup> de Madrid recurrida fue integralmente mantenida por el Alto Tribunal. Para los dos, lo que se produjo fue una distribución de activos entre los socios. Se concluyó que:

“la mayor agilidad que se pretendía obtener al actuar de forma diferenciada según el tipo de inmueble atendiendo a su localización, tamaño y situación geográfica, no se ha producido, toda vez que NAVIOSA SL no ha realizado desde su origen hasta su liquidación ningún tipo de actividad”. [...]

“Difícilmente [...] se puede hablar pues de una reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, toda vez que la Sociedad escindida que tributa en régimen de transparencia, carece de organización empresaria”. [...]

<sup>28</sup> Los tribunales económico-administrativos – el central, los regionales (con sede en cada una de las capitales de las comunidades autónomas) y los locales – aprecian las reclamaciones económico-administrativas que se presentan contra la Administración Tributaria. Son los encargados de resolver los recursos para impugnar los actos de la Administración Tributaria y, solamente después, se puede acceder a la vía judicial mediante un procedimiento contencioso-administrativo.

Asimismo, se remarca que la única sociedad que va a seguir en funcionamiento es JULCAM, que recibe el mayor valor del patrimonio neto de la escindida NAVES (80,16%), y sobre cuyo solar se ha construido un hotel y un edificio de oficinas, para su explotación, en cesión de uso y arrendamiento (ESPAÑA, 2018b, p. 8).

Toda vez que del análisis de los procedimientos societarios se verifica que no existe una búsqueda real sino aparente de racionalización de las actividades y sí una tentativa de obtención de una ventaja fiscal, no habría para el Tribunal un motivo económico válido que justificara la aplicación del régimen especial. Hay que considerar también que la realización de otras operaciones que condujeran al mismo resultado hubiera supuesto la tributación más gravosa.

Entendemos que frente al riesgo de enriquecimiento injusto que se produciría si las alegaciones de la recurrente fuesen aceptadas, refutando frontalmente el principio de capacidad económica, concluyó el Tribunal que hubo una mera distribución del patrimonio entre los socios. Además, no vemos aquí una afronta al principio de seguridad jurídica llevando en cuenta que en esa controvertida operación de escisión no existió ningún motivo económico válido que la justificara. La búsqueda por una ventaja fiscal fue evidente.

## 7 Conclusión

La observación del escenario que expusimos nos permite trazar algunos apuntes de carácter muy general sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia sobre el tratamiento de las conductas de los contribuyentes dirigidas a buscar un motivo económico válido para obtener un régimen fiscal más beneficioso.

En un principio, al tratar de la interpretación económica del hecho imponible, percibimos

como la inseguridad jurídica aumenta cuando se la utiliza para analizar los límites de las reestructuraciones empresariales. Para esta línea de razonamiento, aunque un acto o negocio jurídico sea realizado en estricta observación a la forma legal, lícito, válido y eficaz, él podría ser deshecho para fines de tributación, extendiéndose la incidencia tributaria para más allá de lo previsto en la norma. La alusión a esta modalidad interpretativa, a pesar de no estar presente en las decisiones administrativas o judiciales españolas actualmente, tuvo como objetivo denotar el grado de imprevisibilidad e incertidumbre que surgiría, en caso de ser adoptada, de las consecuencias de las relaciones sociales y de los riesgos de cualquier negocio jurídico.

Luego, aportamos algunos posicionamientos del Tribunal Constitucional sobre los principios de seguridad jurídica y de la capacidad económica de los contribuyentes. Así, la seguridad jurídica sería la certeza del derecho positivo, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho y, principalmente, la previsibilidad de los efectos que se derivan de la aplicación de las normas y de las propias acciones o de las conductas. Con respecto a la capacidad económica importante es subrayar que el legislador tiene que demostrar que una riqueza o una renta real o potencial exista al establecer los supuestos contemplados.

Seguidamente, expusimos nuestra concordancia con la posición doctrinal de que el cambio de denominación (fraude de ley para conflicto en la aplicación de las normas) fue únicamente un cambio semántico, ya que el instituto continuó a tener la misma función. El conflicto o fraude de ley tributaria surgiría cuando los actos o negocios realizados se muestren notoriamente artificiosos o impropios para el complejo negocial existente y también que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos de relieve.

A la pregunta sobre qué quiere decir el motivo económico válido previsto en la legislación española, razonamos, entre otras opiniones, que no se puede precisar en absoluto lo que el concepto pretende abarcar, a no ser cuando sea confrontada con el fraude de ley o el conflicto en la aplicación de la norma. Observamos, especialmente, que será el caso a caso que dictará una delimitación.

Objetivando descortinar como el Tribunal Supremo de España viene delimitando el concepto del motivo económico válido para aplicar la ley antielusiva prevista en el artículo 89.2 LIS, expusimos cuatro fallos considerados relevantes. En todos ellos, verificamos como los principios de seguridad jurídica y el de capacidad económica estaban involucrados: si andaban juntos o si había un choque entre ellos. En dos de dichas sentencias (subcapítulos 6.1 y 6.4), estuvieron, lado a lado, los dos principios. En

el subcapítulo 6.2, el principio de seguridad jurídica prevaleció. En 6.3, prevaleció la capacidad de pago de las empresas involucradas.

En síntesis, lo que el estudio demuestra es que hay que tener en cuenta el caso por caso de todo el complejo negocial para que se pueda decir si en cada uno de ellos los objetivos, los designios fiscales perseguidos son los preponderantes y así concluirse si la operación se realizó o no por motivos económicos válidos.

## Sobre o autor

André Felipe Canuto Coelho é doutor em Ciência Política e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; pós-doutorando em Direito Tributário pela Universidad de Granada, Granada, Andalusia, Espanha; graduado em Direito e Economia pela UFPE, Recife, PE, Brasil; professor de Direito Tributário, Financeiro e Econômico da Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil; auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, Recife, PE, Brasil.  
E-mail: afcbbgp@hotmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

COELHO, André Felipe Canuto. Teoría del motivo económico válido: ¿seguridad jurídica o capacidad económica?: una aplicación de la norma antielusiva en España. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 179-209, out./dez. 2020. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p179](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p179)

(APA)

Coelho, A. F. C. (2020). Teoría del motivo económico válido: ¿seguridad jurídica o capacidad económica?: una aplicación de la norma antielusiva en España. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 179-209. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p179](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p179)

## Referências

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La simulación*. Madrid: Edisofer, 2005.

BALL, Kurt. *Steuerrecht und Privatrecht*. Mannheim: J. Bensheimer, 1924.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2004.

BECKER, Enno. Accentramento e sviluppo del diritto tributario tedesco. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Pádua, n. 1, 1937.

CALATAYUD PRATS, Ignacio. Comentario al artículo 15 de la nueva Ley General Tributaria: conflicto en la aplicación de la norma tributaria. *Hacienda Canaria*, [s. l.], n. 10, p. 7-33, 2005. Disponible en: [http://www.gobiernodecanarias.org/tributos/portal/estatico/info\\_tributaria/revista/Revista10/RevistaHC\\_10\\_2.pdf](http://www.gobiernodecanarias.org/tributos/portal/estatico/info_tributaria/revista/Revista10/RevistaHC_10_2.pdf). Accedido en: 22 agosto 2020.

CASADO OLLERO, Gabriel. El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II): el contenido constitucional de la capacidad económica. *Revista Española de Derecho Financiero*, [s. l.], n. 34, p. 185-236, 1982.

\_\_\_\_\_. Sistema financiero local y justicia fiscal. *Organización Territorial del Estado (Administración Local)*, [Madrid], v. 1, p. 755-796, 1985.

CASTELLANO, Francisco; PEREIRA, Jorge; ANTON, José. El régimen de transparencia fiscal. *El País*, [s. l.], 3 feb. 1979. Disponible en: [https://elpais.com/diario/1979/02/04/economia/286930811\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1979/02/04/economia/286930811_850215.html). Accedido en: 13 agosto 2020.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho civil de España: parte general*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955. t. 1.

CONDE, Francisco Javier. *Teoría y sistema de las formas políticas*. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953.

DAVIN, Louis E. *Die Finanzautonomie Deutschlands*. Bruxelles: Maison F. Larcier, 1940.

DELGADO PACHECO, Abelardo. *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Navarra: Aranzadi, 2018. (Garrigues).

DEUTSCHLAND. *Reichsabgabenordnung, 13 Dezember 1919*. [S. l.]: ALEX, Historische Rechts- und Gesetzestexte Online, 1919. Disponible en: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?apm=0&aid=dra&datum=19190004&zoom=2&seite=00001993&x=9&y=12>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. *Steueranpassungsgesetz, 16 Oktober 1934*. [S. l.]: ALEX, Historische Rechts- und Gesetzestexte Online, 1934. Disponible en: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?apm=0&aid=dra&datum=19340004&zoom=2&seite=00000925&ues=0&x=17&y=9>. Accedido en: 17 agosto 2020.

DURÁN-SINDREU BUXADÉ, Antonio. En torno al concepto de motivo económico válido, el art. 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE y el art. 110 de la LIS. *Noticias de la Unión Europea*, [s. l.], n. 239, p. 121-131, dic. 2004.

ELUDIR. In: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: RAE, c2020. Disponible en: <https://dle.rae.es/eludir?m=form>. Accedido en: 17 agosto 2020.

ESPAÑA. [Constitución (1978)]. *Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2011a]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 14/2000, de 29 de diciembre*. De medidas fiscales, administrativas y del orden social. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2019]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-24357&p=20151031&tn=1>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 27/2014, de 27 de noviembre*. Del impuesto sobre sociedades. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2020a]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12328>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 43/1995, de 27 de diciembre*. Del impuesto sobre sociedades. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2004]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-27752>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 58/2003, de 17 de diciembre*. General tributaria. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2020b]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 230/1963, de 28 de diciembre*. General Tributaria. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2011b]. [Derogada]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1963-22706>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Ministerio de Hacienda. *Informe para la reforma de la Ley General Tributaria*: comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001. Disponible en: <https://www.icjce.es/images/pdfs/TECNICA/A3%20-%20Tributaci%c3%83%c2%b3n/A31%20-%20Borradores%20fiscal/IEF%20-%20Informe%20para%20la%20reforma%20de%20la%20LGT%20-%20Julio%202001.pdf>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. *Real Decreto de 24 de julio de 1889*. Por el que se publica el Código Civil. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2018a]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20180804&t=1>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional (Pleno). *Sentencia 19/2012, de 15 de febrero*. Interpuesto por 89 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y otras normas tributarias. 15 de febrero de 2012a. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2012/19>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional (Pleno). *Sentencia 27/1981, de 20 de julio*. Contra determinados artículos de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981. 20 de julio de 1981. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/27>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional (Pleno). *Sentencia 37/1987, de 26 de marzo*. Promovido por 54 Senadores contra determinados artículos de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria. 26 de marzo de 1987. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/769>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional (Pleno). *Sentencia 46/2000, de 14 de febrero*. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana respecto del artículo 27.6.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [...]. 14 de febrero de 2000. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4030>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional (Pleno). *Sentencia 76/1990, de 26 de abril*. Interpuesto el primero por 60 Senadores y promovidas las segundas, respectivamente, en relación con determinados preceptos de la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria. 26 de abril de 1990a. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1501>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). *Sentencia 120/2005, de 10 de mayo*. Promovido por don Carlos Folchi Bonafonte frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que le condenó por un delito fiscal del Código Penal de 1973. 10 de mayo de 2005. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5380>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional (Pleno). *Sentencia 150/1990, de 4 de octubre*. Promovidos por 54 Diputados y por el Defensor del Pueblo respectivamente contra la Ley de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid 15/1984, de 19 de diciembre, del Fondo de Solidaridad Municipal de Madrid. Votos particulares. 4 de octubre de 1990b. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1575>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional (Pleno). *Sentencia 221/1992, de 11 de diciembre*. En relación con el art. 4 del Real Decreto-ley 15/1978, de 7 de junio, y el art. 355, apartado 5, del texto refundido del Régimen Local aprobado por Real Decreto 781/1986, de 18 de abril. Voto particular. 11 de diciembre de 1992. Disponible en: [http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2108#complete\\_resolucion](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2108#complete_resolucion). Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo). *Recurso Casación 1061/2007*. Ponente: Rafael Fernandez Montalvo. 30 de mayo de 2011c. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/-302526110>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). *Recurso Casación 3572/2015*. Ponente: Angel Agualló Avilés. 26 de septiembre de 2018b. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f3229f7ca6b90248/20181011>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). *Recurso Casación 3742/2015*. Ponente: Jose Antonio Montero Fernandez. 23 de noviembre de 2016. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/bb680ac7f7f46dcc/20161202>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). *Recurso Casación 3777/2008*. Ponente: Juan Gonzalo Martinez Mico. 8 de marzo de 2012b. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/18ce3213afd6ed83/20120427>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo). *Recurso Casación 4299/2010*. Ponente: Joaquin Huelin Martinez de Velasco. 12 de noviembre de 2012c. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/-410177390>. Accedido en: 17 agosto 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo). *Recurso Casación 5431/2010*. Ponente: Manuel Martin Timon. 25 de abril de 2013. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/-438315614>. Accedido en: 17 agosto 2020.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao direito tributário*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FALCÓN Y TELLA, Ramón. El fraude a la Ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción. *Revista Técnica Tributaria*, [s. l.], n. 31, p. 55-73, oct./dic. 1995.

\_\_\_\_\_. La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS. *Quincena Fiscal*, [Navarra], n. 4, p. 5-10, 2001.

GARCÍA BERRO, Florián. *Elusión tributaria y cláusulas antiabuso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Fundación Impuestos y Competitividad, 2018. Disponible en: <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2019/04/Elusión-Tributaria-y-TS-conenlaces-1.pdf>. Accedido en: 22 agosto 2020.

GARCÍA NOVOA, César. *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2004. (Nueva L.G.T.).

\_\_\_\_\_. La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. *Revista Técnica Tributaria*, [s. l.], n. 54, p. 19-54, 2001.

GRIZIOTTI, Benvenuto. *Saggi sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*. Milano: Giuffrè, 1953. (Nuova Serie di Studi dell'Istituto di Finanza dell'Università e della Camera di Commercio di Pavia).

MÁRQUEZ LAMPREAVE, Patricia. Las doctrinas judiciales norteamericanas de anti-abuso fiscal (con especial consideración a la reciente codificación de la doctrina sobre la sustancia económica) y la doctrina sobre los acuerdos artificiales aplicable en la Unión Europea. *Quincena Fiscal*, [Navarra], n. 21, p. 87-130, 2011.

MARTÍN DELGADO, José María. Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución española de 1978. *Hacienda Pública Española*, [s. l.], n. 60, p. 61-93, 1979.

MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel; CASADO OLLERO, Gabriel. *Curso de derecho financiero y tributario*. 21. ed. Madrid: Tecnos, 2010. (Biblioteca Universitaria).

PALAO TABOADA, Carlos. *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2009. (Colección de Derecho Público y Económico).

\_\_\_\_\_. La norma anti-elusión del Proyecto de nueva Ley General Tributaria. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*: comentarios, casos prácticos, [s. l.], n. 248, p. 71-96, 2003.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Introducción al nuevo derecho público alemán. *Revista de Derecho Público*, Madrid, n. 42, p. 166-184, jun. 1935. Separata.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. *La Constitución fiscal de España*: tres estudios sobre Estado social de derecho, sistema tributario, gasto público y estabilidad presupuestaria. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. (Estudios Constitucionales).

ROSEMBUJ, Tulio. El abuso del derecho y la realidad económica. *Quincena Fiscal*, [Navarra], n. 5, p. 9-33, 2008.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y derecho: introducción al derecho financiero de nuestro tiempo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. t. 1. (Estudios de Administración).

SANZ GADEA, Eduardo. Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*: comentarios, casos prácticos, [s. l.], n. 215, p. 99-132, feb. 2001.

UNIÓN EUROPEA. *Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990*. Relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. [S. l.]: EUR-Lex, [2009]. [Derogada]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31990L0434>. Accedido en: 20 agosto 2020.

VANONI, Ezio. *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*. Traducción de Juan Martin Queralt. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1973. (Obras Básicas de Hacienda Pública).

VILAR MAYER, Pollyana. Planificación fiscal indebida y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria española. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*: comentarios, casos prácticos, [s. l.], n. 273, p. 3-38, 2005.

Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/rii](http://www.senado.leg.br/rii)



Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/rii](http://www.senado.leg.br/rii)

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00228