

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

***UNESP – Universidade Estadual Paulista***

***UNESP – São Paulo State University***

**Reitor**

Prof. Dr. Pasqual Barretti

**Vice-Reitor**

Profa. Dra. Maysa Furlan

**Pró-Reitor de Pós-Graduação**

Profa. Dra. Maria Valnice Boldrin

**Pró-Reitor de Pesquisa**

Prof. Dr. Edson Cocchieri Botelho

**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**Diretor**

Prof. Dr. Murilo Gasparido

**Vice-Diretora**

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Nanci Soares

**Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. José Duarte Neto

**Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

**Conselho do Programa de Pós Graduação**

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Elisabete Maniglia

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Kelly Cristina Canela

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Doutoranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

*UNESP – Universidade Estadual Paulista*  
*UNESP – São Paulo State University*

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos UNESP.	Franca.	a. 26, n.43.	306p.	2022.
-------------------------------------	---------	--------------	-------	-------

# REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

## Conselho Editorial

- Alcir Gursen de Miranda (UFRR)  
Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)  
Alejandra Leonor Pascual (UNB)  
Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid)  
André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp)  
Antônio Alberto Machado (Unesp)  
Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP)  
Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra)  
Belinda Pereira da Cunha (UFPB)  
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp)  
Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR)  
Cleide Calgato (Universidade de Caxias do Sul)  
César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG)  
David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)  
Débora Regina Pastana (UFU)  
Domingos S. D. da Silveira (UFRS)  
Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP)  
Eduardo Pordeus (UFCCG)  
Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)  
Elisabete Maniglia (Unesp)  
Esteban Juan Peréz Alonso (Univ. Granada)  
Esther Pomares Cintas (Universidade Jaén)  
Fabrício Bertini Pasquot Polido (UFMG)  
Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda)  
Gilberto Bercovici (USP)  
Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV)  
Guilherme Gouveia (UFJF)
- Jete Jane Fiorati (Unesp)  
João Paulo Capelotti (ISHS)  
José Duarte Neto (Unesp)  
José Luiz Borges Horta (UFMG)  
José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra)  
Kelly Cristina Canela (Unesp)  
Lucas Abreu Barroso (UFES)  
Luciano Vaz Ferreira (UFRGS)  
Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina)  
Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ)  
Luiz Fernando Coelho (UFPR)  
Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG)  
Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada)  
Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid)  
Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid)  
Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne)  
Pedro Sérgio dos Santos (UFG)  
Paulo César Corrêa Borges (Unesp)  
Renato de A. O. Muçouçah (UFU)  
Ricardo Prestes Pazello (UFPR)  
Riva Sobrado de Freitas (Unoesc)  
Rodrigo Reis Mazzei (UFES)  
Sérgio Salomão Shecaira (USP)  
Vânia B. Rey Paz (UFISM)  
Vera Regina P. de Andrade (UFSC)  
Victor Hugo de Almeida (Unesp)  
Yvete Flávio da Costa (Unesp)

## Corpo Editorial

- Diretor Científico e Editorial  
Prof. Dr. José Duarte Neto (UNESP)
- Editor-chefe  
Victor Luiz Pereira de Andrade (UNESP)
- Editora Adjunta  
Eduarda Camargo Sansão (UNESP)
- Editores Gerentes  
Ana Clara Tristão (UNESP)  
Matheus Conde Pires (UNESP)  
Maiara Motta (UNESP)  
Leonardo Eiji Kawamoto (UNESP)
- Editores Associados  
Guilherme Burzynski Dienes (UNESP)  
Kaique Souza Pedaes (UNESP)  
Maria Laura Bolonha Moscardini (UNESP)  
Marina Bonissato Frattari (UNESP)
- Editores Aprendizizes  
Mariana Pereira Siqueira (UNESP)  
Raquel Colózio Zanardi (UNESP)  
Theodoro Antonio de Arruda Mazzotti Busulin (UNESP)
- Comissão de Editoração (STAEPE/UNESP/Franca)  
Carlos Alberto Bernardes (UNESP)  
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (UNESP)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP  
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br /  
rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências  
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2022, 26-43  
eISSN 2179-5177.

## APRESENTAÇÃO

A Revista de Estudos Jurídicos Unesp (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, publica, em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos e resenhas, na linha editorial “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, com destaque para uma das linhas de pesquisa: 1) Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

O PPGDireito/UNESP/Franca, com seu curso de mestrado e com as bases sólidas almejando o doutorado, está comprometido com a pesquisa jurídica de excelência e seu compartilhamento com toda a comunidade científica, brasileira e internacional, propiciando o fomento de novas pesquisas e, principalmente, a acessibilidade ao resultado de pesquisas, concluídas ou em andamento, com alto índice de exogenia representativa por autores e coautores vinculados a conceituados centros de excelência científica, classificando-se no estrato Qualis Periódicos A2.

Neste número 43, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP de Franca. Quanto à distribuição dos 10 (dez) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 3 (três) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 4 (quatro) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 3 (três) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA”.

A edição conta com contribuições de altíssima relevância no debate nacional, incluindo os trabalhos: “Blockchain e governança: uma análise jurídica”, dos pesquisadores Mateus de Oliveira Fornasier, Matheus Antes Schwede e Fernanda Viero da Silva; “A responsabilidade da administração pública pelos terceirizados sob a ótica da convencionalidade”, dos professores Geraldo Furtado de Araújo Neto e Luciani Coimbra de Carvalho; e “Direito à saúde e povos indígenas: o acesso à saúde pública em tempos de pandemia COVID-19”, do professor doutor Daniel Francisco Nagao Menezes.

Dedicamos nossos mais sinceros agradecimentos a todos os colaboradores da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, pareceristas e membros do Conselho Editorial, que contribuíram sobremaneira para a qualificação do periódico, bem como a todos os pesquisadores e demais interessados na leitura e compartilhamento desta edição, cumprindo nossa função social como pesquisadores e cientistas, imprescindíveis nos tempos atuais.

**Prof. Me. Victor Luiz Pereira de Andrade**

Editor-Chefe da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP  
Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP

**Prof. Dr. José Duarte Neto**

Diretor Científico e Editorial da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP  
Membro do Conselho do Programa de Pós-graduação em Direito da  
UNESP

## SUMÁRIO

### **LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS**

#### **O PODER CONSTITUINTE PERMANENTE: O CASO DO MÉXICO**

Fernando José Longo Filho..... 11

#### **BLOCKCHAIN E GOVERNANÇA: UMA ANÁLISE JURÍDICA**

Mateus de Oliveira Fornasier

Matheus Antes Schwede

Fernanda Viero da Silva.....25

#### **MEDIAÇÃO ONLINE: UM NOVO PARADIGMA DE ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DIGITAL**

Jordana Schmidt Mesquita

Fabiana Marion Spengler.....55

### **LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS**

#### **O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO TRÁFICO DE PESSOAS: ATÉ ONDE O ESTADO INTERVENTOR INTERFERE NA AUTONOMIA DA VONTADE**

Guilherme Dalbon Barbosa

Paulo César Corrêa Borges .....73

#### **A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS TERCERIZADOS SOB A ÓTICA DA CONVENCIONALIDADE**

Geraldo Furtado de Araújo Neto

Luciani Coimbra de Carvalho..... 111

**ANÁLISE ACERCA DAS ESTRUTURAS DOGMÁTICAS DE DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO COMPLIANCE OFFICER NO ÂMBITO DOS WHITE COLLAR CRIMES**

Pedro Guilherme Borato

Vitor Ricardi Siqueira .....145

**REGULAÇÃO DA NANOTECNOLOGIA E NANOPLÁSTICOS DE UMA PERSPECTIVA GLOBAL**

Daniel Francisco Nagao Menezes.....181

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA**

**DIREITO À SAÚDE E POVOS INDÍGENAS: O ACESSO À SAÚDE PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA COVID-19**

Janáina Machado Sturza

Adriana Cristina Cury Azevedo .....227

**RESPOSTAS CONSTITUCIONAIS ADEQUADAS NO COMBATE CONTRA A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NAS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS**

Marcela Modesto Fermino

Edson Vieira da Silva Filho .....251

**A LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A COMPREENSÃO DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA À FILOSOFIA HERMENÊUTICA NO PROCESSO**

Márcio de Souza Bernardes

Edenise Andrade da Silva .....281

**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS  
NORMATIVOS**



# O PODER CONSTITUINTE PERMANENTE: O CASO DO MÉXICO

## THE PERMANENT CONSTITUENT POWER: THE MEXICO CASE

Fernando José Longo Filho\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Contextualização do México pré-revolução. 3. Cenário da revolução mexicana. 4. A Constituição de 1917 e o poder constituinte permanente. 5. Constitucionalismo e democracia. 6. Conclusões.

**RESUMO:** A excepcionalidade da Constituição mexicana de 1917 consistente no seu elevado grau de emendabilidade (quase 700 emendas) impõe a tarefa de lançar um olhar mais detido para essa experiência constitucional a fim de esgarçar as noções comuns das relações entre constitucionalismo e democracia. Primeiro, será realizada uma contextualização do México pré-revolução de 1910. Em seguida, será investigado o cenário da revolução mexicana que se constitui no caldo de cultura da Constituição de 1917. Após, será estudada a Constituição de 1917 e o que se denominou de Poder Constituinte permanente no México. Por último, serão exploradas as relações entre constitucionalismo e democracia a partir do contexto mexicano.

**Palavras-chave:** Poder Constituinte; emendas constitucionais; democracia.

**ABSTRACT:** *The exceptionality of the 1917 Mexican Constitution, consisting in its high degree of amendability (almost 700 amendments) imposes on the task of taking a closer look at this constitutional experience in order to fray the common notions of the relationship between constitutionalism and democracy. First, a contextualization of Mexico before the 1910 revolution will be carried out. Then, the scenario of the Mexican revolution that constitutes the cultural broth of the 1917 Constitution will be investigated. Afterwards, the 1917 Constitution will be studied and what was called the Permanent Constituent Power in Mexico. Finally, the relationship between constitutionalism and democracy from the Mexican context will be explored.*

**Keywords:** *Constituent Power; constitutional amendments; democracy.*

## INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo e a sua relação com a Democracia na América Latina é um tema vasto que tem merecido reflexão atualmente (GARGARELLA, 2013). Essa tríade conceitual – Constitucionalismo,

\* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1999), mestrado em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2016) e doutorado em Direito pelo UniCEUB (2022). Atualmente é procurador do distrito federal - Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Artigo recebido em 24/08/2021 e aceito em 02/02/2023.

Como citar: LONGO FILHO, Fernando José. O Poder Constituinte Permanente: o caso do México. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 26, n. 43, p. 11, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Democracia e América Latina (PRADO, 2019, p. 8-10) – já são definições problemáticas por si só, ainda mais quando postos em análise conjunta, o que representa um desafio.

A história latino-americana é marcada por golpes seguidos por uma nova Constituição. Daí a vida curta das Constituições latino-americanas. Essa dinâmica política encontra uma exceção que confirma a regra: o caso do México. A Constituição vigente do México é a histórica Constituição de 1917; embora, com mais de 700 emendas constitucionais.

Essa singularidade do México no contexto latino-americano expõe a necessidade de se pensar sobre a relação entre constitucionalismo e democracia. Assim, admitindo-se, por exemplo, que o objetivo de uma Constituição seja a criação de precondições para um bom funcionamento de uma ordem democrática deliberativa (SUNSTEIN, 2001, p. 6), o México não seria um caso de sucesso? Ou em que medida a ausência de interrupções na ordem constitucional implica democracia? A emendabilidade constitucional da Constituição mexicana é sinal de uma democracia deliberativa, considerando-se que se trata de uma Constituição rígida (art.135 da Constituição do México de 1917<sup>1</sup>)?

Assim, a excepcionalidade da Constituição mexicana de 1917 impõe a tarefa de lançar um olhar mais detido para essa experiência constitucional a fim de esgarçar as noções comuns das relações entre constitucionalismo e democracia.

Primeiro, será realizada uma contextualização do México pré-revolução de 1910. Em seguida, será investigado o cenário da revolução mexicana que se constituiu no caldo de cultura da Constituição de 1917. Após, será estudada a Constituição de 1917 e o que se denominou de Poder Constituinte permanente no México (GOVEA, 2018). Por último, serão exploradas as relações entre constitucionalismo e democracia a partir do contexto mexicano.

---

<sup>1</sup>Art. 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México. El congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”.

# 1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO MÉXICO PRÉ-REVOLUÇÃO

Nesse momento, o enfoque não é histórico, mas apenas de assinalar aquilo que se denominou de pacto liberal-conservador ou fusão constitucional liberal-conservador (GARGARELLA, 2013, p. 31) na história mexicana entre a independência e a revolução mexicana de 1910.

Tratavam-se de 2(dois) projetos opostos de organização política. O conservador com apoio da Igreja Católica que sustentava a manutenção da ordem social herdada do período colonial. E o liberal, influenciado pela ilustração, que defendia a formação de um regime constitucional liberal (ALIMONDA, 1986, p. 8-9). Esses projetos foram plasmados constitucionalmente.

Gargarella, analisando a Constituição Mexicana de 1857, ilustra o caráter transacional ou de pacto entre liberais e conservadores no constitucionalismo mexicano pelo exame de 2(dois) debates constituintes. O primeiro debate foi sobre a instituição do júri. A convenção constituinte rejeitou a adoção do júri na Constituição de 1857. Venceram os conservadores que se opunham ao argumento de que o povo não estava preparado para participar de julgamentos. O segundo debate foi sobre tolerância religiosa. Nesse, os liberais se sagraram vencedores frente aos conservadores que defendiam a instituição da religião católica como religião oficial (GARGARELLA, 2013, p. 42).

O pacto liberal-conservador conseguiu suplantar os radicais que tinham como bandeiras a massiva participação popular e o forte compromisso com os desfavorecidos na sociedade. Essa fusão constitucional liberal-conservador apresentava como características básicas: a instituição de tolerância religiosa, sem necessariamente afirmar a neutralidade do Estado; a criação de um sistema de freios e contrapesos, mas um que era parcialmente em favor do presidente e; a instituição de um modelo de centro-federalismo (GARGARELLA, 2013, p. 32-33).

Nesse contexto, de um constitucionalismo liberal-conservador de viés autoritário, cabe indagar quais razões causaram e desencadearam a revolução mexicana que culminou com a Constituição de 1917 e com, pela primeira vez, a positivação dos direitos sociais e econômicos.

A revolução de 1910 é o resultado de profundas mudanças na sociedade mexicana produzidas pelo Governo de Porfirio Díaz nas décadas anteriores, caracterizado pelo sistema dominante de “*orden e progresso*” (GARGARELLA, 2013, p. 98). Primeiro, a transformação

do sistema de propriedade corporativa indígena para um modelo liberal mediante a “pacificação” indígena. Depois, a liberalização da economia e a industrialização do país implicou a criação de uma classe operária que passou a se organizar sindicalmente em um ambiente hostil de um governo autoritário. Terceiro, o surgimento de uma nova geração de dirigentes oligárquicos que enfrentava uma geração que não abria espaço para os mais jovens (AGUILAR CAMÍN, 2000, p. 15-28).

Entretanto, o que galvanizou a revolução foi a crise na produção de alimentos em razão de fatores climáticos e a crise nas commodities (prata, zinco, ferro e outras) em função das flutuações de mercado (AGUILAR CAMÍN, 2000, p. 28-29). Talvez a causa da Revolução Mexicana possa se enquadrar na noção de maldição da volatilidade que abrange os países latino-americanos, na qual se compreende que a diminuição nos valores das commodities impacta a economia, provocando reações de ordens social e política. De qualquer sorte, o fato é que outros atores, os radicais, passaram a ter voz.

## **2 CENÁRIO DA REVOLUÇÃO MEXICANA**

A Revolução mexicana foi uma guerra civil que se instalou no país entre 1910-1917. Tendo os conflitos se iniciado em virtude da longa permanência de Porfirio Díaz na presidência com sucessivas reeleições, a revolução se intensificou, atingindo as estruturas sociais e econômicas do Estado mexicano.

Novamente, o destaque é para a análise do grupo de forças que formaram o que se nomeou de revolução constitucionalista, cuja composição era de 4 (quatro) grandes eixos: a) a frente zapatista no sul; b) o grupo de Vestuniano Carranza; c) os alinhados com Álvaro Obregón; d) e o grupo comandado pela mítica e controversa figura de Pancho Villa (BARBOSA, 2010, p. 73).

A frente zapatista e o exército liderado por Pancho Villa podem ser identificados como os radicais. O exército zapatista tinha um projeto claro consubstanciado no Plano de Ayala, cujo propósito principal era o de recuperação das terras usurpadas das comunidades tradicionais no governo anterior. Era um movimento camponês (PRADO, 2019, p. 106).

O Plano de Ayala, essencialmente, direcionava-se a 3(três) questões (BARBOSA, 2010, p. 65-66):

- a) os pueblos ou cidadãos que possuíssem os documentos de terras expropriadas tomariam imediatamente a posse delas e as manteriam de armas em punho até o final da revolução;
- b) expropriação de um terço das terras e propriedades dos grandes latifúndios, mediante pagamento de indenização, a fim de que os povos e cidadãos do México pudessem trabalhar nelas;
- c) nacionalização da totalidade dos bens dos grandes fazendeiros, científicos ou caciques políticos que se opunham direta ou indiretamente ao plano.

Por outro lado, o grupo liderado por Pancho Villa não tinha uma bandeira programática tão nítida quanto o movimento zapatista, caracterizando-se mais por ser um movimento guerrilheiro (BARBOSA, 2010, p. 66), alheio a qualquer noção de construção política ou organização administrativa (AGUILAR CAMÍN, 2000, p. 78).

A vitória da revolução constitucionalista formada por grupos tão heterogêneos implicou a necessidade de conciliação política e reconstrução de um Estado. Não houve sucesso, e a guerra civil explodiu. Os exércitos de Obregón derrotaram os exércitos de Zapata e Villa. Carranza, detentor de uma visão de Estado, sagrou-se vencedor nos embates políticos (AGUILAR CAMÍN, 2000, p. 79).

A convocação de uma Constituinte em 1916 em Querétaro foi a grande tentativa de Carranza de colocar um novo marco 0(zero) na ordem política mexicana, após as tentativas frustradas de reforma constitucional em Ayala e outra em Aguascalientes (GARGARELA, 2013, p. 98-99). Se a convenção de Ayala foi dominada pelos radicais zapatistas, a de Aguascalientes foi mais diversa; enquanto, a de Querétaro foi dominada pelo grupo mais conservador de carranzistas (GARGARELA, 2013, p. 100).

Todavia, mesmo entre os carranzistas, existiam divergências ideológicas que foram retratadas na Constituição de 1917. Mesmo assim, o fator decisivo para o caráter social e até então inédito da Constituição de 1917 com direitos sociais e econômicos era ainda as demandas sociais que estavam presentes na guerra civil, cuja presença era inescapável ante a existência ainda de 50.000 mil homens armados espalhados pelo país (AGUILAR CAMÍN, 2000, p. 86). Entretanto, o projeto de Carranza não deixou de reproduzir a tradicional organização do poder e fortaleceu a autoridade e os poderes do Executivo (GARGARELA, 2013, p. 100).

### 3 A CONSTITUIÇÃO DE 1917 E O PODER CONSTITUINTE PERMANENTE

De acordo com Gargarella, a Constituição de 1917 é um documento misto, na medida em que incorporou a “questão social” combinada com o sistema de governo hiper-presidencialista típico da América Latina (GARGARELA, 2013, p. 100-101). Com mais de 100(cem) anos, a Constituição de 1917 sofreu profundas alterações ao longo do tempo (mais de 700 emendas), sendo a carta mais alterada no mundo (ARMENGOL, 2016, p. 9), podendo-se afirmar até a existência de um Poder Constituinte permanente ou esvaecendo a distinção entre legislação ordinária e extraordinária (constitucional) (GÍMENEZ, 2019, p. 223).

De qualquer maneira, foi, no âmbito da linguagem constitucional da Constituição de 1917, que o México passou de um regime autoritário para uma democracia, após a derrota do Partido Revolucionário Institucional - PRI para o PAN que, com o candidato Ruffo Appel, ganhou um governo estadual da Baja Califórnia em 1988, depois de 60 anos de hegemonia absoluta do PRI (AGUILAR CAMÍN, 2000, p. 342).

Daí a existência de 2 (duas) dinâmicas que são entrelaçadas. A primeira dinâmica é a política; enquanto, a segunda é constitucional. A dinâmica política gravita em torno da questão fundamental de como foi possível a hegemonia política de um partido político por tanto tempo em uma sociedade tão desigual (AGUILAR CAMÍN, 2000, p. 347).

Aguiar cunhou a expressão mecânica do consenso para responder a esse questionamento. A mecânica do consenso funda-se em razões históricas e institucionais. Do ponto de vista histórico, existe uma “persistência de uma cultura política colonial, na qual os privilégios e desigualdades são vistos como ‘naturais’ tanto na cúpula quanto na base da pirâmide” (AGUILAR CAMÍN, 2000, p. 347). Na perspectiva institucional, existe uma tradição corporativa de que “todo direito ou toda demanda tem, de alguma maneira, que se processar corporativamente: o cidadão individual não conta; conta sua inserção em alguns dos níveis de representação ou privilégio” (AGUILAR CAMÍN, 2000, p. 347).

Essa dinâmica política impactou o modo de reforma constitucional, transformando-a em simples modo de fazer legislação ordinária. Não existiam obstáculos institucionais, uma vez que o PRI era hegemônico de modo absoluto. O curioso é que esse modo de reforma constitucional foi um dos mecanismos institucionais de transição de um regime autoritário

para um regime democrático em que há disputa partidária. No México, diferentemente da maioria dos outros países da América Latina, a transição para democracia foi sem a elaboração de uma nova Constituição, uma vez que o padrão constitucional é de reformismo (GÍMENEZ, 2019, p. 2-3). Mais interessante ainda é o fato de que a taxa de aprovação de emendas constitucionais aumentou depois dos anos 90 quando passou a existir um maior pluralismo partidário (GÍMENEZ, 2019, p. 17-18).

Essa dinâmica política baseada em uma mecânica do consenso impactou a dinâmica constitucional. Primeiro, porque gerou uma série de normas detalhadas que seriam próprias para a legislação ordinária. Depois, em razão de ter-se um texto profundamente desorganizado. Terceiro, pois produziu um texto heterogêneo em estilo – antiga e nova técnica legislativa são misturadas -, bem como em conteúdo, na medida em que o texto original nacionalista e social de 1917 coexiste com inúmeras disposições que lhe retiram ou reduzem essa dimensão (GÍMENEZ, 2019, p. 2-3).

Em 1994, ocorreu também a reforma do Poder Judiciário, com o fortalecimento da corte constitucional mexicana mediante a criação de competências para o controle abstrato de constitucionalidade de normas jurídicas com decisões de eficácia *erga omnes* (BENVINDO, 2019, p. 57-79). Até então a Suprema Corte Mexicana tinha impacto praticamente nulo na vida política, uma vez que o regime de recrutamento e promoção dos juízes era por meio de forte relação com o PRI, bem como em razão de que a atitude dos juízes era de preservar o espírito revolucionário que poderia ser contido por uma atuação judicial tal qual ocorreu nos Estados Unidos na famosa era *Lochner* (SCHOR, 2011, p. 89-90).

Entretanto, somente a partir de 1997, com a perda do controle hegemônico do PRI, é que a Suprema Corte Mexicana passou a ser um órgão com mais independência e menos cooptado (BENVINDO, 2019, p. 67). A explicação para Acunha e Benvindo é de que a fragmentação política viabilizou o insulamento do poder judiciário e, por consequência, garantiu a sua maior independência (BENVINDO, 2019, p. 67). Talvez, o fortalecimento da Suprema Corte Mexicana possa ser explicado pela tese de Hirschl de preservação hegemônica, a qual sugere que o “fortalecimento do judiciário por meio de constitucionalização é melhor compreendido como subproduto de uma interação estratégica” entre as elites políticas, econômicas e judiciais (HIRSCHL, 2020, p. 95), o que é uma hipótese a ser explorada. Nessa lógica, não seria a fragmentação política que criou o ambiente institucional para o crescimento da participação na vida política

da Suprema Corte Mexicana, mas foi a iminência de fragmentação política que gerou o incremento de competências da Suprema Corte Mexicana a fim de se preservar o pacto hegemônico.

Desse ponto o entrelaçamento entre as dinâmicas política e constitucional para explicação desse poder constituinte permanente, na medida em que intervenções nas estruturas políticas somente seriam viáveis mediante emendas constitucionais, uma vez que, no México, o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais não é admissível (MADRAZO, 2014).

#### **4 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA**

A relação entre constitucionalismo e democracia é complexa e fruto de abundantes investigações dos mais variados matizes. Conforme já salientado, o propósito desse ensaio é apenas problematizador e entendemos que o caso do México impõe perplexidades e gera um mal-estar a nós juristas formados na tradicional distinção entre Poder Constitucional Originário e Poder Constitucional Derivado de Sieyés (SIEYÉS, 2001).

No México, a Constituição de 1917 é rígida, uma vez que dispõe de um procedimento diferenciado e mais exigente para modificação de seu texto. E, paradoxalmente, um procedimento bastante similar à constituição norte-americana, mas com um resultado diametralmente oposto, isto é, a constituição mexicana tem um alto grau de emendabilidade em contraposição ao baixo número de emendas constitucionais da constituição norte-americana (VELASCO-RIVERA, 2021, p. 1.042).

Para explicar o alto grau de emendabilidade da Constituição mexicana, Velasco-Rivera forjou a concepção de regra de cooperação que se trata de uma regra não-escrita (VELASCO-RIVERA, 2021, p. 1.050) que é facilitada pela incorporação de uma ideia de consenso como um elemento necessário para a realização da democracia pelos atores políticos (VELASCO-RIVERA, 2021, p. 1.051). Em um âmbito de um sistema pluripartidário, impera a negociação entre os atores políticos a fim de que o governo se legitime e crie um senso de estabilidade política e institucional (VELASCO-RIVERA, 2021, p. 1.055). Nesse contexto, a regra de cooperação pode ser compreendida como a manifestação de um sistema de troca de votos, o que é uma característica essencial de qualquer processo legislativo (VELASCO-RIVERA, 2021, p. 1.058).

Apesar de a constituição mexicana formalmente ser uma constituição rígida, o Poder Constituinte é permanente, ou melhor dizendo, existe, na prática, uma indiferença entre legislação ordinária e legislação constitucional. Emerge então a pergunta: para que serve então uma Constituição?

A resposta seria que se pode ter constitucionalismo sem democracia, pois a Constituição mexicana passou por constantes modificações durante o período de hegemonia absoluta de um único partido político. Todavia, como explicar o aumento de reformismo, depois da abertura democrática e do aumento do pluralismo político? A hipótese levantada é de que a maior intervenção da Suprema Corte Mexicana ocorreu para a preservação hegemônica, de acordo com a tese de Hirschl. Então, de que serve uma Constituição?

No México, o que parece existir é de que a Constituição e seu reformismo é apenas um modo de governar, ou seja, é apenas um mecanismo de estabilização política (ALBERT, 2019, p. 252). Segundo Giménez, as constituições mexicana e brasileira atuais são o produto de negociações e concessões entre diferentes grupos em vez de serem um produto de uma ampla mobilização popular, destacando um momento de grande descontinuidade política (GIMÉNEZ, 2018, p. 236). Essa experiência mexicana constituinte seria uma expressão da cultura política das elites do país (ALTERIO, 2018, p. 147).

Assim, o 1º problema identificado é o de construção do propósito de um texto constitucional. Sunstein formula um propósito deliberativo para o texto constitucional. A constituição liberal clássica era o de limitação do poder mediante a separação de poderes e a instituição de direitos fundamentais (SILVA, 2021, págs. 32-33). Outro elemento importante a ser considerado no conceito de constituição é a noção de pacto, pois a constituição é “um pacto que funda uma comunidade política, um pacto que, mesmo não seja o ideal para cada um dos indivíduos isoladamente considerados, é aceito como essencial para a vida em sociedade”, não importa quem exerça o poder (SILVA, 2021, p. 33-34).

Pode-se dizer que o sentido de uma constituição, isto é, o propósito de um texto constitucional tem suas raízes no modo como se pode compreender a experiência histórico-constituinte. Sobre a experiência inglesa, norte-americana e francesa, Canotilho expõe da seguinte maneira (CANOTILHO, 2003, p. 68-69):

“[...] Três palavras resumirão os traços caracterizadores de três experiências histórico-constituintes: os ingleses compreendem o poder constituinte como um processo histórico de revelação das ‘constituição de Inglaterra’; os americanos dizem num texto escrito, produzido por um poder constituinte ‘the fundamental and Paramount law of the nation’; os franceses criam uma nova ordem jurídico-política através da ‘destruição’ do antigo e da ‘construção do novo’, traçado a arquitectura da nova ‘cidade política’ num texto escrito – a constituição. Revelar, dizer e criar uma constituição são os *modus operandi* das três experiências constituintes.”

Se a experiência inglesa é marcada pelo *modus operandi* de revelar a constituição; a experiência norte-americana tem como traço de sua experiência constituinte o dizer a lei fundamental da nação. Por fim, a experiência francesa constituinte pode ser definida pelo criar de uma nova ordem jurídico-política.

A regra da cooperação formulada por Velasco-Rivera para explicar o poder constituinte permanente do México aponta para um contínuo processo de pactuar a ordem política-institucional. O que causa estranheza é como um processo revolucionário tão sangrento desencadeou ou teve por consequência uma experiência constituinte de pactuar, de cooperar ou negociar. Ou, nas palavras de Albert, desembocou em uma experiência de estabilização da política.

Por outro lado, a experiência constituinte de 1988 pode ser compreendida por esse conceito de pacto, no qual não se deve entender como uma aliança pacífica para a perseguição do bem comum nacional, mas como um longo, tumultuado e conflituoso processo histórico de disputa (LONGO FILHO, 2016). A diferença em relação à experiência mexicana é a ausência de uma linha de continuidade constitucional a partir da Constituição mexicana de 1917, uma vez que a experiência constitucional brasileira é marcada por diversas constituições.

Daí emerge outra questão fundamental. Esse modo de governar é democrático? Podemos falar de legitimidade constitucional face ao poder constituinte permanente mexicano ou a nossa experiência brasileira? Podemos aprofundar esse questionamento e nos perguntar se a democracia apenas é viável em situações de igualdade de condições entre os cidadãos tal qual descrito por Tocqueville em *Democracia na América*. Afinal, de que democracia estamos falando e fazendo? Analisando o contexto brasileiro, Neves pondera que (NEVES, 2018, 313):

“A legitimação do direito somente seria possível mediante a afirmação do princípio social de inclusão no lugar do princípio de exclusão, ainda hoje dominante no Brasil, de modo que o direito constitucional ocupasse um espaço importante no agir e no viver cotidianos de toda a população e a orientação das expectativas normativas pelo direito positivo se tornasse a rotina da vida jurídica.”

Assim, para Neves, a legitimidade do direito constitucional depende da afirmação do princípio social de inclusão em substituição ao princípio de exclusão, o que implica a realização de uma “revolução” social no país que não passa por violência política, porém por “um processo conflituoso de busca de um projeto hegemônico sustentável de natureza democrática e, portanto, includente” (NEVES, 2018, p. 417-418).

Dessa maneira, o 2º problema é como fazer democracia em um país marcado por desigualdades sociais e econômicas como o México e o nosso Brasil. Virgílio aponta para a necessidade de se colocar no centro do debate constitucional o tema da desigualdade (SILVA, 2021, p. 630).

Mangabeira estabelece como uma das diretrizes da constituição do experimentalismo democrático a construção de “uma base constitucional para o fortalecimento das capacitações do cidadão individual” (MANGABEIRA, 2011, p. 8). Significa, essa diretriz, um princípio de herança social, por meio do qual se assegura um conjunto básico de recursos disponíveis a qualquer cidadão, de acordo com o estágio de desenvolvimento da sociedade. Além disso, tem como propósito reorganizar as práticas e poderes estatais para resgatar as pessoas ou grupos em situação de exclusão ou subjugação (MANGABEIRA, 2011, p. 8).

Essa diretriz guarda correlação com a categoria de direitos fundamentais, formulada por Habermas, a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, o que se faz necessário para o aproveitamento, em igualdade de chances, de todos os demais direitos (HABERMAS, 1997, p. 160). Dessa maneira, os direitos fundamentais não se constituem apenas um limite à intervenção estatal, tampouco são apenas bens e serviços à disposição do cidadão, porém são reconstruídos constitucionalmente para estarem a serviço de uma democracia acelerada, o que somente é possível mediante a garantia de uma herança social que tem coloração própria no nosso país de disparidades econômicas e sociais gritantes. A radicalização da democracia passa pela inclusão de todos os cidadãos devidamente equipados para participar do jogo democrático.

## CONCLUSÕES

A América Latina tem uma rica tradição constitucional, muitas vezes ignorada e que, de certa maneira, vem sendo recuperada. O caso do México é emblemático nesse sentido, uma vez que, apesar de profundamente alterada, a Constituição é centenária e fruto de um radical processo revolucionário.

Nesse aspecto, a revolução mexicana foi suficiente para inaugurar a tradição de um constitucionalismo social *ex nihilo*. Entretanto, não foi o bastante para alterar as condições sociais e econômicas a fim de se reduzir a desigualdade e pobreza, mesmo com um poder constituinte permanente ou, apesar de um poder constituinte permanente, no qual a distinção entre constituição e normas infraconstitucionais é diluída.

Nesse momento, os 2 (dois) problemas identificados – para quê Constituição e qual Democracia – se entrelaçam. A revolução é uma força suficiente para inaugurar uma nova tradição constitucional, mas não para transformar a realidade, mesmo com a permanente alteração do texto constitucional. A transformação da realidade vem, ou por uma via rápida e autoritária, ou pelo caminho laborioso da democracia. Assim, a pergunta essencial é de que Constituição estamos falando para um fazer democrático em uma sociedade tão desigual quanto a latino-americana.

## REFERÊNCIAS

AGUILAR CAMÍN, H. **À sombra da revolução mexicana**: história mexicana contemporânea. 1910-1989. Héctor Aguilar Camín & Lorenzo Meyer. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

ALBERT, R. **Constitutional amendments**: making, breaking, and changing constitutions. New York: Oxford University Press, 2019.

ALIMONDA, H. **A revolução mexicana**. São Paulo: Editora Moderna, 1986.

ALTERIO, M.; NIEMBRO, R. Constitutional Culture and Democracy in Mexico: A Critical View of the 100-Year-Old Mexican Constitution. *In*: GRABER, M.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M. (Eds.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018.

- ARMENGOL, C. M. V. La carta magna mexicana en su centenario y el constitucionalismo latino-americano. Notas de un estudio comparado. *In: Revista IUS*, México, a. 10, n. 38, jul./dez. 2016.
- BARBOSA, C. A. S. **A revolução mexicana**. São Paulo: Editora UNESP, 2010.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da interpretação**. 7. ed., 11 reimp. Portugal: Editora Almedina, 2003.
- BENVINDO, J. Z. ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das cortes supremas. Uma comparação entre Brasil e México. **Novos Estudos**, CEBRAP, n. 110, jan./abr. 2019.
- GIMÉNEZ, F. P. Constitutionalism and rights protection in Mexico and Brazil: comparative remarks. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 117-135, set./dez. 2018.
- GARGARELLA, R. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2013.
- GIMÉNEZ, F. P. ; POZAS-LOYO, A.. The paradox of Mexico's constitutional hyper-reformism: enabling peaceful transition while blocking democratic consolidation. *In: ALBERT, Richard. BERNAL, Carlos. BENVINDO, Juliano Zaiden. Constitutional change and transformation in Latin America*. Oxford, UK: HART, 2019.
- GOVEA, M. J. N. El poder constituyente permanente em México y el problema de los límites de la reforma constitucional. **Estudios Constitucionales**, ano 16, nº 1, 2018.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HIRSCHL, R. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina, PR: Editora Educação, Direito e Alta Cultura (EDA), 2020.
- LONGO FILHO, F. J. O poder constituinte de 1988. O derivado que se transformou em originário? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 98, nov./dez. 2016.
- MADRAZO, J. F. C. **El control de constitucionalidad de la ley em México**. México: Editorial Porrúa, 2014.

NEVES, M. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

PRADO, M. L. **História da América Latina**. 1. ed. 4. reimp. São Paulo: Editora Contexto, 2019.

SCHOR, M. Un ensayo sobre el surgimento de cortes constitucionales: los casos de México e Colômbia. **Revista de Economia Institucional**, v. 13, n. 24, p. 85-109, jan./jun. 2011.

SIEYÈS, E. J. **A Constituição Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers État? Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, V. A. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SUNSTEIN, C. R. **What Constitutions do**. Nova York: Oxford University Press, 2001.

UNGER, R. M. **A constituição do experimentalismo democrático**. Revista de Direito Administrativo (RDA), Belo Horizonte, a. 2011, n. 257, maio/ago. 2011.

VELASCO-RIVERA, M. Constitutional rigidity: the mexican experiment. **I-CON**, v. 19, n. 3, p. 1042-1061, 2021.

# BLOCKCHAIN E GOVERNANÇA: UMA ANÁLISE JURÍDICA

## *BLOCKCHAIN AND GOVERNANCE: A LEGAL ANALYSIS*

Mateus de Oliveira Fornasier\*

Matheus Antes Schwede\*\*

Fernanda Viero da Silva\*\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Definições e aplicações do blockchain. 3 Governança e blockchain. 4 Da necessidade de desenvolvimento de abordagens jurídicas adequadas para a tecnologia blockchain. 5 Conclusão.

**RESUMO:** A tecnologia blockchain tem atraído cada vez mais novos usuários, principalmente por sua descentralização, transparência e distribuição. Funcionando através de contratos inteligentes autoexecutáveis e organizando todas as transações em uma cadeia de blocos, armazenando todos os dados de uma forma imutável, faz com que os usuários se sintam mais seguros, porém, ao mesmo tempo, pode oferecer alguns riscos. Por isso, neste estudo, através do método de pesquisa hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e da técnica de pesquisa bibliográfica, visa-se estudar as definições e aplicações de blockchain, bem como levantar a discussão sobre uma abordagem legal à tecnologia disruptiva. Termina concluindo que embora tal tecnologia ofereça ótimas perspectivas por não ser necessariamente coordenada por um ponto central, um dos seus principais riscos é possibilitar diversas práticas ilícitas e criminosas – logo, a presente investigação entende que deve ser feita uma melhor abordagem acerca dos estudos de regulamentação do blockchain, seja mediante a Lex Cryptographia (conjunto de normas implantado por contratos inteligentes autoexecutáveis e organizações descentralizadas) seja pela legislação estatal, ou ainda, mediante alguma combinação de ambas.

\*Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, São Leopoldo/RS, Brasil), com Pós-Doutorado em Direito pela University of Westminster (Londres, Reino Unido). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI, Ijuí/RS, Brasil).

\*\*Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI, Ijuí/RS, Brasil).

\*\*\*Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI, Ijuí/RS, Brasil).

Artigo recebido em 31/05/2021 e aceito em 08/11/2021.

Como citar: FORNASIER, Mateus de Oliveira; SCHWEDE, Matheus Antes; SILVA, Fernanda Viero da. Blockchain e governança: uma análise jurídica. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 25, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**Palavras-chave:** blockchain; governança; Lex Cryptographia.

**ABSTRACT:** *Blockchain technology has been attracting more and more new users, mainly due to its decentralization, transparency and distribution. Working through self-executing smart contracts and organizing all transactions into a block chain, storing all data in an immutable way, it makes users feel safer, but at the same time it can pose some risk. Therefore, in this study, through the hypothetical-deductive research method, with a qualitative approach and bibliographic review technique, it aims to study the definitions and applications of blockchain, as well as raise the discussion about a legal approach to disruptive technology. It ends up concluding that although such technology offers great perspectives, as it is not necessarily coordinated by a central point, one of its main risks is to enable various illegal and criminal practices – therefore, the present investigation understands that a better approach must be made to regulatory studies blockchain, either through the Lex Cryptographia (set of standards implemented by self-executing smart contracts and decentralized organizations) or through state legislation, or even through some combination of both.*

**Keywords:** *blockchain; governance; Lex Cryptographia.*

## INTRODUÇÃO

A tecnologia blockchain, que tem como cerne a descentralização e a distribuição mediante uma rede ponto a ponto (*peer-to-peer*), tem como paradigma inicial o bitcoin - uma das primeiras criptomoedas, no ano de 2008. Bitcoin e blockchain vêm facilitando o estabelecimento de múltiplas transações de modo extremamente rápido, tendo ambos também trazido novos usos da criptografia para conferir mais transparência, privacidade e qualidade de registro de operações sistematicamente organizadas em cadeias de blocos contendo os dados de tais operações, os quais permanecem imutáveis por causa da utilização de contratos inteligentes autoexecutáveis - os quais, por sua vez, funcionam com a utilização das chaves privadas dos usuários e chaves públicas das transações. Com isso, as novas possibilidades, não unicamente atreladas ao mercado financeiro, começaram a surgir.

Mas juristas vêm se preocupando sobre o uso, o funcionamento e os efeitos do blockchain nos ordenamentos jurídicos, mormente no âmbito dos direitos fundamentais. E possibilidades de aplicação do blockchain na governança chamam a atenção dos Estados, o que demanda entender como essa tecnologia disruptiva funciona e quais as suas possibilidades, os seus pontos positivos e conseqüentemente os possíveis riscos que ela pode oferecer na implementação de uma governança descentralizada. Ainda, sendo a infosfera onde existe e funciona a blockchain ambiente transnacional, é necessário entender as possibilidades de um Estado em apurar atos e condutas ilícitas, regular as transações de criptomoedas e como proteger os direitos individuais sem interferir no desenvolvimento tecnológico e nas liberdades individuais. Eis aí a relevância deste estudo,

pois a tecnologia evolui e afeta o ambiente econômico e social. Por isso seus efeitos devem ser estudados e analisados para que se encontre um equilíbrio entre evolução tecnológica e proteção de direitos.

Nesse sentido, o problema norteador desta pesquisa questiona sobre a possibilidade de aplicação do blockchain como forma de governança.

Já as hipóteses pensadas para esses questionamentos são as seguintes. Primeiramente, a tecnologia disruptiva e descentralizada do blockchain apresenta um enorme potencial para ser utilizada como uma forma de governança. Pois, essa se demonstra muito segura principalmente pelo fato da imutabilidade dos registros que ocorrem na rede ponto a ponto, impossibilitando as alterações das transações ocorridas e conseqüentemente dificultando qualquer fraude no sistema. Já no que tange a abordagem legal ao blockchain, o surgimento de uma *Lex cryptography*, que trata sobre um conjunto de costumes e regras implantadas por *smart contracts*, pode vir a ficar em ascensão reforçando a ideia de algumas liberdades individuais. Porém, é necessário que os governos trabalhem em conjunto para que se alcance uma forma de regulação em que essas liberdades sejam efetivadas, mas também que não favoreça crimes pelo anonimato da rede.

O objetivo geral desta pesquisa, de natureza exploratória, com emprego do método de procedimento hipotético-dedutivo, abordagem qualitativa e técnica de pesquisa de revisão bibliográfica, é analisar o emprego da tecnologia blockchain na governança, e quais poderiam ser as abordagens jurídicas para uma melhor regulação de seu uso. Por isso, seu desenvolvimento foi dividido em duas partes, cada qual correspondendo a um objetivo específico seu: em um primeiro momento, são estudadas as definições e aplicações da tecnologia blockchain; e na seqüência, examinar as abordagens teórico-jurídicas da tecnologia blockchain.

## **1 DEFINIÇÕES E APLICAÇÕES DO BLOCKCHAIN**

O blockchain (ou cadeia de blocos) é tecnologia caracterizada pela descentralização, que ganhou maior visibilidade com a criptomoeda Bitcoin no ano de 2008 (FIGUEIREDO, 2020). A história desta tão famosa moeda digital surgiu com um autor desconhecido, ou talvez um grupo de autores, que assinou um trabalho utilizando o pseudônimo Satoshi Nakamoto. Em 2009, o lançamento de “Bitcoin: Um Sistema de Caixa Eletrônico Ponto a Ponto” revolucionou o blockchain ao apresentar o

conceito de uma moeda que existia estritamente em um espaço digital constituído a partir da arquitetura do blockchain (BERDIK et. al., 2021).

O sistema Bitcoin se constitui sobre uma rede totalmente descentralizada *peer-to-peer* (P2P) - “ponto-a-ponto”, em português - onde se registram publicamente todas as transações que ocorrem através do blockchain, num sistema descentralizado para qualquer verificação das transações realizadas, pois o software do bitcoin (aplicado de código aberto) é mantido por um volumoso grupo de pessoas voluntárias, de modo que não há qualquer entidade centralizadora (como um banco, governo ou qualquer outra organização) responsável pela manutenção dessa rede online (FIGUEIREDO, 2020; MIGNON, 2019). Ao fazer um nome para si mesmo, o Bitcoin também trouxe o foco do blockchain para os holofotes consigo - mas esses holofotes trouxeram também muitos questionamentos acerca da segurança e da durabilidade da tecnologia (BERDIK et al., 2021).

A *distributed ledger technology* (tecnologia de razão distribuída), ou DLT, por possuir um grande livro-razão, pode aumentar a velocidade e a eficiência das trocas e colaborações em uma rede distribuída que ofereça transparência e mecanismos de confiança. De forma geral, o principal objetivo da DLT é formar redes distribuídas criptografadas, oferecendo aos usuários validações consensuais e múltiplas (DENNY; PAULO; DE CASTRO, 2017).

No que tange à rede *peer-to-peer*, tem-se que funciona com a participação dos usuários, entre pares. Na verdade, essa rede ponto a ponto não foi inventada junto com o blockchain, mas sim, com tecnologias como o Torrent — aplicativo de download de conteúdos pela internet e entre computadores. Os computadores conectados à rede *peer-to-peer* são chamados de “nós”, e considerados iguais, sem qualquer priorização de uns sobre outros, mesmo que possam desempenhar funções distintas (FIGUEIREDO, 2020). E mesmo que alguns pontos falhem, os vários que ainda permanecem conectados são capazes de se comunicar entre si. As redes melhores distribuídas representam mais resistência às falhas individuais ou à perda de conexão entre os nós, porém implicam em muitos custos para a sua manutenção, pois nesse tipo de rede cada nó tem muitas responsabilidades, como também muitos custos atrelados (BODÓ; BREKKE; HOEPMAN, 2020). Por fim, as informações incorporadas no livro-razão (espécie de registro digital) somente são introduzidas se houver consenso entre as partes da relação (econômica) específica (MARINHO; RIBEIRO, 2017).

O Bitcoin é uma moeda totalmente digital, sem lastro em qualquer elemento externo, como cotação do ouro ou dólar (TEIXEIRA; DA SILVA, 2018), pois é um sistema de pagamento online, através de uma rede ponto a ponto - consequentemente, o valor da transação é repassado de uma parte para a outra sem passar por uma instituição financeira que supervisiona as transações (MIGNON, 2019). Moedas desse tipo são conhecidas como criptomoedas, que surgem e circulam no ambiente digital, mesmo que alguns espaços físicos já as aceitem como forma de pagamento. Mas a tecnologia blockchain pode ser utilizada não apenas em outras moedas, com outros nomes e funcionamentos, mas também em outros elementos importantes de operações econômicas. Significativo exemplo disso são os *smart contracts* (contratos inteligentes), software automatizados construídos para funcionar em um protocolo blockchain (KOULU et al., 2016). A existência de um contrato inteligente está diretamente ligada à existência de transações, e o seu funcionamento automatizado já está embutido no próprio contrato.

Mignon (2019) divide o blockchain de acordo com suas evoluções. Primeiramente, o blockchain 1.0 é aquele que permite que as criptomoedas sejam utilizadas como dinheiro eletrônico; na sequência, o blockchain 2.0 consiste nos DAO, *decentralized autonomous organization* (organização autônoma descentralizada), que se referem aos programas autônomos descentralizados gerados a partir dos contratos inteligentes; e, por fim, o blockchain 3.0, trata-se de aplicações que vão além do dinheiro, mas que podem tocar diversas áreas da vida social.

Além do mais, a rede ponto a ponto utiliza de criptografia, mas, isso não é algo novo na história da humanidade, por mais que tenha sofrido inúmeras mudanças e inovações na sua composição e forma de uso. Embora a criptografia exista há milhares de anos, tendo sido usada em diversos tipos de mensagens - como aquelas que não poderiam ser decifradas em caso de interceptação por adversários (FIGUEIREDO, 2020). Principalmente no início do século XXI, os avanços tecnológicos permitiram a existência de algoritmos de criptografia digital.

Nas suas formas mais simples, a criptografia era um rearranjo do alfabeto, onde somente aqueles que tinham conhecimento do código secreto de tradução seriam capazes de decifrar a mensagem passada — e, se porventura alguém tivesse a intenção de decifrar a criptografia da mensagem, teria de analisar padrões e repetições das letras, comparando com as palavras de determinada língua que poderia ter sido a sua base

(ABREU, 2017). A lógica atual não se difere muito desse pensamento, porém é extremamente mais complexa e muito mais difícil de decifrar, em razão dos avanços tecnológicos - Principalmente por não ser utilizado necessariamente algum rearranjo de alfabetos, mas fórmulas matemáticas mais robustas, como é o caso dos algoritmos, que são aplicadas para decifrar as mensagens. O blockchain, com isso, torna-se cada vez mais importante ao combinar utilitários de hardware e software para formar sistemas abrangentes de informações (BERDIK et al., 2021).

Muitas vezes é virtualmente impossível que manualmente alguém consiga identificar os padrões da criptografia utilizada, havendo atualmente dependência de computadores super potentes - ou seja, para a existência de redes de criptografia seguras é imprescindível o uso de amplo conhecimento matemático, computadores avançados e recursos econômicos abundantes.

As criptografias atualmente mais utilizadas atualmente podem ser diferenciadas em: a) assimétrica, tipo de criptografia pública na qual se tem uma chave de acesso pública e outra privada; e b) simétrica, conhecida como criptografia, em que as duas pontas da rede devem conhecer a mesma chave. No sistema do bitcoin, o acesso que se tem às criptomoedas se dá por meio de pares de chaves da criptografia assimétrica e, dessa forma, a chave pública é utilizada para receber os bitcoins, enquanto a chave privada do usuário presente na transação é utilizada para gastá-los. Porém isso se dá através de uma assinatura que pode ser validada sem que a chave privada seja revelada (FIGUEIREDO, 2020).

Uma transação se inicia quando um proprietário de criptomoedas (ou *tokens*) envia a sua chave pública (endereço criptografados e armazenados no blockchain) para outro, que as deseja adquirir. A transferência irá ocorrer pela assinatura de um *hash*. Cada item de transação está associado a um endereço (PILKINGTON, 2016).

As funções de dispersão da criptografia geram um tipo de impressão digital, a qual é conhecida como *hash*, que são funções muito usadas no protocolo bitcoin, principalmente quando se trata de endereços de *script* e prova de trabalho (*proof to work*) do processo de mineração da criptomoeda (FIGUEIREDO, 2020). A função da *hash* se dá quando cada bloco cria um link criptografado irreversível para o bloco anterior. Essa criação contém os dados imutáveis de data e hora de cada transação realizada naquela unidade, e esses dados são imutáveis porque cada um dos nós da rede é responsável por um registro das transações naquela blockchain e, quando os blocos se

alinham em uma linha crescente, se tornam extremamente resistentes a qualquer alteração (CHEN; D LLOYD, 2021).

A verdade é que o blockchain depende das funções *hash*, pois um *hash* é uma saída basicamente resultante de uma transformação das informações de entrada. Desse modo, as funções *hash* operam através de um algoritmo que transforma uma entrada em uma saída que, pelo fator criptográfico, se torna extremamente difícil de se reverter (PILINKTON, 2016). Por causa dessa descentralização, alguns autores como Teixeira e Silva (2018) acreditam que seja impossível que hackers invadam o banco de dados, que está distribuído entre vários nós - o que descentraliza e deslocaliza os bancos com informações dos usuários que mantêm a rede ativa. Ainda, no momento de sua conexão, todo usuário passa a armazenar informações das suas transações. E, para ocorrer algum tipo de *hack*, ou qualquer alteração fraudulenta na base de dados, seria necessário invadir todos os nós, ou computadores conectados ao mesmo tempo.

Assim, para que se modifique um bloco, todos os outros teriam de ser modificados, pois o valor de *hash* do bloco o qual foi modificado alteraria todos os *hashs* subsequentes (MCBEE; WILCOX, 2020). Os bancos de dados tradicionais são centralizados em um único nó e por isso são mutáveis. Diferente do blockchain, que tem alta latência e não aceita mais do que o número específico de transações que suporta, os bancos de dados tradicionais têm baixa latência, permitindo que diversas transações sejam produzidas simultaneamente, mas não tem a vantagem de serem replicados em todos os nós que a rede descentralizada possui.

Para melhor explicar essas transações a partir do uso de criptografia, é possível usarmos o exemplo do sistema de transação de bitcoins, no qual para melhor segurança e gerenciamento dos dados existe um software chamado *wallet* (“carteira”) usado para enviar, receber e armazenar os bitcoins do usuário. Quando se faz uma transação, os envolvidos devem assinar o sistema com a sua chave privada para provar ser o dono da carteira, que é composta por um endereço ou uma chave pública correspondente a um conjunto de caracteres alfanuméricos. Ademais, a chave privada deve ser extremamente protegida para que ninguém tenha acesso aos dados e bitcoins, nem pode ser perdida, pois não há qualquer servidor central que ofereça alguma forma de recuperação de chave (FIGUEIREDO, 2020).

De fato, os usuários possuem, cada um, duas chaves; a chave privada com uma senha intransferível é utilizada para o usuário realizar a transação, enquanto que a chave pública pode ser compartilhada com

outros usuários, pois a partir dela se identifica as transações realizadas pelo mesmo, identificando através da análise de que a transação tenha sido assinada por uma chave privada, confirmando sua autenticidade e assim, registrando no livro com data e hora que fica disponibilizada no banco de dados. Ainda, os usuários não necessitam de confiar em uma autoridade para confirmar as transações, pois essas são validadas entre os próprios usuários (DENNY; PAULO; CASTRO, 2017). As assinaturas digitais utilizadas consistem em um algoritmo de assinatura, de acordo com alguma chave privada e algum documento (lembrando que a assinatura é única de cada usuário e dificilmente pode ser hackeada), e de um algoritmo de verificação, que leva em consideração a mensagem utilizada na transação, a chave pública e a respectiva assinatura utilizada para assim validar a autenticidade (FIGUEIREDO, 2020).

## **2 GOVERNANÇA E BLOCKCHAIN**

Um aspecto importante de se destacar é quanto aos sistemas descentralizados é que, quando estes passam a incluir e causar efeitos em dimensões sociais, políticas e econômicas, pode ocorrer uma grande confusão e um sistema distribuído se confundir com algo que não é. Neste sentido, alguns ideais buscados, como a autonomia individual, a redução das assimetrias de poder, a eliminação dos monopólios de mercado, bem como o envolvimento direto nas tomadas de decisões sociais que envolvam os cidadãos podem ser afetados, ou construídos a partir da descentralização que o blockchain oferece, porém, isso não está totalmente claro se pode ser alcançado de forma tão repentina por essas redes. A análise da construção de um sistema descentralizado para tomadas de decisões e participação na vida política do Estado não deve ser acrítica, sendo urgente que se pense criticamente para que não sejam excluídas abordagens para a criação de formas de organizações de sistemas resilientes, confiáveis e resistentes às falhas de organização. O uso das redes descentralizadas tem grande potencial, mas devem ser pensados cuidadosamente (BODÓ; BREKKE; HOEPMAN, 2020).

De fato, um sistema criado para uma comunidade não pode funcionar sem ela. Cada serviço individual em blockchain tem a sua comunidade, a qual dependerá de como o serviço é projetado e também operado. É simples de entender, enquanto a rede bitcoin depende de comerciantes, mineradores, consumidores e, obviamente, os seus

desenvolvedores, qualquer outro serviço tem membros específicos pertencentes a uma comunidade específica com suas próprias finalidades (AL-SAQAF; SEIDLER, 2017).

Porém, existem alguns riscos nessa autonomia total na mão dos indivíduos, como é o caso de que em certas circunstâncias, é difícil fazer com que se cumpram algumas leis ou regulamentos sobre os particulares de uma forma que não afete toda a rede blockchain por completo (AL-SAQAF; SEIDLER, 2017). Outro risco que pode aparecer é o da desigualdade, isto é, pelo fato de que a rede de distribuição necessita dos nós para funcionar, agravam-se problemas relacionados a largura de banda, poder de processamento e demanda de armazenamento para que um nó se mantenha ativo. Conseqüentemente, isso poderia facilmente ocorrer nos casos de alguns indivíduos, grupos e até mesmo regiões inteiras não conseguirem o necessário para alcançar os devidos benefícios que a tecnologia disruptiva poderia oferecer quanto aos serviços estatais. Em ambientes extremamente sigilosos, a corrupção e a violação aos direitos humanos podem ocorrer, o que é bastante grave. Mas, em contraste disso, a tecnologia blockchain é projetada para trazer a melhor transparência possível a todos os nós do sistema e, dessa forma, cada informação que passa entre os pontos pode ser rastreada até chegar ao seu ponto de origem com certa facilidade.

Por isso, uma das mais destacadas discussões atuais versa sobre as principais forças que impactam o desenvolvimento da tecnologia disruptiva do blockchain a um nível global e, conseqüentemente, a sua regulação. Cada Estado soberano tem as suas próprias leis e formas de governança. Diante disso, os desenvolvedores e os usuários blockchain precisam navegar entre esses diferentes contextos que os Estados apresentam, pois os mecanismos de governança têm parte do seu significado alcançado através do discurso gerado pelos dos atores e grupos sociais. (CHOW-WHITE, 2020).

A governança é o modo de organizar e exercer o poder através de regras que proporcionam uma melhor organização na tomada de decisões (MIGNON, 2019). E quando se aborda a governança através do blockchain, várias camadas que interagem umas com as outras: a) a internet e o seu próprio protocolo; b) a camada blockchain, como o Ethereum (sistema baseado em blockchain), por exemplo. Aliás, é aqui que se encontram os contratos inteligentes e onde a descentralização é executada. E cada camada obedece às suas próprias regras de governança. Alguns estudiosos diferenciam dois mecanismos na camada blockchain: a) a governança por infraestrutura na própria tecnologia, que implica em regras autossuficientes,

de modo que a tecnologia poderá ela mesmo definir e também aplicar regras rígidas e sem intervenção externa; b) a governança da infraestrutura pela própria comunidade de desenvolvedores, baseada na ideia de que a tecnologia não é capaz de fazer tudo, podendo o código ser modificado para se adaptar às circunstâncias que possam surgir. Mas poucas pessoas são capacitadas adequadamente para implementar as devidas mudanças e, dessa forma, elas ocorrem em um processo não democrático, pois uma pequena parcela da comunidade de desenvolvedores que a realiza. Ademais, não é democrático que uma pequena parcela de desenvolvedores tome as decisões em nome da ampla maioria, devendo o processo decisório ser amplo, não restrito àqueles que desenvolveram a tecnologia, devendo ser incluídos também os afetados pelas consequências dessas decisões, respeitando os princípios de uma democracia.

Os ativos transacionados no blockchain podem ser nativos digitais, como é o caso das criptomoedas, que nascem nesse ambiente. Mas isso não é uma regra obrigatória, pois também podem ser usadas representações digitais de algo externo, como um bem ou serviço, através da digitalização de um *token* e assim abrindo a possibilidade de uma transação através do blockchain (DENNY; PAULO; CASTRO, 2017). Dessa forma, a utilização do blockchain para transações e controle de governança poderiam ser melhor utilizados, até pela transparência que a DLT passa, poderia até usar como uma ferramenta de melhor implantação e controle dos ODSs (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) acordadas em 2015 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Isso significa que, a partir dos registros imutáveis, seria muito mais prático para agências e instituições governamentais rastrearem, por exemplo, benefícios de seguridade social à população, evitando diversos tipos de fraude pela segurança que um sistema blockchain pode passar. Também se pode reduzir significativamente as falhas humanas e aumentar a velocidade das operações governamentais, como reduzir alguns custos.

É possível usar a tecnologia blockchain como ferramenta para gerar impacto social, e um exemplo prático disso pode ser observado na Moeda Seeds, que se trata de um “ecossistema brasileiro” que apoia a inclusão financeira e a igualdade de gênero (objetivos esses constantes nas ODSs da ONU) facilitando assim o acesso a microfinanças para empreendedoras com projetos de impacto social (KANEGAE; CERNEV; DINIZ, 2021).

As administrações públicas devem aproveitar os mecanismos e soluções que a tecnologia blockchain oferece, se assim continuarem

interessadas em manter o controle estatal. Claro que para isso deve-se ter um alto investimento, até pela necessidade de uma infraestrutura que comporte computadores super potentes e que seja dedicada a isso, além da necessidade de estabelecer parcerias de consórcio. Porém, é necessário levar em consideração a urgência da inclusão digital, pois enquanto os cidadãos que representam o maior grupo de partes interessadas não tiverem a condição nem a oportunidade de uso, será uma tecnologia voltada àquela parte privilegiada da população. E por decorrência disso, as administrações públicas têm a obrigação de pensar em projetar formas de uso de modelos de governança que sejam mais inclusivos. Claro que, para isso, pesquisas acerca da inclusão social na comunidade digital devem ser desenvolvidas (BRINKMANN, 2021).

Nos casos de governança através do sistema blockchain, as regras e processos aqui contidos podem ser divididos em camadas distintas, nas quais uma camada está sujeita a outra. E por isso, a forma de governança em cadeia compreende todas as regras, sejam em cadeia ou não, como os processos de tomada de decisão que podem afetar o desenvolvimento do blockchain. Ainda, deve-se ressaltar que a governança *off-chain*, abrange duas categorias distintas, nas quais uma trata das regras que uma determinada comunidade adota para garantir o bom funcionamento e o desenvolvimento das tecnologias blockchain, enquanto a outra inclui todas as regras sugeridas, inclusive por terceiros à comunidade de referência, e nisso se inclui as leis e regulamentos de um Estado. Mas afinal, no que se diferem as tecnologias em cadeia (*on-chain*) e fora da cadeia (*off-chain*)? Basicamente, a governança fora da cadeia (*off-chain*) permite intervenções no protocolo blockchain que não são ali prescritas, ou seja, as pessoas são responsáveis pelo código, ainda que suas ações não sejam determinadas por ele, e assim, trazendo a problemática da soberania individual, onde indivíduos isolados dominam os processos de decisão. Enquanto isso, a governança em cadeia (*on-chain*) garante que nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos possa impor a sua vontade como um todo à comunidade do blockchain (REIJERS et al., 2018).

A tecnologia pode transformar drasticamente as relações e o funcionamento das organizações e também sistemas de governança, isso porque pode mudá-los de empresas ou governos com o poder centralizado em organizações descentralizadas atribuindo mais poderes aos cidadãos (YOUNG, 2018). Mas, não somente isso, o blockchain também pode ser uma ferramenta para garantir que o governo não viole as leis do seu território e os

direitos individuais. O uso dessa rede descentralizada irá se desenvolvendo naturalmente e passará a fazer parte do sistema jurídico, de modo que seja regulado legalmente. Porém, as entidades devem adequar o blockchain para que seu uso mude a governança e que não seja outra coisa a ser governada.

Essa governança poderá funcionar a partir de *tokens*, os quais poderão fornecer poder dentro ou sobre o governo (“*GovernmentCoin*”) ou acesso às instituições governamentais (“*CitizenCoin*”) (YOUNG, 2018). Primeiramente, o *GovernmentCoin* será explicado. Neste, como já ocorre na Estônia, o documento de identidade do cidadão permitirá que o indivíduo, além de cumprir suas outras funções de identificação, também lhe permite que vote. Ainda, os cidadãos poderão ter a possibilidade de supervisionar a cadeia de blocos do seu respectivo governo, tanto as suas transações, como se houve alguma alteração no código da cadeia. Dessa forma, os particulares terão certo poder, de modo que o governo não poderá exercer algumas funções ou atividades sem o consenso de sua população. A verdade é que todas as atividades através desse token poderá funcionar com mais transparência. Já o *CitizenCoin* irá identificar os cidadãos como sendo pertencentes a um determinado território e que assim votem dentro do seu sistema governamental, bem como gozem dos seus benefícios. Esse *token* se caracteriza por uma peça de software que autoriza o cidadão a utilizar e interagir com os outros cidadãos dentro do sistema governamental.

Mas o *CitizenCoin* pode ser muito mais amplo que isso, podendo abranger até os dados de carteira de motorista, seguros contratados, cadastro de transporte público, informações bancárias, de contato e inúmeros outros dados do seu dono. Isso tudo será armazenado em uma espécie de carteira, como a do Bitcoin, além de que podem existir dispositivos que contenham as chaves privadas do indivíduo (YOUNG, 2018).

Quando o sistema blockchain trabalha com *smart contracts*, os contratos inteligentes, a existência de uma organização de regras imutáveis de governança é formada. Essa forma de organização se chama *decentralized autonomous organization* – DAO (Organização Autônoma Descentralizada). Ela é descentralizada por serem incorporados aos contratos inteligentes os estatutos da organização e então assim aplicados e executados no blockchain e autônomo por ser regulado pelas regras dispostas nos contratos inteligentes. Inicialmente o DAO surgiu como um fundo de investimento onde os possuidores de tokens poderiam tanto avaliar como decidir sobre alguns projetos de financiamento. Dessa forma, àqueles que detém os tokens respectivamente têm o direito a voto, conforme as regras do código DAO (MIGNON, 2019).

Um exemplo marcante na falha de alcançar uma governança através de uma rede distribuída é o fundo de investimentos TheDao, o qual era descentralizado e implantado no blockchain Ethereum. Esse sistema foi lançado em abril de 2016, vindo arrecadar mais de US\$ 160 milhões de Ether (a criptomoeda do Ethereum), em menos de um mês do seu lançamento. Aqui as pessoas que participavam da tomada de decisões enviavam uma determinada quantia de criptomoeda em troca de uma quantidade de *tokens* para usar. Esses tokens permitiram que os usuários participassem dos processos de tomadas de decisões sobre os investimentos do fundo. Embora qualquer pessoa possa enviar uma alternativa de como os fundos podem ser investidos, apenas os detentores de tokens podem expressar sua opinião sobre se a proposta deve ou não ser financiada. E isso faz voltar um outro problema já existente na sociedade. Pois, mesmo que fosse um sistema descentralizado, quanto mais dinheiro as pessoas investissem no fundo, mais *tokens* e, conseqüentemente, mais influência nas decisões (DE FILIPPI, 2019).

Mesmo que o blockchain ofereça inúmeras possibilidades de descentralização do poder, muitas implicações no âmbito social e político da sociedade ainda não estão tão claras. Acontece que não se sabe se a haverá uma descentralização que fortaleça os princípios democráticos onde os cidadãos ou se criará uma sociedade mais autoritária, na qual todas as transações serão medidas por sistemas sem confiança por alguns participantes dominantes pelo seu poder de influência (DE FILIPPI).

Além disso, deve-se levar em consideração que nem sempre um sistema descentralizado se traduz em uma descentralização de poderes. Pois, o maior exemplo disso é a promessa de que a própria internet se tornou um espaço extremamente centralizado, com a concentração dos seus poderes em grandes empresas que a operam. E, mesmo que o blockchain forneça a promessa de ser descentralizado, corre risco de perder essa característica. Por isso, é necessário lembrar que o uso da tecnologia blockchain deve ser moldado de forma acessível a todos os cidadãos, pela forma em que se preserve a distribuição dos poderes, como inicialmente é o que se propõe (DE FILIPPI, 2019).

Na rede P2P, algoritmos de consenso descentralizados são utilizados para gerenciar e determinar a governança, incluindo a validação dos registros das transações e a criação de blocos na cadeia. Porém, os algoritmos em questão são um tanto complicados para satisfazer a demanda de segurança necessária dos modelos de confiança, bem como garantir o desempenho adequado para a manutenção das redes do blockchain. Por

isso, como resposta para segurança, deve ser adotado um mecanismo forte que garanta o desempenho da rede. Pois, embora as transações aconteçam através dos *hashs*, os registros são públicos e assim uma análise de dados pode ser usada para extrair as transações e os endereços *hash* com dados externos. Diante disso, percebe-se que a privacidade em blockchain público não é absoluta, também não é um anonimato absoluto. Então é possível crer que os blockchain públicos podem não ser recomendados para negócios que são baseados no *semi-trust*, ou seja, negócios de semi-confiança. Nos casos de blockchain permissivos, os participantes precisam de permissão para ingressar em blocos, apresentando alguma confiança uns nos outros, mesmo que ainda não seja uma confiança total. São assim, baseados nos modelos de *semi-trust*. É um modelo que não requer tanta exigência quanto um blockchain público que deve ser fortemente preparado para evitar qualquer tipo de falsificação ou fraude e, por causa disso, para alguns determinados tipos de negócio que exigem um certo nível de privacidade, blockchains baseados na permissão podem ser uma ótima escolha (YUE, 2020).

O blockchain faz florescer questões relacionadas à integridade, pelo simples fato de que quando a confiança e a transparência demonstram ser pilares essenciais para a atividade social, juntamente com o poder dos cidadãos atrelados a uma maior responsabilidade por suas próprias comunidades. É necessário que pesquisadores estudem os aplicativos de forma que crie as melhores condições de estrutura da informação para acelerar as discussões, pois assim será possível aperfeiçoar as relações no desenvolvimento de uma democracia em rede. Dessa forma, pode-se alcançar uma democracia mais objetiva e com tomadas de decisões coletivas (RAIKOV, 2018).

As pesquisas acerca da temática da tecnologia blockchain estão começando a ganhar cada vez mais espaço no mundo acadêmico. Por chamar a atenção dos pesquisadores, isso demonstra que a necessidade para as análises e os estudos desses sistemas, como ocorre com a grande maioria das novas tecnologias e de todas as inovações, para explorar o potencial, os ricos e as complexidades do blockchain com a finalidade de entender e evitar riscos decorrentes de consequências não apenas técnicas, mas também dos efeitos políticos e sociais de um possível fracasso pela sua utilização (JANSSEN et al., 2020). Pois, é verdade que a tecnologia blockchain pode oferecer inúmeras possibilidades no que tange à transparência e maior participação popular em uma governança

descentralizada, porém, é necessário levar em consideração que problemas sociais já existentes na sociedade, como é o caso daqueles que tem mais *token* ter mais influência na tomada de decisões, bem como a necessidade de uma inclusão digital da população para que todos efetivamente participem na rede P2P.

### **3 DA NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO DE ABORDAGENS JURÍDICAS ADEQUADAS PARA A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN**

O ciberespaço atual lembra um pouco do comércio marítimo internacional que existia na Europa medieval, no qual os comerciantes utilizavam do respeito mútuo e o bom senso para solucionar qualquer conflito que viesse a surgir em decorrência de algum negócio, pela inexistência de reconhecimento de direitos pessoais pelos Estados e ausência de uma legislação comum — o que resultou na formação de uma *Lex Mercatoria*, caracterizada pela solução de conflitos sem invocar qualquer direito positivado (SOUZA, 2017). A *Lex Mercatoria* surgiu do fato de o comércio daquela época não estar restrito a apenas a um reino e, por isso, regras “nacionais” não poderiam ser aplicadas. Desse modo, um conjunto de normas estabelecidos pelos próprios mercadores e suas organizações para regular as transações e o comércio em geral que acontecia entre os reinos na era medieval surgiu. Os mercadores desenvolveram seus próprios tribunais para cumprir suas estruturas legais que decorriam de acordos voluntários. Tempos depois alguns desses costumes foram reconhecidos como um conjunto de leis para o comércio internacional, originando a *Lex Mercatoria* juntamente com os tribunais comerciais. (WRIGHT, DE FILIPPI, 2015).

Esse conjunto de normas pode inspirar uma alternativa para a regulação de conflitos no ciberespaço, onde há grandes dificuldades de aplicar uma lei estadocêntrica comum. A *Lex Mercatoria Virtual* poderia facilitar a circulação de moedas digitais de modo que não ataque ou viole nenhum ordenamento jurídico e nem mesmo a soberania estatal. Ainda, a utilização desse costume vai de encontro com princípios e características fundamentais do ciberespaço, que são a disruptividade e a descentralização. Uma regulação mediante legislações (ou tratados/convenções internacionais) é incompatível com o ambiente digital, mas nem por isso este deve permanecer totalmente anômico. A utilização de uma *Lex Mercatoria Virtual* pode claramente suprir as necessidades de

critérios para a utilização das criptomoedas em transações financeiras (SOUZA, 2017).

A *Lex Informatica* atualmente é vista como espécie de extensão da lei dos mercadores, pois é um modo que traz muitas contribuições para a instituição de uma regulação das transações online (WRIGHT; DE FILIPPI, 2015). Tal sistema também depende de uma autorregulação através de um sistema de regras consuetudinários e normas elaboradas pelos próprios usuários do ciberespaço, ambiente transnacional que se deve pensar em um sistema particular de normas que remete à expressão direta dos seus desenvolvedores.

E diante tantas inovações, um novo conjunto de costumes deve surgir, pois, pela implantação da tecnologia blockchain, é possível que surja a *Lex Cryptographia*, caracterizada por um conjunto de regras implantado por contratos inteligentes autoexecutáveis e organizações descentralizadas (WRIGHT; DE FILIPPI, 2015). A ascensão da *Lex Cryptographia* sugere um mundo onde os ideais de liberdade individual, como é uma das propostas do blockchain, se torne realidade. Esse tipo de tecnologia pode oferecer acesso às criptomoedas no mercado global, num sistema de transações automatizado que não depende da confiança em terceiros, que se baseia em contratos inteligentes auto executáveis e modelos de governança que possam ser muito mais transparentes e livre de fraudes e corrupção. Todas essas propostas oferecem a oportunidade da promoção de liberdades individuais e a autonomia dos usuários, não importando questões de territorialidade. Ainda, pode originar instituições descentralizadas, bem como inovadores modelos de governança baseados na tecnologia blockchain. Mas é necessário apresentar também o avesso da medalha, pois ao mesmo tempo em que o blockchain pode ser usado positivamente, também pode negativamente, isto é, pelas características de criptografia, descentralização, transnacionalidade e um certo anonimato, muitos indivíduos podem atuar de forma mal intencionada no blockchain para realizar transações ilícitas. Levando essas possibilidades em consideração, os governos devem pensar sobre a eficácia das suas leis quanto a essa tecnologia, pois se ela acabar se tornando menos eficiente em regular o comportamento dos indivíduos, os próprios Estados serão forçados a regular os indivíduos mesmo que indiretamente, visando moldar as normas sociais e regulando a criação e implementação dos códigos na tecnologia (WRIGHT, DE FILIPPI, 2015).

O Estado de Direito estabelece seus limites mediante direitos fundamentais, visando regular as relações humanas em uma sociedade e impondo regras de convivência que para alguns não seria o melhor por desejarem liberdades mais absolutas. Diante disso, o blockchain traz à tona essa discussão, pois como toda tecnologia pode trazer significativos avanços, pode originar alguns retrocessos nas questões de direito.

Por um lado, o blockchain pode maximizar alguns direitos fundamentais (como a autonomia, a liberdade e a privacidade); por outro, pode ameaçá-los. Isso é uma discussão que se abre aos cidadãos, pois se escolherem um ecossistema do Estado de Direito em vez da *Lex Cryptographia*, sua escolha talvez seja contrária a um contrato social. Já o caso contrário se tornaria uma nova experiência — mas deve-se sempre recordar que isso poderia implicar na renúncia de alguns direitos fundamentais que têm difícil aplicação num ambiente blockchain, pois algumas funções estatais passariam a ser desenvolvidas pela tecnologia. Por tais motivos é muito difícil de acreditar que um Estado permitiria que seus cidadãos fossem governados através da *Lex Cryptographia*. É claro que o blockchain, assim como o advento da internet, da internet das coisas e as mais diversas tecnologias que surgem tem transformado a maneira como os cidadãos se relacionam. Essas inovações podem originar novos direitos e a verdade é que, para isso, imaginar dois ecossistemas, tanto o do Estado como a *Lex Cryptographia*, de forma simultânea, podem permitir que um aprenda com o outro e, conseqüentemente, um implante modificações nos seus próprios sistemas de acordo com inovações surgidas no outro (SCHREPEL, 2019).

Porém, não necessariamente uma *Lex Cryptographia* precisaria surgir, devendo as necessidades do ciberespaço ser pensadas no âmbito do Direito Privado pelos próprios legisladores, que devem rever a doutrina e pensar em que medidas e por quais meios ela seria aplicada (AGNIKHOTRAM; KOUROUTAKIS, 2019). Dessa forma é necessário reunir esforços para que se pense em um modelo de Direito que preserve as liberdades individuais, a emancipação, as instituições democráticas, que equilibre o poder que a tecnologia blockchain oferece com a finalidade de promover o crescimento econômico, direitos fundamentais as liberdades individuais e a proteção das instituições democráticas (WRIGHT, DE FILIPPI, 2015).

Atualmente o que se sabe é que um sistema blockchain atua por meio de *smart contracts*, o que oferece a oportunidade de automatizar a execução

das obrigações entre as partes, garantindo maior segurança na celebração dos contratos inteligentes, nos quais os termos e condições do contrato, diferentemente do que ocorre no contrato tradicional, são incorporados através de um código na rede da respectiva transação. Porém, por ser uma tecnologia relativamente nova e em ascensão, muitas preocupações sobre o seu uso emergem para os operadores do Direito. Muitas dúvidas acerca de como resolver os conflitos que possam surgir a partir do contrato inteligente, como as questões jurisdição, pois, se tratando de uma rede mundial interligada, abrangendo diferentes territórios deve-se analisar se os dados contidos no blockchain podem servir como prova, dentre tantos questionamentos que têm surgido (PORTO; LIMA JUNIOR; SILVA, 2019).

A ideia central dos contratos inteligentes é de que as partes concordam com um conjunto de termos que são aplicados a partir de uma programação com um código específico (LEVY, 2017). Quando as condições contidas nos códigos são cumpridas, as transferências poderão se realizar de forma automática. Por exemplo, em um contrato de compra e venda entre as partes, quando o bem adquirido por um chegasse ao seu destino, automaticamente o valor da compra é depositado para o vendedor. Aliás, esse depósito seria rastreável pelas tecnologias que desempenham essa função. A verdade é que os contratos inteligentes têm a proposta de reduzir a formação e a execução do contrato em apenas um único instrumento.

Por isso, contratos inteligentes podem ser melhor aproveitados como uma ferramenta de gestão e transparência dos atos de governo, com um aumento da normatividade constitucional (SIMEÃO; VARELLA, 2018) - porém, isso dependerá da existência e da implementação de uma norma internacional comum que venha a disciplinar alguns aspectos da tecnologia blockchain.

No que tange a abordagens legais às criptomoedas, primeiro é necessário analisar alguns aspectos. Um Estado soberano têm um poder coercitivo sobre seus cidadãos que indivíduos e organizações privadas não têm, e por isso, as inovações tecnológicas chamam ainda mais a intenção de algumas pessoas quando a intervenção estatal não parece ser necessária. O cenário das criptomoedas, por ser muito recente, não tem nenhuma regulação econômica por instituições como o Bancos Centrais que regulam moedas tradicionais. Assim, por um lado, da ausência de regulação decorre a ausência de tributação, chamando a atenção de quem visa o lucro; por outro, sérias consequências, como a vulnerabilidade e a

insegurança dos negócios, podem ocorrer, bem como espaços para novas práticas ilícitas (ANDRADE, 2018).

O futuro da legalidade das transações de criptomoedas dependerá mais especificamente de cada país em que se aplica. No Brasil algumas empresas já aceitam bitcoins em trocas de produtos ou serviços, mas não há nenhuma explicação clara, nem normas e regulamentos a respeito (ANDRADE, 2018, p. 51). É verdade que, pela descentralidade e ausência de regulação e tributação, as transações, por exemplo, de bitcoins, que mantém o anonimato torna o espaço acessível para todas as pessoas e para todos os tipos de práticas, inclusive aquelas que infringem a lei e de cunho criminoso, resta dúvida. Porém, ao mesmo tempo, reconhece-se a capacidade de promover estabilidade monetária tendo em vista a vantagem de privacidade financeira dos usuários. A falta de tributação chama atenção dos seus utilizadores, fazendo com que o bitcoin se torne uma reconhecida tendência para transações nos meios digitais. E dessas características surgem desafios para melhor compreensão política, econômica e jurídica, pela alteração das formas de transações que impactam estruturas jurídicas, lembrando que todo comportamento deve ser observado com os possíveis inobservância às leis - por isso devem ser estudados para melhor regulação (ANDRADE, 2018).

Muitas são as possibilidades e utilidades relacionadas às criptomoedas: alguém pode ser seu proprietário, trocá-las, adquiri-las, aliená-las, utilizar em troca de bem ou serviço, doar, emprestar (possivelmente até cobrando juros) - e conseqüentemente, isso chama a atenção do Direito Tributário (FOLLADOR, 2017). Atualmente, no sistema constitucional brasileiro de repartição das competências tributárias, para se editar novas leis (complementares e/ou ordinárias) é necessário que a matéria seja normatizada completamente na via constitucional. Porém, como alguns conceitos acerca do Direito Tributário ainda se apresentam vagos e interpretativos, com a chegada das inovações tecnológicas, a tarefa se torna ainda mais complexa.

Na maioria dos casos em que criptomoedas foram utilizadas como pagamento, o fato em si não é relevante para definir quem será o titular da competência de tributar; porém, quando as criptomoedas atingirem a característica principal, se tornando o foco da operação, as discussões sobre a competência de tributação podem ganhar um melhor espaço. Nas operações das exchanges podem aparecer conflitos sobre ser tributado pelo ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, de

competência estadual), ISS (Imposto sobre Serviços, de competência municipal) ou IOF (Imposto sobre Operações Financeiras, de competência federal), por exemplo. Enquanto isso, nos casos dos mineradores, surgem as dúvidas acerca de ser uma prestação de serviço tributável por meio do ISS ou não. (FOLLADOR, 2017). Nessa ótica vale lembrar que exchanges são as pessoas jurídicas que oferecem serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia (BRASIL, 2019). No Brasil já esteve em discussão o Projeto de Lei nº 2.303 de 2015 na Câmara dos Deputados, que buscava implantar um controle sobre os ativos criptográficos de pagamento (criptomoedas) (SIMEÃO; VARELLA, 2018). No entanto, o projeto foi arquivado.

A preocupação dos Estados em regular esse tipo de tecnologia disruptiva se dá em razão da inexistência de garantias para os usuários ou pela falta de intermediários públicos nas transações e que, por isso, possam resultar em prejuízos políticos e sociais. Quando um Estado fala em regular, por exemplo, um sistema de criptomoedas, isso traz certa volatilidade ao valor da moeda, ocorrendo quedas no valor. Porém, quando o Poder Público passa a permitir estabelecimentos e instituições reguladas por ele mesmo a aceitá-las, isso tem um impacto positivo (SIMEÃO; VARELLA, 2018).

A ausência absoluta de qualquer controle na economia no setor das criptomoedas também pode resultar em monopólios nos segmentos de mercado e potencializar ainda mais a desigualdade social e a pobreza (SOUZA, 2017). Essa falta de controle pode aprofundar a polarização da riqueza e potencializar os problemas sociais que decorrem do sistema capitalista.

No entanto, criptomoedas provavelmente serão parte de cada vez mais transações financeiras ao redor do mundo — devendo o Direito ser reconcebido, no que tange à matéria, de modo que conceba reflexões entre ordenamentos jurídicos, ou seja, não só de um território, pelo fato do grande potencial de transnacionalização das operações dessa forma. É muito difícil de falar em territórios geográficos quando o assunto é o ciberespaço - onde ocorrem as transações com criptomoedas - pois ele é globalizado, não fazendo parte de um Estado e de seu respectivo território, nem guardando identidade específica para com seus usuários. Ainda, as possibilidades de surgimento de aplicativos e as mais diversas formas de tecnologias inovadoras são imensas na rede mundial de computadores. E, com isso, novos impasses entre regulamentação estatal e tecnologia surgem e provavelmente continuarão a surgir. Contudo, acredita-se que

seja possível instituir normas internacionais quanto a isso, no sentido de buscar uma regulação mais próxima do ideal para o uso das criptomoedas que ofereça segurança e que ao mesmo tempo seja aceito pelos usuários (SOUZA, 2017).

É claro que o anonimato pode favorecer práticas ilícitas no setor financeiro, por isso se vê a necessidade de proteção dos usuários contra corretoras e *hackers*, ainda que atualmente seja difícil um *hack* no sistema blockchain, com devida punição para as ilegalidades. É necessário, também, pensar nos riscos de monopólio e custos ambientais, tendo em vista a necessidade de uma grande capacidade dos computadores para o sistema funcionar (SIMEÃO; VARELLA, 2018) — demandando energia para o funcionamento e recursos minerais (metais, derivados de petróleo, etc.) para a expansão da infraestrutura necessária da tecnologia.

No que tange aos direitos humanos, o blockchain pode ser tanto uma ferramenta positiva, como também ameaçadora. Isso porque direitos como o da igualdade (não discriminação), do respeito à privacidade do indivíduo (e de seus dados) e de reparação contra ofensas estão ameaçados. Para que o blockchain seja incorporado positivamente nas relações, os direitos humanos devem ser um pilar central no desenvolvimento e na implementação da tecnologia e seus aplicativos.

O direito à privacidade ganha bastante destaque nessa discussão, pelo fato da imutabilidade dos dados no blockchain, deixando o referido direito um tanto vulnerável. Dessa forma, qualquer erro que venha acontecer acerca dos dados pessoais de um determinado indivíduo não poderá ser alterado ou desfeito. Ainda que todos em uma sociedade, desde particulares até empresas devam respeitar os direitos humanos (em razão da sua efetividade horizontal), Estados devem assumir papel de relevância na instituição de garantias para o respeito dos direitos dos seus cidadãos. O fato é que o Poder Público tem a obrigação de acompanhar as inovações tecnológicas, participar dos debates acerca delas e realizar estudos para que se promovam os direitos humanos (NAVES, 2019) também em ambiente virtual transnacionalizado.

A natureza descentralizada do blockchain faz com que a tecnologia não esteja conectada diretamente a nenhum ordenamento jurídico. Ainda, as transações que ali se realizam podem ter caráter transfronteiriço, pois os nós que interagem podem estar conectados com qualquer lugar do mundo. Isso significa que, pela ausência de um banco de dados central, os governos têm sua abrangência limitada sobre o que acontece ou não

em um blockchain. E realmente fica difícil, assim, determinar quais leis se aplicam a tecnologia disruptiva (NAVES, 2019).

Os registros que venham a existir no blockchain devem estar de acordo com as jurisprudências, decisões dos tribunais e das autoridades estatais para que a tecnologia não deixe de ter exaurido seu potencial como auxiliar do poder do Estado e se torne um adversário seu. É necessário encontrar um equilíbrio entre a regulação e a defesa de ferramentas como o caso da imutabilidade, de forma se desenvolva e promova a confiança na tecnologia (SAVELYEV, 2018).

Acredita-se que o atual momento é o de se encontrar um ponto comum para a regulação da tecnologia. Legisladores e Cortes devem focar seus esforços para experimentos claros e explícitos para desenvolver normas apropriadas. Mas os desenvolvedores do blockchain também devem ajudar nesse percurso, pois como a internet, o blockchain é uma tecnologia globalizada cujos efeitos podem alcançar diversas partes do mundo em questão de segundos, sendo assim fundamental. Acredita-se que a DLT e a legislação devem se complementar (WERBACH, 2018).

O objetivo das tecnologias descentralizadas não deve ser refazer o Direito ou a prática jurídica em si; contudo, é necessário demonstrar para a sociedade que as alternativas que o meio digital proporciona são capazes de atender padrões de autenticidade, integridade e legitimidade que as legislações vigentes fornecem. A verdade é que a conduta exigida pelo blockchain é de que os legisladores se concentrem nos desenvolvedores, designers, usuários, consumidores, provedores de dados, ou seja, todos aqueles que estão por trás do funcionamento da tecnologia. De fato, as inovações tecnológicas devem ser acompanhadas de um considerável nível de segurança jurídica, seja para orientar as implementações, seja para reparar qualquer dano que possa surgir por falha ou violação no seu uso (HERIAN, 2018).

É necessário que operadores, acadêmicos e estudantes de Direito sejam instigados pelas suas respectivas instituições jurídicas, de ensino e de pesquisa a se interessarem por esse mundo jurídico repleto de inovações que o século XXI está inaugurando. Com o aumento de pessoas utilizando das tecnologias de caráter disruptivo, aumentará a frequência com que clientes solicitarão aos seus advogados para tratarem de questões que ocorreram em um ambiente digital que, por vezes, é desconhecido até mesmo para juristas já experientes. Esses desafios que surgem colocam a obrigação dos cursos jurídicos em orientarem seus alunos a avaliarem possíveis novas áreas no futuro jurídico do mundo (FENWICK; VERMEULEN; KAAL, 2017).

Essa orientação deve auxiliar acadêmicos, operadores e estudantes a avaliarem a importância da legislação e as mais diversas aplicações jurídicas que busquem algumas soluções para novas TICs e fazer com que os juristas trabalhem juntos com os engenheiros de software a fim de aplicar soluções jurídicas para a construção e uso das novas tecnologias. Mas para isso esses sujeitos devem também estar dispostos a aprenderem alguns princípios tecnológicos para que desenvolvam habilidades que lhes permitam interagir com cientistas da computação e encontrar soluções para seus clientes e, assim, fazer funcionar adequadamente essa parceria entre desenvolvimento tecnológico e direito.

Tudo aquilo que se conhece sobre os pressupostos legais e governança deve ser repensado a partir das inovações que as tecnologias têm proporcionado na vida em sociedade. Instituições de ensino e pesquisa devem utilizar métodos mais criativos para abordar as tecnologias nos seus currículos, *Legal Tech*, DLT - que, apesar de serem muito recentes, apresentam ótimas oportunidades para que estudantes se preparem para novos conceitos que podem chegar no convívio social (FENWICK; VERMEULEN; KAAL, 2017).

Nesse sentido, juristas do presente e do futuro devem ser envolvidos pela temática das novas tecnologias, pois cada vez mais as relações sociais, econômicas e políticas são afetadas por ferramentas que nem sempre estarão regulamentadas do ponto de vista jurídico, eis que certo nível de segurança jurídica em quaisquer novos tipos de transações é necessário, pois se o Direito não acompanhar as evoluções sociais, efeitos nocivos podem surgir no sistema econômico (ANDRADE, 2018).

Em países onde os sistemas jurídicos ou outros serviços centralizados não passem uma boa confiança aos cidadãos, sistemas de blockchain como o Ethereum podem ser úteis para solucionar esses problemas (CUNNINGHAM, 2016). Embora a confiança nos sistemas sociais seja abalada, é importante desenvolver a confiança necessária, ou até mesmo re-estabelecê-la como uma prática social, e não apenas terceirizar a confiança dos cidadãos para um código.

Embora a imutabilidade do registro das transações realizadas nos sistemas de blockchain seja irreversível, isso não significa que tal característica funcione necessariamente em prol dos mais vulneráveis. Com isso, os Estados, pelos seus ordenamentos jurídicos, Constituições e pactos internacionais, têm o dever de fornecer e garantir os direitos básicos dos seus cidadãos, o que pode não acontecer nessa área. À medida

que as inovações tecnológicas ocorrem, o direito deve acompanhá-las. As reações jurídicas não devem ser superficiais ao ponto de só se interessar como se regula as criptomoedas, mas algo mais profundo, analisando a irreversibilidade das transações ou até a possibilidade de existência de uma reparação de danos (KOULU et al., 2016). Ou seja, os direitos humanos e fundamentais dos cidadãos devem não somente ser respeitados, mas protegidos em todos os setores em que a tecnologia atuar ou não. É necessário ter certo nível de segurança jurídica tanto para os negócios, como para as relações de governança no blockchain seja implantada.

## CONCLUSÃO

O estudo teve por objetivo explicar as definições do blockchain, bem como a sua possibilidade de aplicação em sistemas de governança. Aliás, também foi abordado uma análise sobre o ponto de vista legal da utilização de tecnologias descentralizadas e disruptivas e os seus possíveis impactos na sociedade.

Ante ao exposto, entende-se que o sistema blockchain oferece ótimas oportunidades, por ser uma tecnologia que não é coordenada por um ponto central, mas sim age em uma rede ponto a ponto, conectada através de *nós* que mantém a rede ativa e funcionando. Ainda, além das criptomoedas, a tecnologia poderia ser utilizada em sistemas de governança, possibilitando uma descentralização do poder, permitindo maior autonomia nas decisões dos cidadãos.

Ocorre que, como toda tecnologia, isso oferece alguns riscos. Por exemplo, se as decisões forem tomadas a partir da utilização dos *tokens*, terá maior participação e influência aqueles que detêm a maior quantidade. Dessa forma, o problema social da desigualdade não sumiria, mas seria aplicado de outra forma.

Claro que o blockchain oferece diversas oportunidades, como o caso do uso de criptografia proteção à privacidade dos indivíduos, por sua imutabilidade de dados uma melhor transparência nas transações, pelo fato de que seria possível analisar pelos dados imutáveis que ficam salvos nos blocos. Acontece que, por outro lado, essa tecnologia também oferece um certo anonimato, o que pode possibilitar diversas práticas ilícitas e criminosas.

Por isso, o presente estudo reconhece que deve ser feita uma melhor abordagem acerca dos estudos de regulamentação do blockchain.

Seja através da adoção de uma *Lex Cryptographia*, alguma legislação estatal, ou um esforço conjunto entre as duas, deve-se pensar em uma forma em que prevaleça tanto as liberdades individuais, os direitos fundamentais, como uma segurança jurídica que venha a ser essencial caso ocorra algumas falhas, ou pelas transações, de uma forma que não contenha o desenvolvimento da tecnologia blockchain.

## REFERÊNCIAS

ABREU, J. S. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 24-42, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4869>. Acesso em: 27 mar. 2021.

AGNIKHOTRAM, S.; KOUROUTAKIS, A. Doctrinal Challenges for the Legality of Smart Contracts: Lex Cryptographia or a New, 'Smart' Way to Contract? **The Journal of High Technology Law**, v. XIX, n. 2, p. 300-328, 2019. Disponível em: <https://sites.suffolk.edu/jhtl/home/publications/volume-xix-number-2/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

AL-SAQAF, W.; SEIDLER, N. Blockchain technology for social impact: opportunities and challenges ahead. **Journal of Cyber Policy**, v. 2, n. 3, p. 338-354, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/23738871.2017.1400084>. Acesso em: 27 mar. 2021.

ANDRADE, M. D. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 43-59, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4897>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BERDIK et. al., A Survey on Blockchain for Information Systems Management and Security. **Information Processing & Management**, v. 58, n. 1, p. 1-28, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ipm.2020.102397>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Receita Federal. Operações com criptoativos devem ser informadas à Receita Federal. **Receita Federal**, 2019. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2019/agosto/operacoes-com-criptoativos-realizadas-em-agosto-devem-ser-informadas-a-receita-federal#:~:text=Devem%20entregar%20as%20informa%C3%A7%C3%B5es%3A,inclusive%20intermedia%C3%A7%C3%A3o%2C%20negocia%C3%A7%C3%A3o%20ou%20cust%C3%B3dia>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BODÓ, B.; BREKKE, J. K.; HOEPMAN, J. Decentralisation in the blockchain space. **Internet Policy Review**, 2020. Disponível em: <http://doi.org/10.14763/2021.2.1560>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRINKMANN, M. Relevance of Public Administrations: Visualization of Shifting Power Relations in Blockchain-Based Public Service Delivery. In: **Proceedings of the 54th Hawaii International Conference on System Sciences**, 2021, p. 2337-2346. Disponível em: <http://doi.org/10.24251/HICSS.2021.285>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CHEN, X.; D LLOYD, A. Understanding the Challenges of Blockchain Technology Adoption: Evidence from China's Developing Carbon Markets. **Proceedings of the 54th Hawaii International Conference on System Sciences**, p. 5646-5655, 2021. Disponível em: <http://doi.org/10.24251/HICSS.2021.685>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CHOW-WHITE, P. et al. 'Blockchain Good, Bitcoin Bad': The Social Construction of Blockchain in Mainstream and Specialized Media. **Journal of Digital Social Research**, v. 2, n. 2, p. 1-27, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.33621/jdsr.v2i2.34>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CUNNINGHAM, A. Decentralisation, Distrust & Fear of the Body-The Worrying Rise of Crypto-Law. **SCRIPTed**, v. 13, p. 235-257, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.2966/scrip.130316.235>. Acesso em: 25 mar. 2021.

DE FILIPPI, P. Blockchain technology and decentralized governance: the pitfalls of a trustless dream. **Decentralized Thriving: Governance and Community on the Web**, v. 3, p. 1-9, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3524352>.

DENNY, D. M. T.; PAULO, R. F.; DE CASTRO, D. Blockchain and Agenda 2030. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, p. 122-142, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4938>. Acesso em: 25 mar. 2021.

FENWICK, M.; VERMEULEN, E. P. M.; KAAL, W. Legal education in the blockchain revolution. **Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law**, v. 2, n. 2, p. 351-383, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2939127>. Acesso em: 25 mar. 2021.

FIGUEIREDO, D. D. Fundamentos em Blockchain. **Instituto de Gestão e Tecnologia da Informação**, 2020. Disponível em: [https://www.academia.edu/43681626/Fundamentos\\_em\\_Blockchain](https://www.academia.edu/43681626/Fundamentos_em_Blockchain). Acesso em: 2 mar. 2020.

FOLLADOR, G. B. Criptomoedas e competência tributária. **Revista brasileira de políticas públicas**, v. 7, n. 3, p. 79-104, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4925>. Acesso em: 25 mar. 2021.

HERIAN, R. Legal recognition of Blockchain registries and Smart contracts. **EU Blockchain Observatory & Forum**, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.12449.86886/1>. Acesso em: 25 mar. 2021.

HOLOTESCU, C. et al. Understanding blockchain opportunities and challenges. In: ROCEANU, Ian (ed.). **Conference proceedings of eLearning and Software for Education «(eLSE)»**. "Carol I" National Defence University Publishing House, p. 275-283, 2018. Disponível em: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=669617>. Acesso em: 13 mar. 2021.

JANSSEN, M. et al. A framework for analysing blockchain technology adoption: Integrating institutional, market and technical factors. **International Journal of Information Management**, v. 50, p. 302-309, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2019.08.012>. Acesso em: 25 mar. 2021.

KANEGAE, L. C.; CERNEV, A. K.; DINIZ, E. Moeda Seeds: Comércio Eletrônico e Soluções Cripto para o Desenvolvimento. **Revista de Administração Contemporânea**, v. 25, p. 1-23, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-7849rac2021200224.en>. Acesso em: 25 mar. 2021.

KOULU, A. R. et al. Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement. **SCRIPTed-A**, v. 13, n. 1, p. 40-69, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.2966/scrip.130116.40>. Acesso em: 25 mar. 2021.

LEVY, K. E. C. Book-smart, not street-smart: blockchain-based smart contracts and the social workings of law. **Engaging Science, Technology, and Society**, v. 3, p. 1-15, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.17351/ests2017.107>. Acesso em: 25 mar. 2021.

MANSKI, S. Building the blockchain world: Technological commonwealth or just more of the same?. **Strategic Change**, v. 26, n. 5, p. 511-522, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/jsc.2151>. Acesso em: 25 mar. 2021.

MARINHO, M. E. P. ; RIBEIRO, G. F. A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como propulsores da mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 142-157, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.5028>. Acesso em: 25 mar. 2021.

MCBEE, M. P. ; WILCOX, C. Blockchain technology: principles and applications in medical imaging. **Journal of digital imaging**, v. 33, n. 3, p. 726-734, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10278-019-00310-3>. Acesso em: 25 mar. 2021.

MIGNON, V. Blockchains-perspectives and challenges. In: KRAUS, Daniel; OBRIST, Thierry; HARI, Olivier (eds.). **Blockchains, smart contracts, decentralised autonomous organisations and the law**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.4337/9781788115131.00007>. Acesso em: 25 mar. 2021.

NAVES, J. et al. Legal Aspects of Blockchain. **Innovations: Technology, Governance, Globalization**, v. 12, n. 3-4, p. 88-93, 2019. Disponível em: [http://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/innov\\_a\\_00278](http://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/innov_a_00278). Acesso em: 25 mar. 2021.

PILKINGTON, M. Blockchain technology: principles and applications. In: OLLEROS, Xavier; ZHEGU, Majlinda (eds.). **Research handbook on digital transformations**. Edward Elgar Publishing, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.4337/9781784717766.00019>. Acesso em: 25 mar. 2021.

PORTO, A. M.; LIMA JUNIOR, J. M.; SILVA, G. B. Tecnologia Blockchain e Direito Societário: aplicações práticas e desafios para a regulação. **Revista de Informação Legislativa**, v. 56, n. 223, p. 11-30, 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/56/223/ri\\_v56\\_n223\\_p11](http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/56/223/ri_v56_n223_p11). Acesso em: 25 mar. 2021.

RAIKOV, A. Accelerating technology for self-organising networked democracy. **Futures**, v. 103, p. 17-26, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.futures.2018.03.015>. Acesso em: 25 mar. 2021.

REIJERS, W. et al. Now the code runs itself: On-chain and off-chain governance of blockchain technologies. **Topoi**, p. 1-11, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11245-018-9626-5>. Acesso em: 25 mar. 2021.

SAVELYEYEV, A. Copyright in the blockchain era: Promises and challenges. **Computer law & security review**, v. 34, n. 3, p. 550-561, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.11.008>. Acesso em: 25 mar. 2021.

SCHREPEL, T. Anarchy, State, and Blockchain Utopia: Rule of Law versus Lex Cryptographia. **General Principles and Digitalisation (Hart Publishing, 2020)**, 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3485436](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3485436). Acesso em: 27 mar. 2021.

SIMEÃO, A. O.; VARELLA, M. D. A equipotência libertária do ciberespaço e a regulação transnacional da cadeia de blocos (Blockchain). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 3, p. 99-126, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i3.1527>. Acesso em: 25 mar. 2021.

SOUZA, R. G. A. Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 60-78, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4902>. Acesso em: 25 mar. 2021.

TEIXEIRA, R. V. G.; DA SILVA, F. R. Bitcoin e a (im) possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do estado?. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 105-120, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4935>. Acesso em: 25 mar. 2021.

WERBACH, K. Trust, but verify: why the blockchain needs the Law. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 33, p. 487, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38H41JM9N>. Acesso em: 25 mar. 2021.

WRIGHT, A.; DE FILIPPI, P. **Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia**, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>. Acesso em: 25 mar. 2021.

YOUNG, S. Changing governance models by applying blockchain computing. **Catholic University Journal of Law and Technology**, v. 26, n. 2, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/jlt/vol26/iss2/4/>. Acesso em: 16 mar. 2021.

YUE, K. Blockchain-Augmented Organizations. **AMCIS**. 2020.  
Disponível em: [https://aisel.aisnet.org/amcis2020/org\\_transformation\\_is/org\\_transformation\\_is/5/](https://aisel.aisnet.org/amcis2020/org_transformation_is/org_transformation_is/5/). Acesso em: 13 mar. 2021.

# MEDIAÇÃO ONLINE: UM NOVO PARADIGMA DE ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DIGITAL

## ONLINE MEDIATION: A NEW PARADIGM OF ACCESS TO JUSTICE IN THE DIGITAL AGE

Jordana Schmidt Mesquita\*

Fabiana Marion Spengler\*\*

\* Advogada OAB/RS. Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa/taxa vinculada ao Instituto Mattos Filho. Mediadora Voluntária no projeto de extensão em mediação, desenvolvido junto à Defensoria Pública. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2020/02). Membro do grupo de pesquisa: Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao CNPq, liderado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler, com vice liderança do Professor Mestre Theobaldo Spengler Neto. Endereço eletrônico: jomesquita19@hotmail.com.

\*\* Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ2) do CNPq. Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1994), mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1998). É doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007) com bolsa CAPES e pós-doutora pela Universidade degli Studi di Roma Tre (2011) com bolsa do CNPq. Atualmente é professora adjunta da Universidade de Santa Cruz do Sul lecionando na graduação as disciplinas de Direito Civil - Família e Sucessões e de Meios Consensuais de Solução de Conflitos e na pós graduação junto ao Programa de Mestrado e de Doutorado em Direito as disciplinas de “Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos” e “Políticas Públicas para uma nova jurisdição”. Publicou diversos livros e artigos científicos. Desenvolveu atividades de consultora junto ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD -, no âmbito do projeto BRA/05/036 executado pela Secretaria de Reforma do Judiciário ligada ao Ministério da Justiça. É líder do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos conflitos” certificado pelo CNPQ. Participante da Rede CUEMYC (Conferência Universitária Internacional para o Estudo da Mediação e do Conflito), site (<https://cuemyc.org/quienes-somos/>). É integrante do grupo de pesquisa internacional “Dimensions of Human Rights” (<http://www.ijp.upt.pt/page.php?p=298>), mantido pelo Instituto Jurídico Portucalense (IJP). É integrante da Comissão de mediação e Práticas Restaurativas da OAB de Santa Cruz do Sul. Recebeu Menção Honrosa no Prêmio Capes de Teses 2008. Recebeu o primeiro lugar no Prêmio SINEPE/RS 2010 na categoria Responsabilidade Social pelo projeto de extensão em Mediação (UNISC). Foi vencedora no X Prêmio Conciliar é Legal, promovido pelo CNJ, na Categoria Ensino Superior, também com o projeto de Extensão em Mediação (UNISC). É mediadora.

Pesquisa resultante do projeto intitulado: Ontem, hoje e amanhã: Cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça. Financiado pela Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Rio Grande do sul – Fapergs. Edital 07/2018 – PqG. Pesquisador Gaúcho, processo número 21/2551-0002322-8 pelo Conselho Nacional de Justiça.

Artigo recebido em 25/04/2022 e aceito em 21/10/2022.

Como citar: MESQUITA, Jordana Schmidt; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação online: um novo paradigma de acesso à justiça na era digital. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 55, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Um novo paradigma de acesso à justiça. 3 Ferramentas tecnológicas. 4 Mediação online. 5 Conclusão.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo avaliar os novos paradigmas da mediação online em razão da comunicação, na esfera digital, pela tecnologia de conversação e informação, a qual, modifica as formas de comunicação entre os conflitantes e o mediador, determinando uma nova concepção do modelo tradicional de mediação. Tendo como problema de pesquisa: A mediação online, feita por plataformas digitais pode ser considerada como um método de resolução de conflitos? Como metodologia, utilizou-se o método dedutivo, a partir de pesquisas bibliográficas. Concluiu-se então, que a mediação online evidencia um formidável método de resolução de conflitos, haja vista as inúmeras vantagens e benefícios que apresenta.

**Palavras-chave:** acesso à justiça; mediação; online; tecnologia.

**ABSTRACT:** *This article aims to evaluate the new paradigms of online mediation due to communication, in the digital sphere, through conversation and information technology, which modifies the forms of communication between the conflicting parties and the mediator, determining a new conception of the traditional model of mediation. Having as a research problem: can online mediation through digital platforms be considered as a method of conflict resolution? As a methodology, the deductive method was used, based on bibliographic and informative research. It was then concluded that online mediation shows a formidable method of conflict resolution, given the numerous advantages and benefits they present.*

**Keywords:** *access to justice; mediation; online; technology.*

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que a tecnologia está cada vez mais presente na vida das pessoas e, ao oposto do que possa parecer, não implica seu isolamento, somente proporciona novas maneiras de conversação. Todavia, ela simplesmente muda a forma como as pessoas se comunicam entre si, juntando-as de maneira diferente, independentemente da localização geográfica que se encontram.

Do mesmo modo, não é novidade, que o cenário jurisdicional é de grande esgotamento processual. Uma vez que a cultura do conflito domina de forma maçante a sociedade, que busca pela figura do juiz uma solução rápida e eficiente que satisfaça suas pretensões pessoais.

Dessa forma, os novos paradigmas de acesso à justiça aparecem para beneficiar a sociedade como um todo, através da mediação online, no ambiente digital, por meio de mecanismos comunicação e informação, os quais, alterando as formas de conversação entre as partes e o mediador, determina uma adaptação da realização e dos princípios da mediação tradicional à nova interação que ocorre entre os conflitantes nas plataformas digitais.

O sistema de Mediação Digital permite a troca de informações e mensagens entre os conflitantes, adaptando-se as necessidades de cada um, valendo-se de uma linguagem mais vitoriosa à mediação, onde os acordos

poderão ser homologados pela Justiça, ao final das sessões de mediação, e, caso as partes não cheguem a um acordo, uma mediação presencial poderá ser marcada para mais uma tentativa de solucionar o conflito

Como metodologia, utilizou-se o método dedutivo, a partir de pesquisas bibliográficas e informativas. Tendo como objetivo principal avaliar a possibilidade de aplicação da mediação online, a partir de uma interlocução com as políticas públicas, levando em consideração a Era digital. Dessa forma, questiona-se: a mediação online, através de plataformas digitais pode ser considerada como um método de resolução de conflitos?

Por fim, este artigo é dividido em três capítulos, no qual o primeiro aborda de forma geral os novos paradigmas de acesso à justiça, o segundo aborda sobre as novas tecnologias, e no terceiro e último capítulo, é feita uma abordagem sobre a mediação online como política pública de acesso à justiça na nova era digital.

## **1 UM NOVO PARADIGMA DE ACESSO À JUSTIÇA**

De início, sabe-se que nos últimos tempos, os vínculos sociais passaram por uma mudança paradigmática com a movimentação para o ambiente virtual. Esta migração desenvolveu expressivamente a dimensão de comunicações e a rede de relacionamento das pessoas envolvidas no espaço cibernético, especialmente a partir da década de 1990, com o crescente uso da internet e, por conseguinte, com a extensão das perspectivas de comutabilidade entre pessoas e grupos (ANDRADE; BRAGANÇA; DYMA, 2020).

Nesse diapasão, sabe-se que o Poder Judiciário está passando por uma crise, na qual as demandas normalmente demoram meses ou anos para serem resolvidas. Há análises recentes que evidenciam que uma ação judicial passa aproximadamente 70% nos cartórios judiciais, para o cumprimento dos procedimentos determinados pela legislação, isto é, boa parte do percalço processual ocorre por meio das fases perecidas pela qual tramitam os processos. A morosidade do processo tem como implicação a perda de confiabilidade do Poder Judiciário em promover a apropriada justiça, uma vez que ao não proporcionar uma prestação jurisdicional rápida, apropriada e ativa, acaba por afligir a parte autora (PIMENTA; FERREIRA, 2016).

Deste modo, a Lei nº 11.419/200630 prevê regimentar o acesso à justiça (principalmente os tribunais) no modelo eletrônico. Todavia, para

que essa comunicabilidade se materialize se faz imperioso aparelhamentos basais, tais como: o telefone celular, o computador, o tablet, o ipad, entre outros. Esses aparelhamentos, quando ligados à internet possibilitam acessar ou mesmo alcançar o mundo, de maneira acelerada, em centésimos/milésimos de segundos (SPENGLER; PINHO, 2018).

Hoje, a vida universalmente fora das redes – offline –, sem qualquer tipo de registro eletrônico (fotos, troca de mensagens e e-mails, dentre outros), tornou-se uma escolha muito pouco realista. Tendo em vista o discernimento que habituava ser feito entre o “mundo real” e o “mundo virtual” submergiu sua definição na medida em que é cada vez mais necessário ter acesso à rede de internet para se comunicar e colaborar com todos os tipos de compromissos pessoais e profissionais. Na celeridade com que a tecnologia progride, é possível meditar que em um futuro bem próximo, pouquíssimas tarefas estejam acontecendo totalmente fora da internet (ANDRADE; BRAGANÇA; DYMA, 2020).

Dessa forma, com o avanço desmensurado de smartphones, computadores e de tablets interligados às redes de internet e suas assimilações e práticas diversas pelos usuários vêm caracterizando e decompondo a maneira como pesquisamos, estudamos, e nos relacionamos. Esse novo arranjo social mediado pelas redes sociais dá propósito e forma à “cibercultura” (LEMOS; LÉVY, 2010).

Nesse contexto, a cibercultura simboliza uma soma de modificações sociais que têm sua origem no aumento do ciberespaço. Uma vez que a comunicação digital provocou um novo modelo comportamental nos indivíduos. Dessa forma, possibilita a comunicação entre milhões de pessoas de todos os cantos do mundo através da *web* criou novas formas de pensar e agir (LEMOS; LÉVY, 2010).

Contudo, os métodos de apreciação da conversação mediada pelas redes digitais motivam-se notadamente na Análise da Conversação, que é um comportamento para analisar a interatividade social, que compreende a conversação verbal e não verbal em circunstâncias do dia a dia, e consiste em distintas áreas da informação. Através dessa técnica, é permitido estruturar as mensagens trocadas entre as pessoas online. Essa esquematização permite idealizar a rede social desenvolvida pelos integrantes, do mesmo modo que essa rede reflete: os ecos, as ressonâncias e as reflexões (SANTOS; CARVALHO; PIMENTEL, 2016).

Desse modo, diante da atual evolução, que acontece diariamente, a sociedade, cada vez mais, vem buscando resolver os conflitos de modo

mais célere, eficaz e compreensível. Em virtude disso, a Constituição Federal de 1988 dispõe que é obrigação do Estado desempenhar a sua função jurisdicional, mas a realidade é que a questão de conflito está cada vez aumentando mais, por isso, perante esse entrave, estão aparecendo meios alternativos para a solução de conflitos, tais como a mediação, conciliação e a arbitragem (MARIANO; SOUSA, 2022).

Já faz algum tempo que a prestação jurisdicional desempenhada pelo Estado vem, facejando diferentes obstáculos na busca da concretização de direitos. Vez que a partir do constitucionalismo existiu uma experiência de desenvolvimento do acesso à justiça ocasionando uma significativa limitação no sistema judicial brasileiro. Dessa forma, nota-se que o Poder Judiciário está passando por uma crise de demandas, em que os indivíduos configuram como protagonistas cada vez mais distantes do verdadeiro acesso à justiça (PIMINTA; FERREIRA, 2016).

Neste sentido, a sociedade vem descrevendo a Justiça brasileira como condutora de múltiplas dificuldades de complexas soluções, dentre eles observa-se:

[...] velha e antiquada, distante do povo, elitista, refletindo privilégios, não confiável, lenta, acomodada, cerceada, não acessível, não transparente, burocrática, não informatizada, desatualizada, ineficiente, desrespeitosa ao cidadão, instrumento eficaz de punição apenas contra os pobres [...]  
(TEIXEIRA, 1994, p. 117).

No que condiz a agilidade da evolução tecnológica, esta salteia até mesmo os mais modernos. Neste tocante, a eliminação é maior quando conexas ao espaço cibernético, visto que agora os excluídos não são apenas grupos sociais, mas sim, cidades ou até mesmo nações inteiras (LEMOS; LÉVY, 2010).

Contudo, a conexão humana propiciada pela comunicação digital é um benefício da inteligência grupal. Visto que o pensamento minucioso, os pronunciamentos artísticos e as opiniões que aparecem da comunicação humana no espaço cibernético seriam fatores responsáveis pela invenção de soluções para as amplos dificuldades da atualidade (LEMOS; LÉVY, 2010).

Portanto, as novas ferramentas tecnológicas surgem como uma forma de reinventar os meios de resolução de conflito. Tendo em vista que a sociedade em geral está aderindo cada vez mais as comunicações através da web e a realização dos seus compromissos por meio de plataformas digitais.

## 2 FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS

Conforme já visto anteriormente, a cada geração as relações com a internet aumentam e, hoje, mesmo que muito precoce, as crianças já são conectadas com essa realidade, seja através dos desenhos ou jogos da web. Por meio de um único smartphone é admissível enviar mensagens, fazer ligações, postar em rede social, além de realizar operações bancárias e comerciais. Os aparelhos estão invariavelmente enviando dados de um ponto a outro do espaço cibernético. Este acontecimento é sabido como a “*Internet das Coisas*” (ANDRADE; BRAGANÇA; DYMA, 2020).

O período digital modificou a forma como os indivíduos se comunicam, desmitificando as barreiras físicas e permitindo uma alteração paradigmática. Dessa forma, os *modos de solução online de conflitos (ODR)* não são somente um método mais hábil do que os meios alternativos de resolução de *conflitos (em inglês, alternative dispute resolution, ADR)*, entretanto caracterizam também uma transformação de intelectualidade. Dessa maneira, a ADR causou um novo entendimento, e assim fará a ODR (COSTA, 2021).

Nesta banda, a investida de transfigurar o cenário de sobrecarga do Poder Judiciário por meio de métodos alternativos de resolução de conflitos fez com que determinadas empresas compreendessem a probabilidade que insurgia e praticassem seus próprios sistemas de mediação online. Essa prática envolve o padrão americano de *Online Dispute Resolution (ODR)* que se emprega de soluções tecnológicas para a *Alternative Dispute Resolution (ADR)* (FERRAZ; SILVEIRA, 2019).

Outrossim, o conceito clássico de ODR vem dos exórdios do *e-commerce*, quando a *National Science Foundation (NSF)* dos EUA interrompeu a proibição do comércio online em 1992. Daí em diante, começaram a surgir discussões distantes das que eram frequentemente conhecidas, visto que versava de conflitos desenvolvidos online, em que os indivíduos se deparavam em locais distantes, de acordo com a geografia. Deste modo, em meados da década de 90 do século XX, operadores de ADR notaram que a conversação online em desenvolvimento estava tendo uma grande repercussão, especialmente na área comercial, e criaram a terminologia “*resolução de disputa online (ODR)*” para apresentar e distinguir o que eles observavam como um novo local para a resolução de disputas (COSTA, 2021).

Outrossim, as plataformas ODR submergem a resolução de um conflito de interesses. E, mesmo que primariamente o termo ODR transcrevesse à resolução de conflitos que nasciam em um ambiente online (especificamente na forma de e-commerce ou fóruns sociais online), com o tempo, ante a proposta de instrumentos e de sistemas tecnológicos, o uso dos métodos de solução de conflitos online ampliou-se também para a resolução de conflitos tradicionais off-line (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2014).

Desse modo, as empresas e instituições públicas e privadas progredem na ligação de métodos e instrumentos, como é o caso das soluções síncronas de conversação, em que as pessoas ficam em contato e conversam ao mesmo tempo, como no caso de salas virtuais de reunião, e assíncronos, em que as pessoas trocam mensagens em momentos diferentes, não estão conectadas ao mesmo tempo (ANDRADE; BRAGANÇA; DYMA, 2020).

As sugestões da tecnologia não a alteraram a natureza da mediação na era digital, atribui-lhe, porém, novos modelos. Conquanto, não exista uma transformação no entendimento da mediação online, a qual permanece acontecendo em qualquer tipo de conflito e sendo empregada a qualquer tempo – até mesmo depois de já judicializado o conflito ou em fase de execução –, alguns elementos trazidos com a era digital desenvolvem significativas variações na comunicação e por conseguinte altera a relação entre os indivíduos, determinando mudanças nas afinidades e nas agilidades do mediador (COSTA, 2021).

Assim sendo, a comunicação da comunidade de Direito com as novidades tecnológicas possibilita uma preparação rápida, com menor custo e mais ganho, pela propagação espetaculosa dos métodos de acesso à informação. Assim, fundamenta a possibilidade do consentimento da operação à distância na mediação (REIS, 2017).

Outrossim, os aspectos que retrata o Dispute System Design (DSD) foram alterados pelas novas tecnologias, dissolvendo categorias paralisadas e estáveis que seriam estimadas ou não como Resolução Alternativa de Litígios (ADR). Está acontecendo a mudança dos empecilhos adiantados no contexto do DSD, como as caracterizações tradicionais entre o que é informal e formal, e a revisão do que é resolução e o que é prevenção de conflitos. Dessa forma, a tecnologia é inserida como a quarta parte neste processo de decisão, conceituada como a principal mudança. Desta feita, nas negociações feitas de maneira automática, a terceira parte, composta mediador, conciliador ou árbitro, poderá ser trocada pelos meios de tecnologia. Ou seja, o DSD tem um papel proeminente, haja vista que a

inteligência artificial necessitará ser estimada quando acionada à resolução de conflitos, elemento formidável que trará resultados para o Direito nacional e internacional (SILVA; GONÇALVES, 2020).

De modo geral, esta evolução da tecnologia acarretou inumeráveis comodidades e simplificou a vida da humanidade, e acrescentou expressivamente as chances de relacionamentos. Do mesmo modo, aumentaram também as possibilidades de operações sem sucesso e conflitos de todos os tipos (ANDRADE; BRAGANÇA; DYMA, 2020).

Tocante a isto, no Brasil, de modo recente o Ministério das Comunicações adaptou o programa, com a finalidade de “*universalização do acesso à internet e o aumento da velocidade média da banda larga fixa no país*”. Tendo como propósito abranger os excluídos digitais propôs a Política Nacional de Inclusão Digital, acionada a Política Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades, tendo como meta o acesso da cidadania (SPENGLER; PINHO, 2019).

Desta forma, o que importa, é que a tecnologia seja utilizada não apenas para arquivamento de dados, mas também para a resolução de um conflito. Assim, se na mediação foi empregada tecnologia de informação, mesmo que a técnica não tenha sido administrada somente online, pode-se avaliar uma mediação digital, sendo seus métodos chamados ODR (COSTA, 2021).

Destarte, como já referido, vive-se um momento histórico digital em que a sustentação de praticamente todas as relações são estabelecidas por meio do conhecimento e da informação, bem como da sua envergadura de processamento e do desenvolvimento de conhecimentos, isto é, uma sociedade em rede inteiramente conectada, do mesmo modo que a facilidade do acesso a web, significa a tamanha acuidade em aproveitar-se desta cibercultura, proporcionada por uma realidade virtual como maneira alternativa para soluções de conflitos valendo-se da Mediação Digital por meio deste meio tecnológico (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017).

Dessa forma, a mediação online aparece como parte das transformações que acontecem na contemporaneidade, cujas transformações estabelecem novos instrumentos e consecutivas inovações nas formas de comunicação e nos meios de resolução de conflitos (COSTA, 2021).

Portanto, essa popularização tecnológica na sociedade, como na internet, e a massificação dos smartphones, que são apropriadas para diminuir qualquer serviço a um simples toque. Dessa forma, a tecnologia da informação se principiou de maneira permanente no meio social, pessoal

e empresarial, tornando plausível os acessos instantâneos de informações, bem como possibilitou a abertura de ambientes para a troca momentânea de opiniões e trocas de experiências, seja no democratismo ou no âmbito político e econômico (MARIANO; SOUSA, 2022).

### 3 MEDIAÇÃO ONLINE

Conceitua-se a mediação como um dos “métodos alternativos de resolução de conflitos”, no qual um terceiro, imparcial, opera, de maneira passiva ou ativa, como facilitador do processo de reconstrução do diálogo entre as partes, antes ou depois de implantado o conflito (CAHALI, 2012).

Dessa forma, sendo o oposto do processo judicial, a mediação dispõe de uma estruturação coesa, particularidade de um método de solução de conflitos. Concerne, portanto, de uma orientação revolucionária do conflito, pois procura a sua solução através das próprias pessoas, que auferem assistência do mediador para conduzi-lo (WARAT, 2001).

Nesse diapasão, tendo como alicerce a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei n. 13.140/2015 deu início ao reconhecimento do método de Mediação, cujo texto legal admitiu a operação da internet para sua consumação. O artigo 46 versa sobre a mediação eletrônica: “[...] a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo” (BRASIL, 2015).

Nesse contexto, tem-se que, no Brasil, desde 2016 está se designando um novo modelo a partir do conceito de desjudicialização dos conflitos, de forma inteiramente online, valendo-se de técnicas alternativas de resolução. Para melhor compreender esse movimento coevo na sociedade brasileira é importante esclarecer o desempenho da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação de conflitos e a regulamentação, bem como o papel da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, a qual dispõe sobre políticas públicas de tratamento apropriado conflitos, enfatizando os meios alternativos, especialmente após a edição da Emenda nº 2, de 8 de março de 2016, que modificou a referida Resolução (FERRAZ; SILVEIRA, 2019).

Dessa forma, esse método disposto na Resolução 125/2010 do CNJ e na Lei 13.140.2015, intitulada mediação online, mediação digital ou pela internet é motivada na Diretiva nº 11/2013 do Parlamento Europeu e

do Conselho da União Europeia, que regulamenta a resolução alternativa de litígios consumeristas, disponibilizando uma plataforma digital (RLL) para promover essa atividade (Regulamento UE n. 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha). Outrossim, existiu a padronização da resolução de disputa virtual entre consumidores e comerciantes, por meio da PE-COS n. 80/2012 e do Regulamento 524/2013. Cuida-se de deliberação benéfica, principalmente ante o desenvolvimento exponencial das ações de comércio eletrônico (SPENGLER; PINHO, 2019).

Assim, o sistema de Mediação Digital possibilitará a troca de informações e mensagens entre os envolvidos, adaptando-se a necessidade de cada um, valendo-se de uma linguagem mais vitoriosa à mediação, onde os acordos poderão ser homologados pela Justiça, ao final das sessões de mediação, e, caso as partes essas não cheguem a um acordo, uma mediação presencial poderá ser marcada para mais uma tentativa de solucionar o conflito (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017).

Nesse contexto, a Mediação Online desenvolveu-se como uma maneira aprimorada de realizar o acesso à justiça, valendo-se de diversos instrumentos tecnológicos disponíveis na atualidade. O acrescentamento ocasionado pela tecnologia impactou, de modo positivo, tanto a atuação privada quanto a atuação do judiciário, ao suprimir as barreiras que a distância geográfica impõe (SIMON; NUNES, 2021).

Para tanto, a mediação em ambiente virtual desempenha-se através de plataformas online de solução de conflitos que são estimadas verdadeiramente eficientes, uma vez que são acessíveis a todos os seus usuários. A acessibilidade alude, que as partes apresentem as mesmas possibilidades de participação na constituição de uma solução para o conflito em questão. Em uma miragem extensiva, a acessibilidade digital obedece à competência de um site, aplicativo móvel ou documento eletrônico ser prontamente navegado e envolvido por uma extensa gama de usuários, compreendendo aqueles que têm necessidades especiais auditivas, visuais, cognitivas ou motoras (ANDRADE; BRAGANÇA; DYMA, 2020).

Partindo desta feita, percebe-se que a mediação online e a mediação presencial se distinguem, quase sempre, somente pelo ambiente em que são efetivadas; enquanto a presencial deve ocorrer na esfera do judiciário, em uma sala especial do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), a mediação online poderá acontecer estando os envolvidos em qualquer lugar do mundo (SIMON; NUNES, 2021).

Oportunamente, a ausência de contato pessoal, não é um empecilho para a mediação online, determinando exclusivamente uma nova forma de adequação para a conversação entre os agentes e o mediador no meio tecnológico. Dessa forma, faz-se necessário procurar novas formas de enfrentar as mudanças advindas da tecnologia de comunicação, do mesmo modo que a adaptação aos empecilhos da linguagem, da deficiência da visão, auditiva etc. (COSTA, 2021).

Outro ponto formidável está na base legal da institucionalização da Mediação Online, mencionando num primeiro momento, a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, que está sendo o marco primitivo da prática de métodos adequados de resolução de conflitos na esfera do judiciário (SIMON; NUNES, 2021).

Nesta banda, as vantagens da mediação online, no entanto, determinam alterações na comunicação e nas agilidades do mediador, porquanto, além do domínio sobre mediação, ele deve conhecer a tecnologia para a efetivação da mediação. A capacidade do mediador está fortemente ligada à concepção de confiança, que os envolvidos depositam no mediador. Dessa forma, em grande avaliação, a confiança é provocada pela aptidão do mediador de evidenciar seu conhecimento. Precisa, assim, o mediador envolver-se de forma consciente na evolução e desenvolvimento relacionado ao uso da tecnologia, antes de exibir-se ao público como capaz de praticar uma mediação online (COSTA, 2021).

A mediação online oferece algumas vantagens a mais que a mediação presencial, tais como:

- economia de despesas com deslocamento;
  - possibilidade de permanecer no conforto de sua casa;
  - flexibilidade para se comunicar de forma simples e acessível;
  - utilização de vários meios eletrônicos, por exemplo, áudio, chat, vídeo;
  - aceleração do processo de resolução;
  - participação ativa das partes envolvidas;
  - otimização do tempo;
  - solução exercida de forma voluntária;
- Pode ser realizada em qualquer lugar com acesso à internet e a qualquer hora.

Outrossim, o objetivo da mediação não é propriamente o acordo em si, mas a transformação das pessoas e seus anseios parece acompanhar o princípio segundo o qual os conflitos nunca desaparecem por completo.

Variavelmente, eles apenas se modificam e precisam de gerenciamento e monitoramento a fim de que sejam mantidos sob controle (WARAT, 2001).

Dessa forma, a mediação online é, portanto, um procedimento autocompositivo em que as partes são as figurantes principais da solução, amparadas por um terceiro mediador, autônomo e imparcial, que, em um ambiente virtual, utiliza artifícios para que os interessados sejam incentivados a solucionar o conflito. Acontece através de plataforma digital, na qual o mediador, com técnicas apropriadas, cria um ambiente afável e propício para que os agentes sintam-se a vontade para conversar, auxiliando-os a descobrir conjuntamente propostas assertivas e criativas que procurem atender e solucionar seus interesses (COSTA, 2021).

Desta feita, a Plataforma Digital mesmo que não proporcione um passo a passo, possui explicações detalhadas de todas as informações contribuintes dos usuários do Sistema de Mediação e Conciliação Digital, do mesmo modo quanto ao arquivamento e uso dos dados coletados e, especialmente quanto a privacidade e segurança daqueles que concordam a utilização da mediação pela plataforma digital, bem como quanto o princípio fundamental inerente a mediação, a confidencialidade (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017).

A mediação online de conflitos é conceituada como mais uma maneira de garantir a resolução de conflitos, tornando-se um mecanismo para facilitar, agilizar e flexibilizar ainda mais essa resolução e, no Brasil, essa mediação online é tida como próspera no que diz respeito ao acesso à Justiça, haja vista que a sociedade ainda se vê condicionada culturalmente em relação a ter seus conflitos resolvidos através do Poder Judiciário. Dessa forma, foi criada atualmente uma política que trata dos conflitos e torna plausível que cidadãos permaneçam cercados de uma logística do Poder Judiciário sem que possua necessidade de depender dos atos processuais por parte do Magistrado (MARIANO; SOUSA, 2022).

Para tanto, é por meio da Mediação Digital que as partes conflitantes alcançam a plena liberdade para compartilhar e conversar com o intuito de chegar a uma resolução do conflito existente, onde as sugestões ofertadas devem ser avaliadas para uma futura homologação de acordo, sem precisar se deslocar, sendo imprescindível apenas um computador com acesso a Internet e, então, as partes, realizam o procedimento inicial fazendo, inicialmente, o cadastro no *site* [www.cnj.jus.br/mediacaodigital/](http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/), onde precisam detalhar o acontecimento, interagindo com a parte contrária para alcançar possíveis propostas quanto à resolução do conflito para se

chegar a um acordo a ser homologado em seguida pelo juiz competente (BRASIL, 2016).

Dessa forma, conforme Rosalina Moitta Pinto da Costa:

A mudança de paradigma da mediação online importa em alteração não na sua acepção, mas na natureza da interação e nas habilidades necessárias para gerenciar a comunicação e a troca de informações entre as partes e os mediadores. Os novos arquétipos introduzidos na era digital pelo quarto elemento exigem, essencialmente, mudança nas relações e habilidades do mediador (2021, p. 3).

Portanto, o sistema de Mediação Digital admite a troca de mensagens e informações entre as partes simultaneamente, levando em consideração as premências de ambos os agentes, valendo-se de uma linguagem mais bem-sucedida à mediação. Dessa forma, a mediação online é uma forma alternativa eficaz para desafogar o sistema judiciário na resolução de conflitos em vista do atual cenário que vivemos atualmente (MARIANO; SOUSA, 2022).

## CONCLUSÃO

Diante o exposto, nota-se que a sociedade em geral encontra-se insatisfeita com o modelo tradicional de solução de conflitos, uma vez que não consegue desenvolver um tratamento apropriado aos conflitos fundamentado nos fatos e provas exibidos pelos conflitantes, haja vista que fazem de tudo para um conseguir “ganhar” do outro, e não há vontade de construir uma proposta que resolva efetivamente o conflito.

Dessa forma, através da evolução desmesurável de computadores, de smartphones e de tablets conectados à internet e suas apropriações, os usos plurais pelos usuários vêm reconfigurando, recombinao e transformando a forma como se convive em sociedade, como se estuda, pesquisa e relaciona-se. Esse novo paradigma social mediado pelas redes digitais dá sentido e forma à “cibercultura”.

Portanto, a Mediação Online possibilita um maior acesso à justiça, de uma maneira mais ampla por meio das plataformas digitais, que é capaz de ser acessado de qualquer lugar e a qualquer tempo e, assim, o conflito pode ser solucionado da melhor forma e fazendo com que o cidadão tenha mais autonomia, aumento da cidadania, democracia e principalmente o respeito à dignidade humana.

Por fim, como resposta ao problema de pesquisa, a mediação online pode ser utilizada como um método de resolução de conflitos, uma vez que é uma maneira de garantir a resolução de conflitos de forma célere, sendo um mecanismo para facilitar, agilizar e flexibilizar ainda mais essa resolução e, no Brasil, essa mediação online é tida como próspera no que diz respeito ao acesso à Justiça, haja vista que a sociedade ainda se vê condicionada culturalmente em relação a ter seus conflitos resolvidos através do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. **Mediação digital**: a alternativa rápida e econômica de solução de conflitos. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COSTA, R. M. P. Os novos paradigmas da mediação online. **Revista de Direito Brasileiro**, Florianópolis, jan./abr. 2021.

FERRAZ, D. B; SILVEIRA, S. B. A. B. Online dispute resolution (ODR) como ferramenta de acesso à justiça e mudança na gestão de conflitos no Brasil através da mediação online. **Revista Direito Público**, v. 16, n. 88, p. 119-143, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3450>. Acesso em: 28 mar. 2022.

KATSH, E.; RIFKIN, J.; GAITENBY, A. **E-commerce, e-disputes, and e-dispute resolution: in the shadow of “eBay Law”**. Ohio State Journal on Dispute Resolution, [s.l.], v. 15, n. 3, p. 705-734, 2000. Disponível em: <https://www.umass.edu/cyber/katsh.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2019.

LEMOS, A.; LÉVY, P. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia parentária. São Paulo: Paulus, 2010.

LÉVY, P. **O que é virtual**. Tradução de Paulo Neves do original “Qu’est-ce le virtuel:” São Paulo: 34, 1998.

MARIANO, E. N.; SOUSA, G. S. **A mediação online e sua eficácia na resolução de conflitos**. *Revista Científica Multidisciplinar*, 2022. Disponível em: [recima21.com.br](http://recima21.com.br). Acesso em: 27 mar. 2022.

NOBRE, M. **Novas considerações sobre a mediação online**. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira, SALOMÃO, Luis Felipe. *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. Rev. e atual. [2. Reimpr.] São Paulo: Atlas, 2017.

PIMENTA, L. V. R.; FERREIRA, E. N. **Mediação e arbitragem: novos paradigmas para o acesso á justiça**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Curso de Direito “PUC-MG”: 2016. Disponível em: [a711fdafe6b14bfaa641220d7a5de8a4.pdf](https://arquivos.pucmg.br/2016/07/a711fdafe6b14bfaa641220d7a5de8a4.pdf) (ufop. br). Acesso em: 28 mar. 2022.

REIS, A. Mediação e impactos positivos para o judiciário. In: ROCHA, C. C. V., SALOMÃO, L. F. *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES, A. G.; LORENZI, B. C.; ROSA, F. L. da. **Mediação digital: a sociedade moderna a um clique da justiça**. UFSM - Universidade Federal de Santa Maria: 2017. Disponível em: [2-5.pdf](https://arquivos.ufsm.br/2017/02/2-5.pdf) (ufsm.br). Acesso em: 27 mar. 2022.

SANTOS, E. O.; CARVALHO, F. S. P. da. Análise da conversação e análise de rede social: técnicas para apoiar a mediação online. *Revista Educação e Cultura Contemporânea*, v. 16, n. 46, 2019. Disponível em: [estacio.br](http://estacio.br). Acesso em: 23 mar. 2022.

SANTOS, E. O.; CARVALHO, F. P. de; PIMENTEL, M. Mediação docente para colaboração: notas de uma pesquisa-formação na cibercultura. *Revista Educação Temática Digital (ETD)*, Campinas, SP, v.18, n.2, p. 23-42, jan/abr, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/etd/article/view/8640749/12238>. Acesso em: 1 jul. 2017.

SILVA, L. O. L. de.; GONÇALVES, J. R. **A Viabilidade da Mediação Online**. *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*. 2020. Disponível em: [Vista do A Viabilidade da Mediação Online](http://Vista.do) (processus.com.br). Acesso em: 20 mar. 2022.

SIMON, A. L.; NUNES, T. A. **Mediação online: pontos e contrapontos na resolução de conflitos**. Revista Interfaces do Conhecimento, 2021. Disponível em: Mediação Online: Pontos e Contrapontos na Resolução de Conflitt | Simon | Interfaces do Conhecimento (unicathedral.edu.br). Acesso em: 28 mar. 2022.

SPENGLER, F. M.; PINHO, H. D. B. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, p. 219-257, 2018. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1923>. Acesso em: 20 mar. 2022.

SPENGLER, F. M.; DORNELLES, M.; SCHAEFER, R. M. P. Novos paradigmas: práticas colaborativas enquanto ferramentas concretizadoras do acesso à justiça. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, 2020. Disponível em: [indexlaw.org](http://indexlaw.org). Acesso em: 22 mar. 2022.

WARAT, L. A. **O ofício do mediador**, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

**LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS  
NORMATIVOS**



# O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO TRÁFICO DE PESSOAS: ATÉ ONDE O ESTADO INTERVENTOR INTERFERE NA AUTONOMIA DA VONTADE

## *THE VICTIM'S CONSENT IN THE PERSON'S TRAFFICKING: UNTIL WHEN THE INTERVENING STATE INTERFERES IN THE AUTONOMY OF THE VICTIM'S WILL*

Guilherme Dalbon Barbosa\*

Paulo César Corrêa Borges\*\*

\* Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2018). Possui pós-graduação, de grau Especialista, em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Dom Bosco. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Atualmente cursando Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, com início no ano de 2021, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges, seguindo a linha de pesquisa da Tutela Penal dos Direitos Humanos.

\*\* Possui graduação em Direito pela UNESP (1990), é mestre (1998) e doutor (2003) em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Realizou Pós-doutoramento na Universidade de Sevilla (Departamento de Filosofia del Derecho) - Espanha (2012) e na Universidade de Granada (Departamento de Derecho Penal). Atualmente é Professor Assistente-doutor de Direito Penal do Departamento de Direito Público da UNESP; ex-Presidente da Comissão Permanente de Pesquisa da F.C.H.S./UNESP (2017-2019); foi Coordenador do PPGDIREITO - Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP (2010-2017); é membro do Conselho de Departamento de Direito Público, do Conselho de Curso de Graduação em Direito, do Conselho de Pós-graduação em Direito, da Comissão Permanente de Pesquisa, e da Câmara Central de Pós-graduação da UNESP; é presidente do Conselho Editorial da Revista de Estudos Jurídicos UNESP (2010/2015); é parecerista de projetos de extensão da PROEX e de iniciação científica da PROPE; da CCGP ? Câmara Central de Pós-graduação da Unesp e da Comissão de Revalidação de Títulos; é Parecerista “Ad Hoc” da FAPESP, do CNPq, do SciELO (FAPESP - CNPq - BIRENE - FapUNIFESP); é membro do IBCCRIM, AIDP e MMPD; e é Promotor de Justiça do MPESP. Foi membro do CONDEP/SP, representando a UNESP; e do CEAC - Conselho Editorial Acadêmico da Fundação Editora UNESP (2008/2011). É membro de Corpo Editorial de revistas jurídicas e revisor de periódicos jurídicos. Foi Coordenador Acadêmico do 1o. e do 7o. Núcleos Regionais da E.S.M.P. É professor convidado do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da ESMP - Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Criminologia, pesquisando principalmente os seguintes temas: Direito Penal, Criminologia, Direitos Humanos, Tráfico de Pessoas, Formas Contemporâneas de Trabalho Escravo, Ministério Público, Violência em geral, Violência sexual e doméstica, Violência de gênero, Crime organizado, e Tutela penal dos direitos humanos.

Artigo recebido em 01/02/2022 e aceito em 06/12/2022.

Como citar: BARBOSA, Guilherme Dalbon; BORGES, Paulo César Corrêa. O consentimento da vítima no tráfico de pessoas: até onde o Estado interventor interfere na autonomia da vontade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 73, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Referencial Teórico. 2.1. O Poder do Estado e o Direito estatal como única forma de Justiça. 2.2. O Tráfico de Pessoas. 2.2.1 O Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual. 3 O Consentimento da vítima e a atuação estatal à sua revelia. 4 Observações Críticas. 5 Conclusão.

**RESUMO:** O Estado enquanto ente interventor é conhecido do meio jurídico. A sua própria natureza de detentor do monopólio da violência no território fundamenta a sua atuação para a pacificação, mediação de conflitos e imposição de sanções ante a situações de violação. Com o Direito Penal, não é diferente. No entanto, há um grande ponto de discussão que se apresenta como problemática do presente artigo: o consentimento da vítima em relação a determinados tipos penais, em especial o de tráfico de pessoas para os seus diversos fins, com enfoque no de exploração sexual. Ou seja, até que ponto o poder do estado, via Direito formal estatal, pode colocar a própria vontade do ser humano de lado para fins de punir ou ignorar uma conduta, relevando não apenas a realidade daquela pessoa, mas também as próprias falhas que levam a diversas violações e fomentam um terreno fértil para a atuação de criminosos. Tal ponto, além do problema, é o objeto de pesquisa. Como referenciais teóricos, tem-se a atuação estatal enquanto titular do poder jurídico. Também, a legislação sobre o tema e a questão do Direito e de situações e regras que surgem da própria sociedade e que podem se contrapor ao Direito Estatal. A metodologia será a análise qualitativa de fontes bibliográficas como a legislação em vigor, os tratados internacionais, doutrina, artigos sobre o tema e jurisprudência. Ao final, busca-se esclarecer as principais posições, as questões de conflito em relação ao tema e, também, efetuar uma análise crítica quanto a atuação Estatal à revelia das pessoas objeto do Tráfico de Pessoas.

**Palavras-chave:** tráfico de pessoas; consentimento; Direito Penal; sociedade; Estado.

**ABSTRACT:** *The State as an intervening entity is known to the legal environment. Its very nature as the holder of the monopoly of violence in the territory justifies its action for pacification, conflict mediation and imposition of sanctions in cases of violations. With the Criminal Law, it is no different. However, there is a major point of discussion that presents itself as a problem in this article: the consent of the victim in relation to certain types of crime, especially Persons's Trafficking, for its most diverse purposes, with a focus on Persons's Trafficking for the purpose of sexual exploitation. In other words, to what extent can state power, via formal state law, put the human will aside for the purpose of punishing conduct, ignoring not only that person's reality, but also the very failures that lead to various situations of violations and foster fertile ground for criminals to act. This point, in addition to the problem, is the object of research. As theoretical references, there is State action as the holder of legal power. Also, legislation on the subject and the issue of Law outside the State scope and situations and rules that arise from society itself, through its conduct and thoughts, can oppose the State Law. The methodology will be the qualitative analysis of bibliographic sources such as current legislation, international treaties, doctrine, articles on the subject and jurisprudence. In the end, it seeks to clarify the main positions and the main issues of conflict in relation to the theme and, also, to carry out a critical analysis regarding the State action in the absence of the people object of Persons's Trafficking.*

**Keywords:** *person's trafficking; consent; Criminal Law; society; State.*

## INTRODUÇÃO

O Direito é uma ferramenta multifacetada do ponto de vista filosófico e social em relação aos seus fins. Explica-se: enquanto sociedade, desde os primórdios da organização humana em grupos que levavam mais do que a “família” como componentes, havia o exercício de poder de um,

---

ou de alguns, sobre os demais, para pacificar conflitos, dirimir disputas, punir condutas divergentes e orientar as ações do grupo em busca de um fim comum ou de objetivos definidos.

No início, essa relação era mais simples pela composição dos grupos humanos, porém, a medida em que o ser humano se afastou do isolamento e da vida bucólica em pequenos núcleos para sociedades mais organizadas e complexas, a situação demandou uma mudança na relação de poder, o que de fato ocorreu e que gera reflexos nas relações interpessoais e entre o Estado e os indivíduos até os dias de hoje.

As interações e imposições de vontade com as expressões de poder, com a alteração da dinâmica nas relações, extrapolavam os limites próximos fixados por famílias, por grupos ou por pequenas localidades e se dirigiam a maiores agrupamentos, como cidades, estados e países que hoje formam a organização de Estados que se tem no mundo.

Dessa forma, os limites, as normas e a aplicação de sanções se transformou de uma mera adequação comportamental em âmbito familiar ou grupal à uma autêntica questão de sobrevivência da estrutura de domínio e poder e manutenção do *status quo* entre o leviatã estatal e os cidadãos que nele vivem e a ele se submetem.

Porém, a fundamentação da aplicação desse poder mudou ao longo do tempo e se alterou o fato sobre o que “justificaria” este poder de um ou de algum perante os demais justamente por conta das alterações sociais e pessoais.

Inicialmente, o motivo para o exercício do poder era uma justificativa de força física, de imposição de vontade advinda do mais apto para liderar e controlar; depois, era uma aplicação de poder vinda dos “deuses” ou de um “Deus” para um representante na terra exercer, como na idade média, com o domínio da igreja; passou-se ainda por uma figura de um monarca absolutista e nobre, dando lugar em sequência ao poder econômico personificado e, em paralelo, ao poder “do povo” em revoluções socialistas como a de 1917 e as complexas alianças políticas posteriores.

De qualquer forma, várias foram as fundamentações para que, dentro de um organismo social, alguém, ou algum grupo, exercesse sobre os demais um poder que fixasse limites e impusesse sanções e regras para que a vida em sociedade fosse possível e operável.

Nos dias de hoje, o que se tem de mais comum no mundo globalizado composto por sociedades organizadas em Estados nacionais que se relacionam uns com os outros por meio de tratados, acordos,

comércio e cultura, é o chamado Estado Democrático de Direito, com uma primazia da norma, que deve ser observada tanto pelo Estado nacional quanto pelos cidadãos que vivem nos seus territórios.

O Estado democrático de Direito é um conceito tão caro às nações atualmente que mesmo países que nitidamente são ditaduras, autocracias ou que assumem uma face democrática meramente de fachada alegam, em comunidade internacional ou perante a própria sociedade, a alcunha de “Estado democrático”, para passar uma boa impressão ou ser aceito, mesmo que apenas por governos similares, na comunidade internacional.

Como consequência disso, muitos autores e muitas obras consideram o Poder do Estado exercido por meio do Direito como sendo o principal problema ou a principal questão da relação entre o Estado e a sociedade, via aplicação do Direito, com uma grande questão a se responder: seria o Direito uma forma de dominar o povo ou de protegê-lo de violações?

Isso, pois, embora o Estado deva respeitar os limites fixados pelo Direito no seu território e em relação as pessoas ali presentes, da mesma forma que as pessoas devem respeitar o Direito estatal e os seus limites, há uma marcante e incisiva diferença entre o indivíduo e o Estado sobre a aplicação do Direito.

Tal diferença se dá em relação até que ponto as normas podem ir e até onde elas se chocam com outros fatores internos ou externos ao âmbito jurídico. Em outros termos, até quando o Estado pode ser alterado pela aplicação do Direito e até quando o indivíduo é submetido a aplicação do Direito (e pode alterá-lo).

Observa-se, para tanto, que, enquanto o cidadão ou qualquer indivíduo está submetido ao poder Estatal exercido via Direito de forma constante e pode influenciar na sua aplicação em poucas e taxativas situações previstas na própria norma. Entre elas, quando o cidadão é provocado a integrar a relação jurídica ou é o objeto de um processo (vítima, autor, testemunha), isso em regra. Ou, em relação a alterações diretas, por propostas de iniciativa popular para alterar a lei, plebiscitos e referendos, estas mais raras.

Lado outro, o Estado pode, literalmente, mudar o Direito, suspender a eficácia de normas, alterar as prescrições, as condutas vedadas e as sanções impostas, pela via política, quando feita da forma “correta” ou, ainda, por vias autoritárias, em golpes de Estado que criam Direito sem qualquer compromisso com a ordem jurídica anterior.

Pensa-se que a modificação, pelas vias legislativas regulares, é legítima e, em tese, formada por vontade popular de representantes eleitos, mas não necessariamente será um reflexo do que a sociedade espera e, mesmo que seja uma manifestação de vontade em linha com relação a maioria, acaba, por vezes, não abrangendo nem considerando realidades e microcosmos de grupos vulneráveis específicos, como é o caso das mulheres vítimas de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, tema do presente artigo.

Basta observar as formações recentes do Congresso Nacional brasileiro para se observar que apesar de serem representantes eleitos, não necessariamente representam a sociedade como ela é fielmente.

Ocorre que ao longo do tempo, conforme a sociedade foi se tornando mais complexa e as unidades de convivência e ações humanas foram aumentando e demandando maiores estruturas de organização e poder, o indivíduo (e suas singularidades) foi sendo afastado do centro processo decisório.

E há um agravante, ao longo da história, o domínio do poder estatal foi e ainda é muito ligado ao patriarcado, a figuras masculinas, heterossexuais e brancas que impõem a sua visão, suas aspirações e suas vontades e, não raro, acabam transportando os direitos das mulheres e de outros grupos vulneráveis a uma posição de submissão ou simples tutela por terceiros, longe de uma autêntica tutela por direitos, conforme se espera.

Portanto, as mulheres têm um desafio ainda maior do que o restante da sociedade quanto a intervenção e tutela do Poder estatal para consigo, uma vez que seus Direitos e suas aspirações não são, muitas vezes, tratados e ouvidos partindo do seu ponto de vista, mas sim de homens que ocupam lugares de poder no Estado.

De qualquer forma, o Estado tem um papel duplo quando se trata de tutela dos direitos do indivíduo: ele deve intervir e sancionar quem viola o direito ou garantia, mas, ao mesmo tempo, deve observar as liberdades e a autonomia do indivíduo na aplicação da norma que tutela aqueles direitos e garantias. Tal perspectiva é, além de extremamente delicada, também de concretização bastante difícil.

Observa-se que a vontade, o lugar de fala e de influência individual e o próprio consentimento das pessoas envolvidas em uma situação que demanda uma análise e a intervenção do poder de Estado via Direito acaba sendo ou afastada ou delegada a função informativa e simbólica, sem real poder de influência, muitas vezes, no resultado do processo. O Direito Penal é a forma mais emblemática de se ilustrar este problema.

A vontade da vítima no Direito Penal, e das pessoas envolvidas em relações jurídicas como um todo, não são exatamente o ponto central de atenção dos legisladores quando da elaboração de uma nova lei ou de uma alteração legislativa, muito embora o objetivo declarado do Direito seja tutelar a sociedade e protegê-la de infrações de uns sobre outros e do Estado sobre todos.

Porém, muitas vezes tal caminho não é o trilhado, seja no momento da produção da norma, seja no momento de sua aplicação, utilizando-se como justificativa a proteção do bem jurídico eleito alheio a própria autonomia da vítima que sofre a violação do bem jurídico no caso concreto.

O poder econômico, o “mercado”, a sociedade política e interesses outros, ainda que efêmeros, acabam por ditar episodicamente os rumos do Direito estatal e suas alterações. Basta usar como exemplo algumas recentes reformas como a Trabalhista e a da Previdência Social.

Guiados, não raro, por eventos que escandalizam e tem grande repercussão na sociedade, são feitas alterações que agravam penas, criminalizam condutas e aumentam o poder punitivo estatal à revelia da sociedade, em especial de integrantes de grupos vulneráveis, sob o pretexto de dar uma satisfação e uma maior resposta a criminalidade, como nos casos do Direito Penal, e intervir nas relações interpessoais horizontais ou não, no âmbito privado.

As mulheres, em especial, são consideradas muitas vezes objetos de tutela que precisam ser unicamente protegidas e não ouvidas, o que traz uma proteção jurídica dos seus bens jurídicos, inclusive de sua liberdade, deficiente, com uma perspectiva paternalista e interventiva que não se enquadra nas funções modernas de Estado democrático, muito menos em expectativas igualitárias e feministas. (CISNE; GURGEL, 2008)

As alterações legislativas são propostas a toque de caixa sem a efetiva participação popular e dos setores jurídicos diversos, como o próprio Poder Judiciário, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e setores representativos das minorias e grupos vulneráveis que seriam atingidos pelas modificações, seja com um aumento da tutela pós-violatória interventiva (pena), seja por um afrouxamento das ferramentas protetivas.

No caso específico das mulheres e do crime de Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual, o consentimento da vítima, ou da pessoa que acaba sendo o sujeito passivo direto do crime em questão, ou seja, da pessoa que é traficada, corre o risco de ser ignorado ou ter seu valor elevado ao extremo, permitindo uma distorção do espírito da norma e dos

fatos tanto para punir, como para absolver o autor da conduta à revelia da manifestação da vontade da pessoa traficada.

Há um grande problema quanto ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual que espelha o problema da tutela jurídica do Estado para os grupos vulneráveis em geral: a visão patriarcal da sociedade em relação a mulher como não um sujeito de direitos e deveres, mas como um objeto de tutela.

Acaba-se, com isso, tirando o lugar de fala e o poder de decisão das mulheres, já que a autonomia fica em segundo plano para dar lugar ao poder punitivo (ou mesmo a situação de absolvição) imposto pelo Estado.

Diga-se que o papel do feminismo nesta realidade é de fundamental importância, justamente pensando na perspectiva de um Estado que tutela os direitos, mas não pode (ou não deveria) intervir na autonomia de vontade dos indivíduos, principalmente quanto as mulheres, que já integram um grupo vulnerável que tem seus direitos e prerrogativas constantemente atacados e violados pela sociedade patriarcal. O protagonismo que deveria ser garantido as mulheres nas situações de violação é sequestrado pelo Estado que pune ou absolve a revelia da manifestação das traficadas e de suas razões, causas e realidades.

Conforme Cisne e Gurgel (2008), a primeira expressão do movimento feminista ocorreu na França, durante a revolução, com as mulheres que, pela primeira vez, de forma organizada e defendendo seus interesses, reivindicaram igualdade e se manifestaram pela liberdade. Desde então o movimento ocupa os espaços e traz a discussão suas pautas, não somente face a sociedade, mas também face ao próprio poder estatal.

E, neste cenário, a autonomia da vítima e o seu consentimento são ignorados e a sua versão, sua apresentação dos fatos, são utilizadas como instrumentos de concretização a todo custo ou, em outro extremo, de isenção do poder punitivo estatal, a ponto de levar a uma descaracterização do delito na aplicação do Direito pelo Estado, no julgamento e na própria delimitação do crime, por vezes mesmo em choque com o definido no Protocolo de Palermo em relação a situações de vulnerabilidade e abuso por parte dos autores da conduta considerada criminosa.

Diga-se que também para Cisne e Gurgel (2008) há uma grande problemática, mesmo dentro do movimento feminista e de suas expressões, sobre como atuar face ao Estado e, principalmente, como resguardar a autonomia das mulheres, em especial as vítimas de violência e outras

formas de violação, face a necessidade de se ocupar lugares de fala, espaços de discussão e integrar as fileiras do Estado para a defesa dos Direitos.

O dilema acaba sendo que o movimento feminista, com seus expoentes, ocupa ou busca ocupar as estruturas do Estado para fazer valer suas premissas mas, ao mesmo tempo, não pode deixar de observar as suas raízes, suas origens e o Direito das ruas, das origens do movimento e das mulheres que o compõem.

Diante disso se constrói a importância da comparação realizada mais adiante, da consideração de outras situações e características, de outras falas e de outros “Direitos”, sejam eles oriundos de diplomas outros, com o próprio protocolo de Palermo, sejam eles oriundos das camadas mais vulneráveis da sociedade e das comunidades que estas formam, como as mulheres que voluntariamente e conscientemente buscam atuar na prostituição em países estrangeiros, chocando-se com a moral e, por vezes, com o próprio Direito brasileiro.

A última expressão seria traduzida, em uma análise mais extensa, em um “Direito achado na rua” que, em choque ou em conjunto com o Direito estatal, poderia levar a soluções mais justas e de melhor aplicabilidade no caso concreto, com um melhor processo hermenêutico considerada a vontade e a autonomia do ser humano que sofre a conduta dita criminosa no caso em concreto. Inclusive e principalmente das mulheres vítimas do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

No entanto, o Estado muitas vezes impõe a vítima e aos demais afetados pela conduta um tratamento exclusivamente de narrativa de fatos e de objeto de delitos, seja na condição de próprias vítimas, seja, alternativamente, como testemunhas, de forma a embasar a aplicação do Direito estatal seja em condenação, seja em absolvição.

Em específico quanto a intervenção do estado em relação aos direitos e tutela da mulher, Alecrim, Silva e Araújo (2014) afirmam, em linha com o exposto também por Cisne e Gurgel (2008), que:

Neste contexto, a autonomia é o fundamento da dignidade humana de todo ser racional é por meio dela que o ser humano se dignifica, não devendo ser restringida a pretexto de substituir a livre vontade, nem mesmo por aquilo que se acredita ser o melhor ou mais apropriado. [...] Com base nestes ensinamentos da doutrina, é pontual salientar que a autonomia da mulher sobre o seu corpo não deve sofrer limitações de forma arbitrária. Em todo o aparato jurídico encontram-se normas, limitando a autonomia das

peças sobre o seu próprio corpo, tanto no que se refere à sexualidade, quanto no tocante à vida e à morte. (ALECRIM, SILVA e ARAÚJO, 2014, p. 161)

Ou seja, tutelar um direito e garantir que a integridade dos bens jurídicos se mantenha é tarefa do Estado que, no entanto, não pode, sob o pretexto de fazer isso, interferir de forma tão incisiva a suprimir a autonomia das pessoas, inclusive da vítima.

As mulheres traficadas, portanto, devem ser ouvidas não apenas para punir ou absolver um autor do tráfico de pessoas, mas, para entender o que levou aquela situação, qual a sua realidade, qual a sua vontade em se submeter ao tráfico de pessoas e o motivo da atitude.

Para agravar a situação, a legislação interna não é expressa em relação ao tema ou mesmo clara quanto ao consentimento, ao contrário do Protocolo de Palermo, que se debruça e esmiúça mais as possibilidades em que o consentimento da vítima é irrelevante ou que deve ser considerado de uma maneira mais preponderante.

Até por conta disso, no âmbito interno e em relação a legislação e jurisprudência brasileiras, resta a tarefa de valorar e considerar este fator e os demais no momento decisório ao Juiz da causa, que também integra a estrutura de poder Estatal, por natureza patriarcal.

O presente artigo, portanto, tem por objetivo analisar este poder Estatal desigual exercido por meio do Direito em relação as pessoas que estão sobre a esfera de influência e decisão, em especial quanto as mulheres no crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e seu consentimento em relação a conduta criminosa, para além de como tal concordância afeta ou não a atuação estatal nestes casos.

Finalmente, busca-se analisar até onde o poder Estatal vai (ou pode ir) em relação ao fato criminoso levando, ou não, em consideração a autonomia da vítima ou da pessoa objeto da ação delituosa.

A metodologia será guiada por uma leitura e por uma análise qualitativa de fontes bibliográficas como a legislação em vigor, os tratados internacionais, artigos pertinentes ao tema, doutrinas em relação a matéria e, também, alguns aspectos da jurisprudência.

Ao final, busca-se esclarecer as principais posições e as principais questões de conflito em relação ao tema da consideração do consentimento da vítima em crimes desta natureza e, também, efetuar uma análise crítica quanto a atuação Estatal à revelia das pessoas que sofrem e são objeto, do tráfico de pessoas, com enfoque na finalidade de exploração sexual.

# 1 REFERENCIAL TEÓRICO

## 1.1 O poder do Estado e o direito estatal como única forma de justiça

Inicialmente, é importante destacar no referencial teórico do “Poder de Estado”, a questão da sua importância na tutela e na previsibilidade de Direitos, que, conforme indicado no início deste artigo, colocam o atual momento da humanidade, no pós-Segunda guerra mundial, na chamada “Era de Direitos” (BOBBIO, 2004).

E, em relação ao poder do estado, em termos gerais, é preciso fazer uma pontuação e uma exploração inicial para indicar, nos dias de hoje, o que leva a ser a força máxima no âmbito jurídico e executivo, com força de coerção e determinando a solução de conflitos e a aplicação de penalidades.

Há várias linhas sobre o que seria o poder de Estado, sendo uma delas, liderada por Burdeau, defendendo que o Estado não possui um poder, pois, ele mesmo, seria o poder e, portanto, trazendo para a linha do presente artigo, o próprio Estado seria o Direito aplicado em sua totalidade, como sinônimo de poder.

Nesta linha, seguindo os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari, o Estado não se traduziria em nada além de uma mera institucionalização do Poder, organização do poder, que deveria agir pela sua continuidade e pela manutenção do *Status quo*. Tal seguimento encontra bases fortes em relação ao Direito, uma vez que, apesar de ser uma forma de garantias, inegavelmente, é uma forma também de preservação do próprio Estado e da ordem social no seu território. (DALLARI, 2011, p. 113-117)

Sendo o próprio Estado o poder, inclusive o jurídico, ele teria uma força que incidiria sobre o povo e obrigaria os cidadãos ao cumprimento de certas condutas e respeito de determinados limites fixados na norma, de uma maneira, no entanto, que seria abstrata e geral, sem o nível de personalidade ou influências singulares no seu exercício – isso garantiria, em tese, que o Poder do Estado não seria afetado pelas alterações sofridas pelos agentes de Estado nem pelos governantes que se alternariam e sucederiam em uma democracia.

Sabe-se, contudo, que não é assim. O corpo legislativo e a figura do executivo, para não dizer mesmo a própria formação do poder judiciário e as demais funções essenciais à justiça, influenciam de maneira

significativa na aplicação do Direito e na concepção deste ramo do poder do Estado em sua atuação sobre a população.

Isso, uma vez que uma linha ideológica no campo político e uma determinada formação acadêmica somada a uma experiência profissional prévia no campo jurídico e pessoal podem, sem dúvidas, influenciar na aplicação do Direito e no exercício do poder do Estado, inclusive punitivo. Dois juízes podem decidir de maneira diversa sobre uma mesma situação mediante o seu livre convencimento motivado.

No entanto, apesar da linha apresentada e ainda seguida por muitos da concepção de que o Estado é um Poder em si, a maioria dos modernos autores e estudiosos classifica o Poder de Estado ou como sendo um elemento de Estado ou como sendo uma característica marcante do Estado. Não mais, no entanto, como sinônimo do próprio Estado.

Há, no entanto, uma necessidade de se dissecar um tanto quanto mais a matéria, uma vez que se utiliza, neste momento, da qualificação de poder estatal geral para ilustrar a situação da intervenção do estado via Direito no âmbito pessoal, (des) considerando a vontade pessoal, o consentimento e a autonomia dos indivíduos que habitam e são chamados de cidadãos do Estado.

O poder do estado não se confunde, apesar de se aproximar bastante, da questão da soberania estatal. Para buscar distinguir de alguma maneira o poder de estado da soberania do estado, alguns autores, como Jellinek apontam que poder há algumas marcantes diferenças em relação a Soberania, em especial a questão da dominação.

Dalmo de Abreu Dallari, citando Jellinek, afirma que seriam duas as espécies ou formas de poder dentro de uma nação, o poder de estado, que seria o dominante, e o poder das outras formas de sociedade, como a família, a religião, a moral individual, que seria não dominante. (DALLARI, 2011, p. 114)

Trazendo para a questão que é o foco do presente artigo: o estado detém o poder dominante que exerce, entre outras formas, por meio do Direito, enquanto o cidadão, por mais que queira, detém, no máximo, uma influência não dominante por sua moral, por sua esfera de conhecimento acadêmico e por suas experiências de vida.

Tais influências não dominantes podem ser exercidas no âmbito processual, o que não quer dizer que sejam preponderantes ou mesmo que sejam consideradas no momento decisório.

No caso das pessoas que integram grupos vulneráveis, como as mulheres que são vítimas ou objeto do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, o tratamento dispensado acaba sendo de uma consideração de poder “ainda menos dominante” pelo Estado.

Isso, ainda que a mulher consinta e queria exercer a prostituição de maneira voluntária ou, ainda que esteja em situação de extrema vulnerabilidade e queria a qualquer custo sair da localidade e do jugo de uma vida sem perspectivas de melhora.

Tal atitude coloca tal grupo em uma posição ou de tutela absoluta e passividade total, como alguém sem quaisquer condições de expressar sua vontade ou defender sua posição ou, lado outro, em uma posição de abandono estatal que não atua de forma alguma em sua proteção jurídica, se baseando em uma autonomia exacerbada e ignorando o impacto do meio social e das vulnerabilidades na efetivação do tráfico de pessoas.

E, ademais, o poder de Estado, que é o dominante, teria como características ser originário, uma vez que nasceria e seria intrínseco ao próprio Estado, e irresistível, pois a coerção e a força impositiva do Poder Estatal não podem ser desviadas – o extremo oposto do poder individual, que seria delegado a uma mera influência, quando muito, em especial nos casos de grupos vulneráveis – que seriam ainda menos ouvidos.

Mas, há um problema maior ainda seguindo tal pensamento, pois, se o poder de Estado é dominante, originário e irresistível, raros seriam os limites para sua incidência – daí porque o próprio Jellinek e muitos outros autores buscam colocar o caráter jurídico como forma de limitação e fronteira para até que ponto poderia ir o poder estatal. (DALLARI, 2011, p. 115)

Ainda haveria uma outra forma de interpretar o Poder do Estado, seja ele como um Poder Político ou como um Poder Jurídico em si, com o poder político não encontrando limitações consideráveis, uma vez que pode até mesmo alterar a norma jurídica, salvo proteção constitucional especial, e ainda seria também irresistível conforme a característica de poder dominante de Jellinek.

Hans Kelsen, contudo, rechaça a ideia de um poder apenas político ou predominantemente político, afirmando, por sua vez, que o poder de estado seria, em realidade, um autêntico e assertivo Poder Jurídico (DALLARI, 2011, p. 116), uma vez que os cidadãos não estariam subordinados a uma mera vontade de um governante ou ao arbítrio da classe política, mas, sim, estariam sob o alcance e a dominância do poder da norma, do poder

oriundo do Direito, da coação e da aplicação objetiva advinda de uma norma jurídica fundamental, da Constituição.

Porém, o que se observa, seja pela óptica de um poder de estado político, seja pela óptica de um poder de estado jurídico, é que não há como simplesmente se isolar um deles como sendo absoluto e ignorar a existência e aplicação do outro, uma vez que, mesmo nos Estados modernos, há decisões de Estado baseadas em um poder jurídico, mas também há outras baseadas em cunho político, que alteram o próprio Direito e nele influenciam de forma incisiva.

Hesse, inclusive, aponta que existiria um conflito que considerava permanente entre o que chamou de “Constituição jurídica” e o que seria a “Constituição Real”, mais marcadamente quando não se tratasse de normativas exclusivamente técnicas, mas daquelas que podem ser interpretativas ou demandassem caracterização de condutas. (HESSE, 1991)

Marcadamente, o poder político do estado pode, e constantemente, altera as normas que embasam o poder jurídico, sendo que, na outra ponta da relação, o indivíduo, seja ele o declarado objeto da proteção da norma, seja ele o alvo da aplicação da coerção ou da punição estatal, está em clara relação de inferioridade ou submissão, não conservando um poder dominante, mas, sim, uma passividade em relação as engrenagens do estado e a aplicação da norma.

Ao final, em relação a este referencial teórico, buscou-se esclarecer e demonstrar que o cidadão “médio”, componente de uma classe razoavelmente privilegiada e com condições confortáveis de vida, já está em uma relação extremamente assimétrica com o Estado em termos de poder exercido via aplicação do Direito.

E, em relação aos grupos vulneráveis, tal relação é ainda mais massacrante e impositiva, com a consideração de um poder de influência de fato reservado a poucas e louváveis situações, mas, com uma imensa dominância de submissão da pessoa ao poder estatal.

O Direito, então, acaba sendo uma das ferramentas mais protuberantes de tal situação de dominação, uma vez que é o conjunto de regras que rege a vida em sociedade nos mais diversos níveis e, inegavelmente, é dominado e exercido pelo Estado, que pode, inclusive, alterá-lo na grande maioria dos aspectos.

E, aos populares, em especial aqueles que mais necessitam de proteção e da atenção do Estado, inclusive em suas mais íntimas necessidades, em suas manifestações de vontades e consentimentos em

relações jurídicas, resta um papel delegado a depoimentos, versões e posições passivas como vítimas, testemunhas ou autores punidos pela massiva máquina jurídica estatal, sem um poder que possa ao menos influenciar além dos estreitos limites impostos pela própria ordem dominante, legal.

## 1.2 O tráfico de pessoas

O Tráfico de Pessoas, atualmente, é uma conduta considerada criminosa e deplorável, um problema a ser combatido, tanto no âmbito interno, como também pela comunidade internacional, sendo que os dois sistemas jurídicos e políticos são palco da ação criminosa, com finalidades e tratamento legislativo definidos regionalmente e/ou localmente, sem prejuízo de tratados bilaterais ou multilaterais.

Isso, a depender do que os governos e entes fazem frente aos traficantes, as organizações criminosas e a realidade das pessoas traficadas, e do que estas têm como características e inclinações em relação a suas vidas e perspectivas a nível local e nacional.

Recorda-se que em um dado momento da história o tráfico de pessoas era uma atividade equiparada ao comércio em geral, com aceitação e, inclusive, proteção dos países em relação a sua existência – como, por exemplo, o tráfico de pessoas ocorrido da África para o Brasil, realizado e protegido por marinhas como a inglesa e a portuguesa.

Tais tempos passaram e, embora o tráfico de pessoas persista enquanto atividade, ainda de maneira nefasta, a sua posição jurídica felizmente se alterou e os Estados e a maioria das pessoas passaram, atualmente, a repudiar, combater e criminalizar tais condutas em suas legislações internas e em seus acordos internacionais.

Outro ponto importante, e que aqui se destaca, é o recorte da finalidade que está presente nos dias de hoje em relação ao tráfico de pessoas, uma vez que há mais de uma destinação ou motivo que leva a realização do delito. Ou seja, há uma variedade de possibilidades em relação ao que se destina o tráfico de pessoas em si.

Diga-se que no Brasil, apenas em 1888 se proibiu o trabalho escravo, com a Lei Áurea, no final do segundo império, o que demonstra que o assunto em geral, seja o tráfico de pessoas, sejam suas finalidades, ainda tem recente proibição e criminalização. (BRASIL, 1888)

Embora outrora fosse marcante a questão e a prevalência do trabalho escravo como finalidade maior do tráfico, passando, posteriormente, a um enfoque na questão da exploração sexual, com algumas legislações mesmo ignorando outras formas de tráfico de pessoas de forma explícita, atualmente a legislação interna brasileira é bastante ampla clara em relação as finalidades estipuladas.

Diga-se, ainda, que estas não se encerram nos incisos do artigo 149-A do Código Penal e, no âmbito internacional, há o protocolo de Palermo com abrangência também alta em relação a finalidades.

Para exemplificar e encartar para fins de comparação a evolução legislativa brasileira quanto ao tráfico de pessoas, apresenta-se os históricos dos antigos artigos 231, 231-A e 232 do Código Penal (CP), que foram substituídos, em 2016, com o advento da Lei 13.344, pelo artigo 149-A do Código Penal, com vigência até os dias de hoje.

A legislação anterior em relação ao tráfico de pessoas era segmentada em diversos artigos no Código Penal, sendo que tais artigos previam o seguinte:

Tráfico de mulheres

Tráfico internacional de pessoas (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

Art. 231 - Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro: Pena - reclusão, de três a oito anos.

Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

§ 1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

§ 2º - Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

Tráfico interno de pessoas (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) (BRASIL, 1940)

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 231.Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) (BRASIL, 1940)

Tráfico interno de pessoas (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição: (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) (BRASIL, 1940)

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)(Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Art. 232 - Nos crimes de que trata este Capítulo, é aplicável o disposto nos arts. 223 e 224. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940)

Diga-se que a referida legislação, com os recortes de 2005 e 2009, inicialmente se alterou com a expressão “mulher” sendo substituída por “pessoa”, com as finalidades ainda separadas e os próprios locais legislativos sendo distintos, não englobados por um único dispositivo legal, como é atualmente.

Tal legislação foi modernizada recentemente e a sistemática original foi substituída para alinhar os preceitos da legislação interna as disposições do Protocolo de Palermo e, após a entrada em vigor da Lei 13.344/16, a redação do artigo 149-A, que trata do tráfico de pessoas, é a seguinte:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa. (BRASIL, 2016)

Nota-se que para além da concentração do arcabouço legislativo sobre o tema em um único artigo ao contrário dos vários dispositivos anteriores, também se lançou uma maior teia sobre várias finalidades do tráfico de pessoas antes não explicitamente atingidas pela disposição legislativa.

A modernização da legislação brasileira se deu, entre outros fatores, pela já datada e obsoleta tutela prevista nos artigos 231 e 231-A e por conta da adesão do país ao Protocolo de Palermo. Diga-se que, em seguida, será abordado o enfoque no tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Reforça-se que o artigo 149-A foi influenciado fortemente pelo Protocolo de Palermo, uma vez que o último, em seu artigo 3, definiu o que seria tráfico de pessoas, inclusive mencionando a questão do consentimento, que será abordada mais a frente neste artigo e um aprofundamento em alguns verbos que caracterizam o tráfico de pessoas.

### Artigo 3

#### Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não

envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;  
d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos. (BRASIL, 2004)

Digno de nota que o protocolo de Palermo, no seu artigo 3, é mais minucioso em relação ao que significaria o tráfico de pessoas, ao que lhe caracterizaria, e em relação a consentimento e a cadeia de ações e redes de atuação dos autores do tráfico, redação que não foi exatamente replicada pelo artigo 149-A do CP, mas, que nem por isso, impede a utilização do protocolo na atuação jurídica interna.

### 1.2.1 O Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual

Em específico em relação a finalidade de exploração sexual no crime de tráfico de pessoas, há uma previsão explícita no artigo 149-A, inciso V, do CP, anteriormente sendo prevista nos artigos 231 e 231-A do CP.

A modificação da Lei é decorrência, entre outros fatores, do protocolo adicional a convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional relativo a prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, que foi internalizado pelos Decretos nº 5015 e 5017/2004. (BRASIL, 2004)

Houve, inicialmente, a transferência do *locus* legislativo; antes, o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual ocupava trecho do Capítulo V do Código Penal, “do lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição e ou outra forma de exploração sexual”.

Com a Lei 13.344/16, o artigo 149-A passou a constar no Capítulo VI do mesmo *códex*, “dos crimes contra a liberdade individual”, o que aumenta e evidencia ainda mais o caráter de proteção em diversas faces que o referido dispositivo deve fornecer e a sua abrangência na criminalização das condutas para os mais diversos fins, que agora tem previsão explícita no mesmo artigo.

A referida mudança de local legislativo e a própria redação do artigo 149-A do CP é muito elogiada pela doutrina, uma vez que, para Nucci, a redação dos artigos 231 e 231-A não era satisfatória e a tutela jurídica deles decorrentes, por consequência, acabaria insuficiente ou dificultada. (NUCCI, 2020)

Lado outro, o artigo 149-A do CP é um tipo penal considerado moderno, abrangente, conciso e em uma posição legislativa melhor, uma vez que o tráfico de pessoas não é, nos dias de hoje, destinado unicamente

a finalidades sexuais, mas, também, incluem diversas outras destinações, tais como o próprio trabalho escravo, a servidão, a adoção ilegal e o tráfico de órgãos.

O tipo penal do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual é classificado pela doutrina como um crime de conteúdo variado ou, também, de ação múltipla, com condutas alternativas, com elemento subjetivo de tipo sendo o dolo (NUCCI, 2020, p. 260).

Embora seja um delito cometido muitas vezes por organizações criminosas, dada a sua natureza complexa, que exige uma estrutura de atuação em países de destino e origem das pessoas traficadas, é considerado um crime comum, uma vez que não é necessário um atributo especial ao seu autor.

É considerado um delito formal, uma vez que a perpetração de quaisquer das condutas elencadas no tipo, de maneira alternativa, basta para a caracterização do crime, recordando-se que se trata de um tipo penal alternativo, com diversos núcleos: agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

Diga-se que a existência de vários verbos caracterizadores do tipo penal permite a responsabilização de toda a cadeia de indivíduos envolvidos na conduta criminosa uma vez que se investigue e comprove tais ações.

Portanto, a responsabilização penal atinge desde aquele que efetua um primeiro contato com as vítimas (o que agencia, recruta, alicia), passando pelo que efetua os traslados (quem transporta e transfere) chegando, finalmente, ao autor do crime no destino (quem aloja, acolhe ou compra pessoa).

É um delito comissivo, que inclui em seus núcleos verbos de ação, tanto instantâneo, como permanente, a depender do verbo realizado pelo autor da conduta e, ainda, admite-se a tentativa.

Diga-se que o estudo do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual tem dois pontos que se considera marcantes para sua caracterização e análise correta em termos do crime complexo que é, inclusive quanto a própria vontade ou consentimento da pessoa traficada.

O primeiro é a questão socioeconômica da vítima do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, ou, em outra denominação, da pessoa traficada cuja finalidade, no destino, seja ser explorada sexualmente.

Nestes casos, ainda que se tenha o consentimento, é preciso uma discussão para se delimitar até onde tal manifestação de vontade possa

estar viciada ou, ao menos, condicionada, e até que ponto o agente ativo do tráfico de pessoas pode abusar da vulnerabilidade da vítima para perpetrar a conduta a arrepiar do poder do Direito estatal.

O segundo, que à primeira vista pode mesmo parecer contraditório, é abandonar o estigma da atividade profissional da prostituição, que, com o consentimento da pessoa traficada, homem ou mulher, pode, de fato, descaracterizar o crime de tráfico de pessoas, a depender da interpretação conferida pelo órgão julgador ao conteúdo do artigo 149-A CP em conjunto com o do protocolo de Palermo.

Em suma, a finalidade de exploração sexual – sem menção à prostituição – é muito mais abrangente e pode, em certas situações até envolver a prostituição. Tudo depende do modo como esta é exercida, da idade do profissional do sexo e do seu consentimento. Explorar significa tirar proveito de algo ou enganar alguém para obter algo. Unindo esse verbo com a atividade sexual, visualiza-se o quadro de tirar proveito da sexualidade alheia, valendo-se de qualquer meio constrangedor, ou enganar alguém para atingir as práticas sexuais com lucro. Explora-se sexualmente outrem, a partir do momento em que este é ludibriado para qualquer relação sexual ou quando o ofendido propicia lucro somente a terceiro, em virtude de sua atividade sexual (NUCCI, 2020, p. 261)

Ou seja, a discussão quanto ao consentimento ou a manifestação da vontade da pessoa traficada ante o aparelho punitivo estatal e a força do Direito estatal como única fonte de norma para o caso concreto estão também ligadas a forma como se trata o assunto.

Ora, é inegável que o tráfico de pessoas é uma atividade reprovável, pois, ainda que se trate de uma mera condução não autorizada, mas com a concordância de indivíduos do ponto A ao ponto B, se estaria diante de uma ilegalidade – lado outro, se estaria diante de uma imigração ou migração nos termos da lei, sem nenhuma necessidade de discussão adicional no campo do Direito Penal.

Também não se trata de criminalizar a vítima, pois, quem se submete ao tráfico de pessoas, seja para qual fim for, pode e muitas vezes está ou diante de alguma situação adversa na sua origem que a impele a, mesmo de maneira ilegal, buscar outra localidade e, não raro, outra ocupação para a sua vida ou mesmo considera que a sua vocação profissional e sua vida seria melhor em outra localidade, ainda que após ser objeto do tráfico.

Igualmente, não se busca isentar o traficante de pessoas de sua responsabilização penal ou de qualquer outra forma, uma vez que, seja qual a motivação da pessoa traficada, este se aproveita da situação, quando não a força mediante coerção, ameaça ou força física, e age na ilegalidade, não sendo uma “agência de viagens” autorizada, cumprindo com as normas legais de cada localidade.

O que se busca é a discussão em relação ao valor dado ao consentimento da vítima e como o Estado, que detém não apenas o monopólio da violência (oficial) no território, mas também a prerrogativa de alterar o Direito que é aplicado sob aqueles que vivem em dado território, trata tal palavra, se de forma a considerá-lo como legítima manifestação de vontade apta a influenciar no resultado do processo ou, lado outro, como mera fonte de informações para aplicar uma pena ou deixar de condenar um réu.

A exploração sexual, principalmente de mulheres e crianças, é responsável por parcela significativa das pessoas traficadas, mais de metade delas, diga-se, segundo informações do último relatório da UNODC sobre o tráfico de pessoas e suas características (UNODC, 2020, p. 33-34), o que traz à tona ainda mais a questão do consentimento de quem é traficado e de como o meio socioeconômico influencia em tal manifestação.

Ora, apesar do trabalho escravo ou forçado corresponder a 38% do tráfico de pessoas, segundo o mesmo relatório, e a vontade ou o consentimento daqueles traficados para tais fins também ser relevante na discussão, as mulheres e crianças muitas vezes estão dentro de uma situação do que se chama de “hipervulnerabilidade”, o que justifica a escolha das mulheres e de seu consentimento como enfoque, conforme exposto a seguir (UNODC, 2020, p. 34).

### **1.3 O consentimento da vítima e a atuação estatal à sua revelia**

Em relação ao valor que o Direito estatal normatizado e aplicado dá a palavra da pessoa traficada, é preciso fazer um recorte, como indicado acima, uma vez que, em determinadas situações, mesmo tal consentimento pode estar viciado e/ou influenciado por uma outra característica, realidade ou situação pretérita.

De início, observa-se que a imensa maioria das pessoas que são traficadas para fins de exploração sexual são, de fato, mulheres e crianças, conforme relatório da Organização Internacional do Trabalho de 2005. (OIT, 2005) Outras formas de tráfico de pessoas têm a formação

demográfica mais diversificada, mas, para tal fim, de fato os grupos mais traficados são esses.

E, justamente, mulheres e crianças são grupos vulneráveis notórios, muitas vezes sendo considerados mesmos *hipervulneráveis* por conta de suas características pessoais somadas as dificuldades comuns aos demais.

A sociedade machista, a falta de apoio familiar e estatal, a estrutura excludente, a divisão desigual de tarefas, o pagamento desigual em relações de emprego e mesmo a vulnerabilidade física decorrente de diferenças fisiológicas, mais marcante em relação as crianças, colocam estes dois grupos, de fato, como “escolhas” preferidas dos autores do tráfico de pessoas com fins de exploração sexual.

Não se busca ignorar a realidade dos homens que também são traficados para fins de exploração sexual, inclusive de travestis, transexuais e afins, mas, o enfoque, no presente artigo, de fato está nas mulheres.

O motivo da hipervulnerabilidade é simples: situações que já são precárias e expõem uma fragilidade para o tão falado “homem médio” são ainda mais gravosas para mulheres (e crianças) e, não raro, justamente por tal motivo elas são aliciadas, recrutadas, escolhidas, convencidas ou, mesmo, buscam voluntariamente ser traficadas para fins de exploração sexual.

Segundo o mesmo relatório de 2020 da UNODC citado, 51% das pessoas traficadas tinham um fator preexistente de dificuldades econômicas; 20% eram crianças com famílias desestruturadas; 9% eram crianças que não tiveram o apoio familiar. Além disso, 10% possuíam problemas de imigração e 13% tinham no seu próprio parceiro o traficante (UNODC, 2020, p. 71).

As causas socioeconômicas são, conforme se observa com os dados acima, bastante marcantes nas vítimas de tráfico de pessoas, e as mulheres e crianças, maioria no tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, são ainda mais propensas a serem objeto da conduta pois, justamente, são mais vulneráveis dentre os vulneráveis.

Isso, no entanto, não quer dizer que se pode tolher sua capacidade de influência no processo judicial ao considerar as mulheres um grupo que deve ser tutelado pois sempre é explorado, de uma perspectiva que ignora a autonomia das mulheres, a voluntariedade para a prostituição nos casos em que esta existe e mesmo a realidade local face a realidade no destino.

Exemplifica-se: a questão geopolítica também tem influência no tráfico de pessoas e, por consequência, para fins de exploração sexual. Visualiza-se, para fins de ilustração, que em uma determinada localidade,

há pouco emprego, baixas possibilidades de ascensão social, ausência do estado em políticas públicas básicas e pobreza.

As mulheres daquela região terão de lidar, além de tudo isso, também com os fatores que lhes trazem uma maior vulnerabilidade pela condição de mulher na sociedade patriarcal e machista – a violência doméstica, a diferença de tratamento, os crimes sexuais, o mercado de trabalho restrito e desigual, entre outros.

E, ademais, a pandemia decorrente da COVID-19 causou, para além das mortes, que são a consequência imediata e mais clara de todas, sem perspectiva de retorno ou reversão, também um aumento da vulnerabilidade socioeconômica já presente em tempos considerados normais.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, inclusive, elaborou nota técnica em relação a tal fato, com um “Raio-X da violência doméstica durante isolamento”, concluindo que, embora aparentemente as medidas protetivas de urgências estivessem sendo cumpridas, houve um aumento de pedidos das referidas medidas e de prisões em flagrante (MPSP, 2020, p. 7), indicando um aumento da violência doméstica no período pandêmico.

Isso é apenas uma das partes do aumento da vulnerabilidade, que ocorre também em razão de diminuição de emprego e renda, de aumento de inflação e do custo de vida como não se via a tempos e, em relação especificamente as crianças, ao fechamento de escolas e ambientes de convivência.

Há, portanto, em relação as mulheres, um contexto de vulnerabilidades sociais, somadas a vulnerabilidades específicas decorrentes das condições particulares de tal grupo e ainda somadas as decorrências da pandemia de COVID-19 (MARQUES, 2020, p. 2).

Todo este quadro, no entanto, não justifica a aplicação do artigo 149-A do CP à revelia da manifestação de vontade das mulheres e, portanto, a situação admite e tem sido comum, a discussão quanto a validade e a valoração do consentimento para fins de responsabilização penal do autor do tráfico!

A voluntariedade da mulher em se prostituir em outra localidade e se submeter ao tráfico de pessoas para conseguir chegar ao destino é uma realidade, e os motivos que levam a tal atitude passam pela vontade de mudar de vida em busca de melhores condições, sair de um ambiente hostil ou mesmo assumir a atividade profissional da prostituição na localidade de destino de livre vontade.

Porém, a voluntariedade descrita sofre, inegavelmente, influências do meio social, econômico, político e familiar, o que, muitas vezes, pode

levar a uma vontade viciada e a um consentimento turvo diante da premissa de que “qualquer coisa é melhor do que a vida nas condições na origem”.

E, neste cenário, o autor do tráfico de pessoas, que geralmente é indivíduo do sexo masculino, cidadão local, que possui conhecimento da região e da sua realidade (UNODC, 2018, p. 35-39), pode explorar e abusar desta situação de vulnerabilidade para, no mínimo, facilitar a captação de pessoas traficadas, em especial, no caso do fim de exploração sexual, mulheres.

Isso tudo, no entanto, não quer dizer que o Estado deve, então, ignorar as manifestações de vontade das mulheres por conta da sua possível hipervulnerabilidade e assumir o papel de protetor sem considerar a palavra da pessoa traficada.

Tomar tal caminho seria reduzir demasiadamente a situação a uma história de alguém em perigo que deve ser cuidado pelo Estado, pois, não pode cuidar de si próprio nem tem capacidade para se defender ou decidir. Pior, seria uma chancela em relação a uma atuação apenas pós-violatória do Direito estatal, o que está muito distante do ideal.

O problema de o Estado estar ausente nas situações de violência é que a sua presença apenas se dá em momentos pós-violatórios e não em condições de evitar a violação com políticas públicas e prevenção de problemas sociais que contribuem e são causas, muitas vezes, das condutas criminosas como o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

No entanto, se houvesse uma presença forte ou minimamente decente do Estado desde o início das causas das vulnerabilidades, poderiam ser evitadas as fontes dos problemas, com a elaboração conjunta de políticas públicas, investimentos em infraestrutura básica, saúde, educação, igualdade de gênero em oportunidades, proteção e ações públicas de integração.

Isso leva a questão do motivo pelo qual as mulheres consentem em serem as vítimas dos crimes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e, também, a razão pela qual o Estado intervém como intervém em fases pós-violatórias, ou seja, no processo judicial para a responsabilização do autor da conduta.

E o próximo passo é entender como o poder estatal tem sido exercido por meio do Direito em relação a tais crimes e ao consentimento ou manifestação de vontade da vítima.

Segundo estudo elaborado por Garbeliini Filho e Borges (2021, p. 19), relacionado a sete decisões encontradas em acórdãos do Tribunal

Regional Federal da Terceira Região (TRF 3), houve uma mudança notável em relação ao tratamento do consentimento da pessoa traficada, ora pela irrelevância, ora, pela relevância.

Os autores, quando abordam os resultados, reservam críticas a maneira ainda considerada pouco emancipatória e menos ainda feminista que os julgadores dos acórdãos analisados abordam a questão, porém, não deixam de ressaltar que houve uma mudança considerável de tratamento reservado a vontade da pessoa traficada tendo como marco a Lei 13.344/2016.

Antes do advento desta Lei, segundo Garbellini Filho e Borges (2021, p. 19), o tratamento reservado ao consentimento ou a vontade das mulheres traficadas no âmbito decisório do processo judicial, ao menos quanto às decisões do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, era o da irrelevância.

Agiam assim os julgadores sob uma perspectiva considerada trafiquista e exacerbadamente interventiva, sob uma justificativa de proteção, com argumentos de ordem que colocavam as mulheres em uma posição de total inércia, sem condições de manifestarem ativamente suas vontades e influenciar no processo, sempre com a própria autonomia e capacidade colocadas em segundo plano.

No âmbito dos acórdãos pré-Lei 13.344/2016, um recurso empregado pelos desembargadores para promover a consolidação da irrelevância do consentimento nas decisões foi a categorização das mulheres traficadas como indivíduos infantilizados que não possuem capacidade própria para optar pelo tráfico sexual e se empoderarem por meio da atividade prostitucional, uma vez que não possuem real dimensão e noção sobre esse universo compreendido como perverso pelos julgadores. As mulheres estão sempre à mercê dos proxenetas. (GARBELLINI FILHO; BORGES, 2021, p. 22)

Ou seja, em linha com as pontuações feitas anteriormente quanto ao tema, os julgadores do egrégio TRF 3 acabavam por encampar uma postura não apenas protetiva, mas, em realidade, paternalista e machista, ignorando que as mulheres traficadas têm autonomia podem consentir na conduta, e algumas vezes, acabam de fato concordando em ser traficadas para exercer a prostituição em outra localidade.

No entanto, nos acórdãos tecidos após a entrada em vigor da Lei 13.344/2016, houve uma mudança de postura que, agora, levava em conta no processo decisório a vontade e o consentimento da pessoa traficada,

trazendo para o campo da relevância processual e judicial tal manifestação e afastando a abordagem infantilizada utilizada outrora.

Em contrapartida, no âmbito dos acórdãos pós-Lei 13.344/2016, um dos recursos argumentativos empregados pelos julgadores para sustentar a tese de relevância do consentimento foi a quebra do panorama padronizado sobre o modus operandi do tráfico sexual. Se as narrativas sobre o tráfico sexual foram construídas a partir de um universo de perversidade e de vulnerabilidade nos acórdãos anteriores à Lei 13.344/2016, os julgadores agora evidenciam que o campo da prostituição é multifacetado e não se restringe somente a situações de escravidão sexual, pelo contrário, deve-se admitir a possibilidade de liberdade sexual das pessoas, de modo que a validade do consentimento deve ser analisada ao caso prático. (GARSELLINI FILHO; BORGES, 2021, p. 25)

Ou seja, de fato, ao menos em relação ao recorte eleito no estudo, houve uma releitura e uma mudança de interpretação quanto ao fim de “exploração sexual” no tráfico de pessoas, passando de um tratamento machista e patriarcal que considerava que toda mulher objeto do tráfico de pessoas para referidos fins era vulnerável e deveria ser protegida, pois, não possuía autonomia para decidir o que estava fazendo e o que queria, e chegando a uma interpretação mais moderna, variada e em linha com a realidade social em relação a prostituição nos dias de hoje, considerada mesmo uma atividade profissional.

Porém, conforme indicado, não passou sem crítica tal caminho:

Por certo, não identificamos nos acórdãos um projeto jurídico feminista na dimensão de Fabiana Severi. A produção normativa e a confecção das decisões não foram intermediadas pela análise de gênero e de conceitos-chaves do universo dos feminismos, contudo, os resultados de pesquisa nos possibilitam pensar que o próprio formalismo jurídico dos julgadores pode ser engendrado como mecanismo de lutas no campo do direito para uma prática jurídica emancipatória e antidiscriminatória. (GARSELLINI FILHO; BORGES, 2021, p. 27)

Diga-se, que conforme Garbellini Filho e Borges (2021, p. 27), tal mudança de postura, apesar de não se enquadrar em um projeto jurídico feminista ou mesmo promover profundas mudanças na forma de decidir dos tribunais, indica ao menos o início de um afastamento das decisões

de uma linha de manutenção de estereótipos datados, infantilização e intervenções fora de lugar.

Com isso, se permite um caminho que trate, de fato, o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual da maneira plural, de muitas nuances e muitas origens como de fato o é.

Após tais pontuações, passa-se a uma final reflexão crítica sobre todo o exposto, retomando a ideia principal que contrapõe o poder do Estado exercido via Direito ante a autonomia das mulheres no tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, em relação a seu consentimento e sua (des) consideração no processo judicial punitivo.

## **2 OBSERVAÇÕES CRÍTICAS**

Resta claro, ao final do presente artigo, que, quanto ao poder do Estado face ao poder do indivíduo, este, em regra, está em flagrante hipossuficiência no jogo de forças e tem um rol taxativo de ferramentas e ações para se contrapor ao exercício do Direito estatal que são definidas justamente pelo próprio ente público.

Embora isso não seja algo sinônimo de negativo, uma vez que o Direito impõe limites, define regras, aplica sanções e tutela direitos, inclusive em relação as minorias, também não quer dizer que isso baste.

Isso, pois, em relação a grupos que compõem uma situação de hipervulnerabilidade, tais como as mulheres, tal desnível de forças é ainda maior e mesmo em relação às ferramentas que estão previstas na norma, por vezes não há a correta consideração destas no momento decisório.

E, em relação ao crime atualmente previsto no artigo 149-A do Código Penal, do tráfico de pessoas, mais especificamente na sua finalidade de exploração sexual, no inciso “V”, a vontade, o consentimento, a manifestação por parte da vítima, ou seja, sua possibilidade de interferir no resultado do processo apresentando sua versão, acaba por ser destaque e objeto deste estudo.

Isso, pois, conforme analisado no referencial teórico relativo ao tipo penal de tráfico de pessoas em conjunto com o capítulo relacionado ao consentimento da vítima, há uma grande questão enraizada na sociedade patriarcal em relação mesmo a configuração da responsabilização penal e aplicação de penas, quando se (des) considera a manifestação da pessoa traficada quando há a intenção de se prostituir, o que acaba sendo interpretado como sinônimo de exploração sexual forçada.

E, “pessoa traficada”, em relação a tal crime, trata-se principalmente de mulheres, grupo que entra no critério de hipervulnerabilidade, por estarem seus componentes inclusos dentro de opressões somadas a situações de vulnerabilidade social e econômica.

Ora, quanto a isso, conforme exposto no estudo de GARBELLINI FILHO e BORGES, (2021, p. 21) o Estado, antes da Lei 13.344/2016, assumia a posição de tratar as mulheres, principalmente, de uma perspectiva patriarcal e infantilizada, ignorando suas manifestações e proferindo decisões a sua revelia, pois, pelo que se extrai da visão dos julgadores naquele recorte, as mulheres que são vítimas do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual não teriam autonomia, nem discernimento, para, sozinhas, assumir os riscos e se lançar a exploração sexual consistente, por exemplo, na prostituição voluntária.

Sabe-se, pelo indicado acima, que após o advento da nova legislação, tal realidade se alterou e, após a reforma que incluiu o artigo 149-A no CP, a vontade da vítima, sua manifestação e seu consentimento, passaram a compor, ao menos de uma maneira relevante, a formação da opinião dos desembargadores do Tribunal Regional Federal da Terceira Região – ainda que com ressalvas da perspectiva feminista.

No entanto, aqui se faz um apontamento crítico sobre tal ponto, em relação ao tratamento dado pela legislação interna, a abordagem do protocolo de Palermo e a própria consideração do consentimento da pessoa traficada no processo decisório no processo.

Observa-se que o artigo 149-A do Código Penal não aborda de forma expressa a questão da vontade ou do consentimento da vítima, nem como uma forma de exclusão do crime se a pessoa traficada concordar em ser objeto da conduta, nem como forma de configuração do crime no caso da ausência de tal concordância.

A estrutura do referido tipo penal encerra, no seu *caput*, os verbos núcleos do tipo, nos incisos as finalidades e nos parágrafos as causas de aumento e diminuição de pena, que abordam questões como o autor ser funcionário público no exercício de funções, no caso de crime cometido contra criança, adolescente, pessoa idosa ou com deficiência ou, ainda, em casos de relação de parentesco e proximidade e tráfico internacional em que pessoa, de fato, for retirado do território.

Por outro lado, o Protocolo de Palermo, em seu artigo 3, de fato trata a questão do consentimento da vítima em relação a algumas situações em que, ainda esteja presente, é irrelevante.

## Reforça-se:

### Artigo 3 Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

**b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a;**

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;

d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos. (BRASIL, 2004, grifo nosso)

Observa-se que o Protocolo de Palermo, internalizado pelo Brasil no Decreto 5017/2004, prescreve que o consentimento da vítima será irrelevante nos casos indicados na alínea “A” do artigo 3, o que, ao contrário da legislação interna, inclui especificamente as situações de vulnerabilidade socioeconômica, evidenciada no trecho: “ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração”.

Ou seja, nesta interpretação do Protocolo, em casos de vulnerabilidade, ainda que a vítima consinta livremente com o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, tal consentimento seria irrelevante e o autor da conduta acabaria sendo responsabilizado de qualquer maneira, em uma linha hermenêutica próxima a daquela dos julgadores do TRF3 no período pré-Lei 13.344/2016.

Mas, diga-se que tal linha interpretativa, embora mereça críticas e observações, não deve ser totalmente desconsiderada de um ponto de vista protetivo e pré-violatório dos Direitos destes grupos se utilizado o recurso previsto no protocolo de Palermo.

A uma, porque devem ser considerados os dados e estes apontam que mais de 70% das pessoas traficadas sofrem de alguma forma de vulnerabilidade socioeconômica e, a outra, que a maioria destas pessoas são traficadas por intervenção de uma organização criminosa que justamente se aproveita desta situação para atuar e captar as pessoas vítimas do crime.

De fato, tratar todas as mulheres como meros objetos de proteção estatal sem qualquer capacidade de defesa, autonomia e consentimento em se submeter ao tráfico de pessoas para exploração sexual voluntária mediante atuação na prostituição é reduzir demasiadamente o escopo e assumir uma postura extremamente infantilizada, ‘machista e patriarcal que acabaria por diminuir ou suprimir totalmente a autonomia destas mulheres.

Não é correto admitir isso tendo em vista a atividade profissional da prostituição que pode ser desenvolvida e os projetos de vida que podem ser almejados diante da realidade na origem e no destino das mulheres traficadas.

Porém, tratar todas as mulheres que são traficadas para fins de exploração sexual como autônomas e em condições de se imporem mediante traficantes integrantes de organizações criminosas, medirem a real influência da sua própria situação ante a tal organização ou, pior ainda, ignorar esta vulnerabilidade a pretexto de descaracterizar o crime, também parece um caminho perigoso, em especial face a estruturas tão nefastas e poderosas como são tais estruturas.

Mas, então, pode se questionar qual seria o melhor caminho para a atuação jurídica estatal em relação a este consentimento da mulher traficada para fins de exploração sexual, uma vez que se ignorar a sua manifestação seria algo excludente e patriarcal, infantilizando sua personalidade, e se considerá-la em situações de vulnerabilidade poderia prejudicar a própria tutela dos seus Direitos mais básicos, como a liberdade e o combate às organizações criminosas.

Não se tem a ambição de encerrar o tema ou dar uma resposta definitiva a um problema tão complexo em um artigo, porém, ante o exposto, parece ser justo para a atividade jurisdicional satisfatória que se considere, caso a caso, a situação em lume, nem adotando por regra

a irrelevância do consentimento da pessoa traficada, nem se excluindo o crime em casos de existência deste consentimento.

Mas, sim, considerando-se a realidade socioeconômica da mulher traficada, suas aspirações, a atuação da organização criminosa e dos seus integrantes, os locais de destino e origem, entre outros.

Isso, pois, pode ocorrer que em um determinado caso, a mulher, mesmo advinda de uma camada social mais pobre, está plenamente ciente dos riscos, das oportunidades e do seu desejo por uma mudança de vida para melhor e voluntariamente se submete ao tráfico internacional para exercer a prostituição em um outro local, mesmo fora do país e sobre a “influência” da organização criminosa.

Porém, o que também pode ocorrer é que um membro de organização criminosa se infiltre em meio socioeconômico vulnerável e, se aproveitando totalmente desta vulnerabilidade, convença por argumentos de ordem e falsas promessas uma mulher que uma vida sob o jugo da exploração sexual no estrangeiro é melhor que a vida que ela leva naquela localidade e, neste caso, mesmo sem a aspiração originária ou voluntária de se prostituir, haveria o consentimento pela busca de melhor vida a qualquer custo face a vulnerabilidade.

Seria um caso de aplicação do artigo 149-A do CP em conjunto com ao artigo 3 do Protocolo de Palermo no momento da decisão e exercício do poder de estado via Direito, uma vez presente um abuso da situação de vulnerabilidade pelo autor da conduta.

O papel reservado ao Estado, portanto, não seria, idealmente, o de ignorar ou valorar isoladamente a vontade ou o consentimento da pessoa traficada, no caso a mulher, mas, sim, de utilizar o seu poder punitivo e decisório por meio do Direito de uma forma verdadeiramente justa e democrática, levando em conta as realidades individuais e os direitos de cada um, para, na construção do Direito na prática, se conseguir uma solução que se amolde realmente ao caso, sem abusos de tutela e sem desamparar quem necessita.

Parece ambicioso, e é. Mas, além disso, há a necessidade de se atacar a raiz de toda a discussão aqui posta: a (hiper) vulnerabilidade das mulheres traficadas e como isso afeta a sua vontade e o seu consentimento.

Pode-se, em conclusão crítica, punir o autor do tráfico de pessoas, no caso, de mulheres, para fins de exploração sexual, levando-se em conta a vontade da vítima e sua autonomia de uma forma ou de outra.

Explica-se: se a mulher em situação de hipervulnerabilidade decidiu se submeter ao tráfico de pessoas para ser explorada sexualmente em outro local de forma voluntária, ainda há o crime, já que aqui não se está analisando a punição em relação a quem *explora* sexualmente, mas quem *tráfica* a mulher para tanto.

O que não se pode ignorar, e nem se deve admitir, é que o crime persista e continue a ser praticado, julgado, punido ou não punido á revelia da manifestação de vontade, da autonomia, das aspirações e do lugar de fala da vítima sob um pretexto unicamente de aplicação do Direito e do Poder estatal.

Isso, pois, não raro, o Estado punitivo também tem uma grande parcela de culpa quando contribui, com sua estrutura, ações e falta de inclusão de pautas de minorias e grupos vulneráveis, para colocar as mulheres em situações cada vez piores e de risco a seus direitos e garantias.

E, este papel do Estado é tão importante quanto a correta e isonômica aplicação do Direito: elaborar políticas públicas, investir em educação de base, em formação profissional para todos, em especial os mais vulneráveis, e combater a violência e a discriminação de gênero.

## CONCLUSÃO

Pode-se concluir, ao final, que o exercício de poder pela via do Direito estatal merece observações, críticas, reparos e uma maior permeabilidade para que as pessoas, em especial as mais vulneráveis, como são as mulheres, possam participar, intervir e demonstrar sua realidade e sua vontade, com vistas a uma solução de conflitos realmente justa e que leve em consideração fatores plurais.

Também, pode-se concluir que o Direito enquanto ferramenta está longe de ser um vilão a ser combatido com todas as forças pelos diversos setores da sociedade, entre eles os grupos vulneráveis, uma vez que há uma série de Direitos garantidos na norma que são regulados, tutelados e guardados de possíveis violações pelo Estado justamente com base na atuação dos seus entes e entidades, jurídicas ou políticas.

Inclusive, os atores jurídicos podem se utilizar do Direito estatal para ir contra o próprio Estado em algumas situações em que o ente acabaria por violar as prescrições legais – um exemplo são ações do Ministério Público contra programas de governo que cerceariam o acesso de determinado setor da sociedade a direito garantido e previsto em lei<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Como, por exemplo, em ações do Ministério Público do Estado de São Paulo contra a

Isso, no entanto, não quer dizer que não há espaço para críticas, para lutas e por desejo de mudança, inclusive no que se refere a uma maior consideração da população no momento da aplicação e da criação do Direito, não apenas em relação a uma aplicação direta e sumária do Direito estatal como única forma de Direito admitida, mas, também, a formulação de políticas públicas e mesmo alterações legislativas com uma maior participação popular.

Isso, tudo, pensando não apenas na consideração de realidades e características de determinadas localidades e de determinados grupos vulneráveis, mas, sim, também em uma forma de atuação em uma fase antes da violação dos Direitos.

Tal ponto é central para o presente artigo, notando-se, após as considerações anteriores, que o direito estatal acaba sendo um recurso quase que exclusivamente pós-violatório e que visa muito mais a punição do autor de uma determinada conduta do que mesmo a proteção da vítima ou de quem sofre esta conduta.

Sem negar a importância de uma atuação estatal na fase pós-violatória, de forma até mesmo a proteger a vítima de forma direta e toda a sociedade por consequência, tal atuação acaba, não raro, por deixar um sentimento de injustiça e impotência ainda que ocorra a correta aplicação da norma, o que, não raro, acaba por não ocorrer.

E, ainda, a pessoa que sofre a conduta criminosa muitas vezes têm sua versão, sua vontade ou seu consentimento ignorado em nome do poder punitivo Estatal e do exercício e aplicação do direito, reservando-se sua participação no processo a mero colhimento de versão ou participação via assistente de acusação.

A complexidade aumenta e a palavra da vítima acaba em um lugar ainda mais turvo quando há crimes específicos, que vitimam grupos específicos e vulneráveis, como as mulheres, com o seu consentimento ou sua vontade em relação a determinadas condutas sendo afastadas e reduzidas a uma versão que justifique e fundamente a atuação punitiva estatal ou, ao outro extremo, a uma ausência de atuação punitiva estatal.

Além disso, as próprias instituições de Estado acabam ficando distantes do correto atendimento à população e, muito por necessidade, alternativas do meio social e jurídico de apoio e amparo surgem, em paralelo e em resposta a esta ineficácia e falta de suporte.

---

cobrança de IPVA de Pessoas com Deficiência.

Porém, há ainda os casos distintos, em que a palavra da vítima é no sentido de consentimento com uma conduta considerada criminosa pelo Estado, e, então, a situação é ainda mais singular.

Pensando, em específico, no caso de Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual, focando no grupo vulnerável em lume, o consentimento da pessoa objeto, que é traficada, acaba sendo foco de debates acalorados tanto acadêmicos quanto jurídicos.

Isso, pois, a palavra da vítima pode ser utilizada de forma a colocar a mulher em uma posição de “hipervulnerabilidade” praticamente infantilizada e acaba sendo ignorada sua concordância em ser traficada de forma a fundamentar a condenação, mesmo que isso não corresponda inteiramente ao espírito da norma.

Ou, lado outro, pode ser usada para justificar uma absolvição dos envolvidos na conduta do tráfico de pessoas, ao argumento de que a “vítima”, no caso, simplesmente fez um acordo comercial de ser transportada, ainda que irregularmente, para outra localidade, acabando por ignorar aspectos socioeconômicos como uma imensa vulnerabilidade social, aproveitada pelos autores da conduta.

Uma legislação clara colocaria um fim a um problema mas a discussão quando a aplicação do Direito estatal sem a consideração da palavra da vítima em relação ao consentimento continuaria; no caso, não há uma colocação expressa quanto ao consentimento no artigo 149-A do Código Penal, e isso leva a incerteza e ao debate ainda mais acalorado, embora esteja evidente a mudança de postura dos julgadores quanto a relevância.

No caso em lume, tal quadro, ao final, fica muito claro, em relação à vontade, a intenção e ao consentimento das mulheres no crime de Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual: é preciso se livrar de estigmas quanto a vontade da mulher e a possibilidade da prostituição voluntária para se entender e considerar corretamente o seu consentimento no tráfico de pessoas.

Da mesma forma, é importante levar em conta também o aspecto das vulnerabilidades socioeconômicas para decidir de uma maneira mais correta, tendo em vista que podem ocorrer casos de abusos desta situação pelos traficantes que causam uma contaminação na voluntariedade das vítimas.

Ou seja, o poder do Estado exercido via Direito não pode ser cego as realidades socioeconômicas nem tampouco ignorar o formalismo, mas, sim, deve buscar um equilíbrio levando em conta as ferramentas jurídicas a sua disposição (inclusive externas, como o protocolo de Palermo) e as condições em que ocorrem cada situação,

pois, a imposição de uma regra sem a consideração de peculiaridades leva a uma aplicação insatisfatória do Direito.

## REFERÊNCIAS

ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; ARAÚJO, Jailton Macena de. **Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal**. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito (ISSN | 2179-7131), Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20428/11799>. Acesso em: 23 dez. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, 1888. **Lei Áurea**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm). Acesso em: 23 dez. 2021.

BRASIL, 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL, 2004. **Decreto nº 5.017 de 12 de Março de 2004**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm). Acesso em: 25 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 25 dez. 2021.

CISNE, M.; GURGEL, T. **Feminismo, Estado e políticas públicas: desafios em tempos neoliberais para a autonomia das mulheres**. SER Social, p. 69-96, Brasília, 2008. Disponível em: [https://periodicos.unb.br/index.php/SER\\_Social/article/view/12960](https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/12960). Acesso em:

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARBELLINI FILHO, L. H.; BORGES, P. C. C. O consentimento no tráfico sexual sob o martelo do Judiciário: as práticas e os discursos dos julgadores. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/55088>. Acesso em: 3 jan. 2022.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, E. S. *et al.* Violence against women, children, and adolescents during the COVID-19 pandemic: overview, contributing factors, and mitigating measures. **Cad. Saúde Pública**, v. 36, n. 4, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/SCYZFVKpRGpq6sxJsX6Sftx/?lang=en&format=pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo de Gênero e Centro de Apoio Operacional Criminal. Nota Técnica. **Raio X da violência doméstica durante isolamento: um retrato de São Paulo**. São Paulo: MPSP, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/violencia-domestica-mp-sp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Promotoria obtém decisão suspendendo cobrança do IPVA de pessoas com deficiência**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id\\_noticia=23941285&id\\_grupo=118](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=23941285&id_grupo=118). Acesso em: 28 dez. 2021.

NUCCI, G.S. **Código Penal Comentado**. Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990138/>. Acesso em: 28 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Uma Aliança Global contra o Trabalho Forçado**. Genebra, 2005. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_227553.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227553.pdf). Acesso em: 28 dez. 2021.

UNODC. **Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas - Perfil de País - América do Sul. 2018**. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_TIP/Publicacoes/2018\\_GloTiP\\_South\\_America.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2018_GloTiP_South_America.pdf). Acesso em: 28 dez. 2021.

UNODC. **Global Report on Trafficking in Persons 2020**. United Nations, 2020. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP\\_2020\\_15jan\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf). Acesso em: 14 fev. 2021.

# A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS TERCERIZADOS SOB A ÓTICA DA CONVENCIONALIDADE

## THE RESPONSABILITY OF PUBLIC ADMINISTRATION FOR OUTSOURCED THROUGH THE CONVENTIONALITY

Geraldo Furtado de Araújo Neto\*

Luciani Coimbra de Carvalho\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização trabalhista. 3 A responsabilidade da Administração Pública na visão dos Tribunais. 4 O controle de convencionalidade como instrumento jurídico a ser usado pelas autoridades estatais. 5 Princípio pro persona como medida de efetivação dos direitos humanos no controle de convencionalidade. 6 A responsabilidade da administração pública à luz da convenção 94 da OIT e o controle de convencionalidade. 7 Conclusão.

**RESUMO:** No julgamento da ADC 16 e do RE 760.931, o Supremo Tribunal Federal realizou o controle de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 decidindo pela sua constitucionalidade, afastando-se a hipótese de responsabilidade objetiva da Administração Pública em relação ao terceirizados. O presente artigo tem como problema analisar se o mesmo fato poderia ser decidido sob o viés do controle de convencionalidade com base na Convenção 94 da OIT, e como objetivo geral de verificar se a substituição da técnica de controle de constitucionalidade pela convencionalidade levaria a um resultado diferente. São objetivos específicos investigar a terceirização na Administração Pública, e o uso do princípio pro persona para caso de conflitos entre sistema doméstico e sistema global. O método utilizado foi o dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e histórica. Tem-se como conclusão que pelo controle de convencionalidade seria possível um resultado diferente, de modo a condenar subsidiária e objetivamente a Administração Pública pelos salários inadimplidos da empresa que lhe prestou serviços terceirizados ou, pelo menos, aplicar uma responsabilidade subjetiva com culpa presumida, o que possibilitaria a inversão do ônus da prova.

**Palavras-chave:** terceirização; administração pública; controle de convencionalidade; Convenção 94 da OIT; princípio pro persona.

**ABSTRACT:** *In the judgement of ADC 16 e RE 760.931, the Brazilian Supreme Court did a control of conventionality of article 71, §1º of Brazilian Law 8.666/93, judging for its constitutionality and put away the strict liability of Public Administration in outsourcing. This article aims analyze if the same fact would be judged through the control of conventionality based on Convention 94 of ILO and it has as general goal verify if the substitution of the techniques of control of constitutionality for*

\* Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Doutorando em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de São Paulo.

\*\* Mestre e Doutora em direito do Estado pela PUC/SP. Professora associada da UFMS.

Artigo recebido em 23/09/2022 e aceito em 31/12/2022.

Como citar: ARAÚJO NETO, Geraldo Furtado de; CARVALHO, Luciani Coimbra de. A responsabilidade da administração pública pelos terceirizados sob a ótica da convencionalidade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 111, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*control of conventionality would make a different result. As a specific goal, it will be investigating the outsourcing in Public Administration, and the use of pro persona principle for conflict between domestic system and global system. The used method was the deductive, through the bibliographic and historical research. It has as a conclusion through the control of conventionality a different result would be possible, to condemn subsidiary and objectively the Public Administration for the wages not paid by the company outsourced or, at least, to apply the subjective responsibility with presumed guilty, reversing the burden of proof.*

**Keywords:** *outsourcing; public administration; control of conventionality; Convention 94 of ILO; pro persona principle.*

## INTRODUÇÃO

A terceirização é utilizada no âmbito das relações de trabalho, fazendo com que a empresa tomadora dos serviços envide esforços na sua atividade principal, ao passo que outras atividades são delegadas a terceiros, que possuem maior aprimoramento nesse particular.

Nos casos de inadimplemento das verbas trabalhistas das empresas terceirizadas, os empregados ajuízam ação em face dessas, mas também requerem a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, com base em preceitos próprios do Direito do Trabalho (como o artigo 16, da Lei nº 6.019/74 e artigo 2º, da CLT).

Em interpretação às normas trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 331 anunciando que “o tomador de serviços deve responder objetiva e subsidiariamente pelos débitos trabalhistas por parte do prestador”.

Embora a Administração Pública também se utilize da terceirização, o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 não admitia a responsabilidade objetiva da Administração pelos salários inadimplidos da prestadora de serviço.

A divergência de comandos entre a lei e a súmula citada fez com que a questão chegasse ao Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a ADC 16 (reafirmando seu entendimento, posteriormente, no julgamento do RE 760.931), declarando o dispositivo da antiga Lei de Licitações constitucional e afastando a possibilidade de condenação objetiva e subsidiária da Administração no âmbito da jurisprudência brasileira, permitindo apenas a responsabilidade subjetiva pela não fiscalização adequada do contrato.

A pesquisa desenvolvida tem como problema analisar se o mesmo fato poderia ser decidido sob o viés do controle de convencionalidade com base na Convenção 94 da OIT, e como objetivo geral verificar se a substituição da técnica de controle de constitucionalidade pela convencionalidade levaria

a um resultado igual ou diferente. São objetivos específicos investigar a terceirização na Administração Pública, e o uso do princípio *pro persona* para caso de conflitos entre sistema doméstico e sistema global.

Tem-se como hipótese que, no julgamento da ADC 16 e do Recurso Extraordinário 760.931, o Supremo Tribunal Federal não levou em conta a discussão sobre a incidência de normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil sobre o tema, notadamente as da Convenção 94 da OIT, e que a análise em uma visão pluralista poderia apresentar um resultado diferente.

A pesquisa parte de uma abordagem positivista, a partir do reconhecimento da existência de um sistema multinível de Direitos Humanos, no qual, há um Sistema Global, um Sistema Regional e um Sistema Doméstico que se interrelacionam perante o caso concreto, tendo como objeto de pesquisa fatos que podem ser rigorosamente observados segundo critérios previamente estabelecidos, uma vez que se averiguará o disposto na Convenção 94 da OIT do Sistema Global e normas componentes do Sistema Doméstico Brasileiro.

O trabalho utilizará do método científico dedutivo, por meio do qual passa-se dos argumentos considerados verdadeiros e inquestionáveis, para chegar a conclusões mais formais e lógicas de acordo com as premissas estabelecidas. Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica e documental, pois se recorrerá ao uso de textos de autores em estudos analíticos, bem como uso de textos sem tratamento analítico, como a legislação e a Convenção 94 da OIT.

O objeto de pesquisa deste trabalho será qualitativo, uma vez que se analisará os estudos de especialistas e textos de lei para se chegar à conclusão se com o uso do controle de convencionalidade na responsabilidade da Administração Pública no caso da terceirização seria possível um resultado distinto ou não do STF.

## **1 A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA**

A terceirização é o fenômeno pelo qual insere-se o trabalhador no processo de produção de algum tomador de serviços sem que se estenda a esse último quaisquer laços justralhistas, os quais, na verdade, existem apenas entre o obreiro e uma outra entidade interveniente (DELGADO, 2011, p.

426). Por isso o termo “terceirização”, em vista dessa relação trilateral entre trabalhador, empresa prestadora de serviços e tomador de serviços.

A terceirização traz a ideia de um intermediário na relação, ainda que não se possa falar de estranho à relação jurídica, no caso. O neologismo foi trazido da área da Administração de Empresas, com o intuito de descentralizar atividades empresariais para outras empresas/pessoas que tivessem como objeto tais atividades (DELGADO, 2011, p. 426).

A expressão tem origens no “Toyotismo”, sendo uma alternativa de conformação das empresas, que tentam se desprejar dos imperativos do gigantismo, concentração, centralização e massificação (FELICIANO, 2017, p. 59).

Contudo, são apontadas várias externalidades negativas para a terceirização.

Além de ser uma forma de baratear a mão de obra, pois diminui direitos dos empregados relacionados a vantagens dispostas em instrumentos coletivos; também produz a pulverização dos sindicatos; traz a apatia do trabalhador terceirizado que não se identifica com a empresa; e cria uma maior rotatividade dos trabalhadores, o que dificulta a participação desses nos benefícios pela empresa tomadora de seu trabalho (TEIXEIRA; FABRIZ, 2015, p. 8).

A CLT, em sua promulgação em 1943, fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada (artigo 455 da CLT), englobando também a figura da pequena empreitada (artigo 652, “a”, III, da CLT) (BRASIL, 1943).

A expressão “empreitada” é associada ao âmbito da construção civil, embora seja recorrente o uso para qualquer hipótese de subcontratação. Pode-se dizer que o artigo 455 é pioneiro na chamada terceirização e influenciou a elaboração da súmula 331 do TST (SILVA, 2018, p. 309).

Somente em fins da década de 1960 e início dos anos 1970 é que a ordem jurídica instituiu legislação específica sobre o assunto, embora fosse restrito ao meio público.

O Decreto-Lei n. 200/67 (artigo 10) e a Lei 5.645/70 estimulavam a prática de descentralização administrativa, por meio da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais, apresentando-se como uma indução legal à terceirização de atividades meramente executivas (DELGADO, 2011, p. 427-429).

Com a Lei do Trabalho Temporário (Lei 6.019/74), os trabalhadores passaram a exercer quaisquer atividades possíveis dentro da

empresa contratante, mas com o comando sendo exercido pelo tomador de serviços, o que poderia ser compartilhado, eventualmente e caso a caso, com a empresa prestadora de serviços (VIANA, 2017, p. 87).

Depois, a Lei 7.102/73 passou a autorizar a terceirização permanente do trabalho de vigilância bancária (BRASIL, 1973). Anos mais tarde, a Lei 8.863/94 alargou a possibilidade de terceirização permanente não só para bancos, mas para qualquer instituição e estabelecimento público ou privado (BRASIL, 1994).

Após, a Lei 8.949/94 acrescentou parágrafo único ao artigo 442 da CLT, introduzindo um novo tipo de terceirização, dispondo que “qualquer que seja o ramo de atividades da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela” (BRASIL, 1994).

A fim de pacificar o tema, o TST fixou súmula em 1986, limitando as hipóteses de contratação do trabalhador por empresas interpostas. Dizia a súmula 256 da Corte, em resumo, que salvo os casos previstos nas Leis 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, seria ilícita a contratação de trabalhadores terceirizados e, caso isso acontecesse, haveria formação de vínculo direto entre eles e o tomador dos serviços (BRASIL, 1986).

No entanto, a súmula fixou hipóteses restritivas de terceirização<sup>1</sup>. Assim, em 1993, editou-se uma nova súmula, a 331 (por meio da Resolução 23 do Órgão Especial), conforme a seguir:

- I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário.
- II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.
- III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
- IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (BRASIL, 1993).

---

<sup>1</sup> Tal enunciado foi cancelado, por meio da Resolução 121/2003, do próprio órgão.

Posteriormente, o inciso IV receberia outra redação, agora para abranger, também, os órgãos da administração direta, autárquica, fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista, como responsáveis pelos débitos trabalhistas das empresas terceirizadas, nos termos da Resolução 96, de 11 de setembro de 2000, do TST.

A responsabilidade fixada pelo TST adveio, segundo Delgado, com preceitos próprios ao Direito do Trabalho (como o artigo 16, da Lei nº 6.019/74 e artigo 2º, da CLT, que trata da assunção dos riscos por aquele que toma trabalho subordinado, não eventual, pessoal e oneroso), seja por analogia com preceitos do Direito Comum (artigos 159 e 160, do Código Civil Brasileiro de 1916), sejam em prevalência na ordem jurídica do valor-trabalho e dos créditos trabalhistas CRFB/88: artigo 1º, III e IV; artigo 3º, I, *in fine*, e III, *ab initio*, e IV, *ab initio*; artigo 4º, inciso II; artigo 6º; artigo 7º, *caput*, *in fine*; artigo 7º, VI, VII, X; artigo 100, *ab initio*; artigo 170, inciso III). Isto é, a jurisprudência, segundo o autor, buscou remédios hábeis a conferir eficácia jurídica e social aos direitos laborais oriundos da terceirização (2011, p. 453).

Aparentemente, o artigo 455 da CLT também influenciou o enunciado. Isso porque o mencionado artigo, que fala sobre os contratos de subempreitada, não deixa claro em que termos e condições de inadimplemento o empreiteiro principal responderá pelas obrigações do subempreiteiro perante seus empregados. No entanto, diante do parágrafo único, que menciona a ação de regresso, firmou-se o entendimento pela responsabilidade subsidiária, em vez da solidária, o que foi passado e consagrado, outrossim, na súmula 331 do TST (SILVA, 2018, p. 309).

Em 2017, adveio a Lei 13.467/2017, a qual mudou e inseriu preceitos na Lei 6.019/74, procurando estimular a terceirização no país, valendo ressaltar que a Lei 13.429/2017 já havia alterado a Lei dos Trabalhadores Temporários. Pela nova redação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74, a terceirização lícita é possível em quaisquer das atividades da empresa (BRASIL, 2017).

Não custa mencionar que, anteriormente, a Lei 13.429/2017 já havia adicionado o artigo 5º-A, §5º, na Lei 6.019/74, tendo positivado, enfim, a responsabilidade objetiva e subsidiária do tomador de serviços em relação aos débitos trabalhistas das empresas terceirizadas (BRASIL, 2017).

Com a mudança da legislação, os Tribunais deixaram de utilizar da “construção jurisprudencial” da Súmula 331, a fim de condenarem

objetiva e subsidiariamente o tomador de serviços público no caso de inadimplemento trabalhista por parte das empresas prestadoras.

## 2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

Antes mesmo da edição da súmula 331 pelo TST, havia quem falasse pela impossibilidade de condenação objetiva e subsidiária da Administração, em face do disposto no artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93<sup>2</sup> (BRASIL, 1993), que excluía a responsabilidade da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas das empresas terceirizadas. Vale registrar que a atual redação da “Nova Lei de Licitações”, no que tange à responsabilidade da Administração Pública neste particular, não mudou estruturalmente, conforme estabelece o artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021<sup>3</sup> (BRASIL, 2021). Embora haja a exceção do §2º do mesmo artigo<sup>4</sup>, tal dispositivo é atinente à responsabilidade pelos débitos previdenciários (BRASIL, 2021), o que não produz efeito neste estudo.

Retornando à problemática que existe sobre o tema, Leite dizia que, para a condenação do ente público, dever-se-ia declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo legal (na época, o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93), com base na falta de tratamento isonômico (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88), em detrimento das pessoas físicas e jurídicas do setor privado (LEITE, 2001, p. 35).

Na prática judiciária, o Tribunal Superior do Trabalho - TST e os juízos inferiores julgavam a questão condenando a Administração Pública objetiva e subsidiariamente, com “fundamento” da súmula 331 do TST, deixando de aplicar a redação do dispositivo da Lei 8666/1993. Para muitos, a Corte Trabalhista estava negando o comando do artigo 71, §1º,

<sup>2</sup> Nestes termos: “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

<sup>3</sup> A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis” (BRASIL, 1993).

<sup>3</sup> Nestes termos: “A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo” (BRASIL, 2021).

<sup>4</sup> Nestes termos: “Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado” (BRASIL, 2021).

da Lei nº 8.666/93, sem declarar formalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, fugindo da cláusula de reserva de plenário, disposta no artigo 97, da CRFB/88.

Em 2007, o Governador do Distrito Federal, no âmbito da sua legitimidade, conforme artigo 103, inciso V (BRASIL, 1988) da CRFB/88, propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade de n. 16, sendo que, tanto a União quanto outros entes federativos ingressaram na ADC como *amicus curiae*. O pedido era pela constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93. Segundo o Governador, o dispositivo da lei estava sofrendo ampla retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, em especial o TST (CASTRO, 2015, p. 106).

Ao final do julgamento, o Plenário do STF decidiu que o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 era constitucional, com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, e que o TST não poderia generalizar todas as situações de responsabilidade do Estado, devendo analisar caso a caso se a inadimplência da contratada decorria de alguma omissão estatal (CASTRO, 2015, p. 109).

Segue a ementa do STF:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes a execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de Constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita Do art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995 (BRASIL, 2010).

Em vista desse julgamento e seu caráter vinculante, o TST decompôs o item IV da súmula 331 em dois enunciados, o primeiro para cuidar dos casos de terceirização em geral e um outro item para tratar somente da hipótese em que o tomador dos serviços é a administração pública. E assim ficou:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada (BRASIL, 2011).

Ademais, outra questão tormentosa veio à justiça do trabalho, tendo em vista que essa justiça especializada começou a atribuir o ônus probante da fiscalização à Administração Pública pelo princípio da aptidão para a prova, em vista da própria Lei 8.666/93 que continha dispositivos que exigiam do ente estatal controle do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias (CARVALHO, 2019, p. 197).

Foram utilizadas Reclamações Constitucionais a fim de garantir a autoridade do STF (que, em sede da ADC 16, já havia afirmado que a Administração Pública não poderia ser condenada automaticamente), as quais argumentavam que os juízes e tribunais trabalhistas persistiam na transferência automática de responsabilidade da empresa terceirizada para o ente público (DUARTE NETO; SANCHES, 2019, p. 410). O STF enfrentou a questão no Recurso Extraordinário 760.931.

A relatora do aludido Recurso Extraordinário, Ministra Rosa Weber, afirmou que não poderia o trabalhador ter o ônus de comprovar a culpa na fiscalização da Administração, tendo sido seguida pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais, ao final, ficaram vencidos.

Ressalte-se que alguns outros votos, contrários à tese levantada pela relatora, chegaram a debater sobre a questão referente ao ônus, mas nem todos do Pleno, a ponto de se chegar a uma maioria. Todavia, ao final, pode-se dizer que o STF não enfrentou o tema concernente ao ônus da prova e se limitou a anunciar, mais uma vez, que era vedada a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua responsabilidade quando houvesse prova inequívoca da conduta culposa na fiscalização dos contratos (CARVALHO, 2019, p. 197).

Duarte Neto e Sanches também concluem que a questão do ônus probatório não foi analisada: “No debate específico, voltou-se novamente à questão do que seria culpa, mas não se revisitou a questão do ônus da prova” (2019, p. 411).

Com efeito, como apontam Pritsch, Junqueira e Maranhão, não era para menos, uma vez que a questão do ônus probatório não é matéria constitucional, o que impediria que ela fosse analisada pelo STF, Corte à qual foi dada a missão de conferir unidade ao direito em relação à Constituição (2019, p. 575).

A tese elaborada ao final deixa claro que a questão do ônus probatório não foi o objeto discutido no aludido Recurso Extraordinário:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 2017).

De todo modo, uma leitura atenta dos dois acórdãos deixa certo que o STF não enfrentou a questão do controle de convencionalidade ao caso, passando ao largo desta discussão.

Nesse sentido, Costa e Gomes afirmam que não foi realizado o controle de convencionalidade no julgado da ADC 16 pelo STF. A Suprema Corte teria se limitado a examinar a matéria sob a ótica da Constituição Federal (2016, p. 136). E arrematam “dessa forma, para que a autoridade do julgado na ADC 16 não seja violada, propõe-se uma interpretação do tema à luz da Convenção 94 a fim de estabelecer um novo parâmetro investigativo acerca da responsabilidade em caso de terceirização” (COSTA; GOMES, 2016, p. 136).

Registre-se que nas ações de controle de constitucionalidade, o intento é somente resolver suposta compatibilidade vertical entre uma lei ou ato normativo e uma norma da Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 352), enquanto o controle de convencionalidade se utiliza de outro parâmetro.

### **3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO A SER USADO PELAS AUTORIDADES ESTATAIS**

Em um mundo cada vez mais complexo, os Estados Nacionais entram em concertação a fim de dar conta de uma pluralidade de problemas, confeccionando diversos Tratados, principalmente na ordem dos Direitos Humanos. Nesse compasso, não é incomum que, em algumas vezes, as diversas normas nacionais e internacionais entrem em conflito, razão pela

qual os juízes e intérpretes do Direito devem decidir qual norma prevalece no caso concreto.

No campo da jurisdição constitucional, há um mecanismo apto a organizar e compatibilizar a aplicação das normas jurídicas a partir da Carta Magna. Esse controle se dá na lógica da hierarquia, a partir de um sistema ordenado que parte da Constituição. Eventual descompasso nessa relação de supra e infra ordenação pode levar à inconstitucionalidade da norma (CONCI, 2013, p. 8).

Entretanto, o controle de convencionalidade se estabelece a partir de um critério material e a sua declaração é possível somente quando a proteção do direito internacional dos direitos humanos seja mais efetiva ou é menos restritiva que aquela estabelecida em ato interno. Logo, no que tange ao fluxo normativo, o controle normativo se dá a partir do direito internacional, o que difere substancialmente do controle de constitucionalidade, como se viu acima (CONCI, 2013, p. 10).

O paradigma do controle de convencionalidade é completamente distinto daquele observado no controle de constitucionalidade. Conci denuncia que se o cotejo é feito a partir da Constituição ou de outra norma nacional, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos em sede nacional, não se está a falar em controle de convencionalidade, visto que se parte do critério hierárquico, baseado no pressuposto de supra ou infra ordenação (2013, p. 17).

Pode-se dizer que a hierarquia não importa no controle de convencionalidade. Observada a incompatibilidade entre tratado e norma interna, deve-se passar para a próxima etapa, qual seja, a análise da convencionalidade, sendo averiguado qual instrumento, nacional ou internacional, é mais protetivo aos direitos humanos. Os critérios estruturantes do controle de convencionalidade não são formais, mas materiais ou de conteúdo, tudo com base no princípio *pro persona* (CONCI, 2013, p. 17).

O controle de convencionalidade é a expressão da recepção nacional, sistemática e organizada da ordem jurídica convencional internacional. Esse controle se constitui como garantia do Estado de Direito. Para Ramirez, a doutrina do controle de convencionalidade, bem instrumentado, pode servir como ferramenta para assegurar a ordem jurídica internacional dos direitos humanos (2011, p. 127).

O controle interno de convencionalidade é feito quando as próprias autoridades domésticas realizam esse exercício de compatibilidade entre

normas internas e tratados internacionais de direitos humanos, podendo gerar a declaração de invalidade da norma ou sua convalidação. Esse controle deve ser realizado não só pelas autoridades judiciais, mas também por todas as outras autoridades administrativas (RAMIREZ, 2011, p. 127).

Nesse sentido é Conci, para quem não somente juízes, mas todas as autoridades públicas devem realizar o controle de convencionalidade, como agentes públicos, legisladores, o Presidente da República, entre outros (CONCI, 2014, p. 7).

Frise-se que o controle de convencionalidade não é faculdade, mas dever. Esse exercício tem que ser feito de ofício pelas autoridades domésticas, principalmente pelo Judiciário, ainda que as partes não tenham citado normas de direitos humanos no processo, diante do princípio *jura novit curia* (RAMIREZ, 2011, p. 139-140). No mesmo caminho é Conci (2014, p. 7).

Salazar também defende o exercício de tal controle por todos os agente públicos, não só o Judiciário, ao dizer que:

*La llamada doctrina del “control de convencionalidad” que se puede conceptualizar como aquella obligación que tiene toda autoridad estatal, en el marco de sus funciones, de evaluar la conformidad de la normativa nacional, que aplican en los casos concretos, con los estándares establecidos en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH. Es decir, contrastar la conformidad del derecho interno con el derecho regional de los derechos humanos (2016, p. 71)<sup>5</sup>.*

Por tudo isso, defende-se que os tratados de direitos humanos devem ser do conhecimento de juízes e autoridades nacionais que trabalham com a matéria. Isso não significa, necessariamente, que o intérprete deverá aplicar essas normas em todas as situações, mas elas servirão como patamar mínimo de proteção e fixarão o marco do controle de convencionalidade (RAMIREZ, 2011, p. 134).

Além das convenções e tratados, são fontes as declarações, estatutos, regulamentos, opiniões consultivas, sentenças, resoluções jurisdicionais, recomendações, informes, princípios, relatorias, conclusões de encontros internacionais e assim sucessivamente (RAMIREZ, 2011, p. 134).

---

<sup>5</sup> Tradução nossa: “A chamada doutrina do controle de convencionalidade, o qual se pode conceituar como aquela obrigação que tem toda autoridade estatal, no exercício de suas funções, de avaliar a conformidade da normativa nacional, que se aplica aos casos concretos, com os padrões estabelecidos na CADH e na jurisprudência da Corte IDH. Isto é, contrastar a conformidade do direito interno com o direito regional dos direitos humanos.”

Portanto, além do conhecimento sobre as normas internacionais, o intérprete deve prestar atenção na jurisprudência e outras manifestações das Cortes Internacionais, intérpretes autênticas desses dispositivos.

Marino e Carvalho afirmam, quando abordam o respeito às decisões e fundamentações da Corte Internacional de Direitos Humanos, que a vinculação dos juízes às interpretações dessa última é uma consequência da própria aceitação da jurisdição do tribunal interamericano e admitir a eficácia da fundamentação da Corte apenas fortalece o diálogo institucional (2020, p. 86-87).

De todo modo, cabe dizer que as normas internacionais de direitos humanos têm natureza complementar, isto é, primeiro se espera que o Estado resolva a questão no âmbito interno e, somente se for necessário, a norma internacional de direitos humanos atuará.

Além disso, para o referido controle, pouco importa o respeito ao procedimento do artigo 5º, §3º, da CF, pois é mediante a ratificação do tratado internacional que se dá início ao fluxo normativo entre normas internas e externas, a fim de estabelecer qual é a norma mais protetiva (CARVALHO; ARAÚJO NETO, 2019, p. 7).

Isto é, tem-se que o controle pode ser feito a partir da ratificação pelo Congresso, não havendo necessidade de depósito e da promulgação de decreto presidencial. Para Conci, é ilógico que internacionalmente o Estado já esteja sendo obrigado, mas internamente não valha a lei internacional. Sendo assim, a produção de efeitos jurídicos pelo tratado internacional de direitos humanos em sede internacional já basta para que possam todas as autoridades, nacionais ou internacionais, exercer o controle de convencionalidade (2014, p. 8).

Ademais, não basta a efetiva aplicação do controle de convencionalidade. Conci defende que o Estado Nacional procure um diálogo entre as cortes nacional e internacional, de modo a uniformizar o que vem se chamando de rede de proteção dos direitos humanos (CONCI, 2014, p. 4).

Conforme Souza e Gonçalves:

Portanto, é possível verificar que o diálogo judicial é um instrumento decisivo na fundamentação das decisões em matéria de direitos humanos – observando o Sistema Interamericano, no caso – e, principalmente, fornece argumentação para criação e evolução de direitos anteriormente interpretados de forma restritiva. E mais, a abertura do sistema interno possibilita que o sistema

jurídico esteja apto a incorporar institutos como o controle de convencionalidade, promovendo a proteção dos direitos humanos em âmbito nacional (2016, p. 29).

Entende-se por “rede” aquele conjunto de ferramentas, instituições ou pessoas, relacionadas ou organizadas, formal ou informalmente, para a consecução de um determinado fim ou objetivo comum. No caso dos Direitos Humanos, a rede se forma com o objetivo de protegê-los de forma cooperada (CARVALHO; ARAÚJO NETO, 2019, p. 9).

Logo, as diversas legislações sobre Direitos Humanos e os diálogos entre as Cortes sobre essas normas de proteção configuram o que se chama de “rede de proteção”. Isto é, a compreensão e aplicação da interpretação dada pela Corte Internacional responsável é salutar para que o Estado consiga dar o real alcance da norma em seu território, reforçando a “rede de proteção”.

No dizeres de Alvarado, essa rede de proteção é de forma multinível. Nessa rede há a articulação em vários níveis dos atores e entre eles não há qualquer relação de hierarquia. O objetivo principal da rede é a harmonização dos ordenamentos jurídicos a fim de proteger efetivamente os indivíduos por meio da aplicação efetiva do controle de convencionalidade e atendimento das interpretações das Corte internacionais (2015, p. 268-269).

No âmbito americano, existem normas que permitem a interação judicial e os juízes e autoridades estatais são chamados a considerar a jurisprudência interamericana em virtude das ordens vinculantes dadas pelos juízes interamericanos em um caso específico (ALVARADO, 2015, p. 257-258)

O controle de convencionalidade, desde que feito com seriedade, competência e acerto, favorece o diálogo da jurisprudência e fortalece essa rede de proteção. Além disso, enriquece e impulsiona a cultura jurídica, com um projeto favorecedor do ser humano (RAMIREZ, 2011, p. 129), no sentido de acostumar os intérpretes no manejo dos diversos tratados internacionais de direitos humanos, o que os levará, por conseguinte, a observar as interpretações das Corte internacionais sobre essas mesmas normas.

Nesse sentido é Bazan que, ao abordar o sistema interamericano, diz que o controle de convencionalidade somente será efetivo se os juízes nacionais observarem o que decidem nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como os pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (BAZAN, 2015, p. 37). Assim, o

fortalecimento do sistema se dá com base na articulação e cooperação entre as Cortes internacionais e nacionais.

Nas palavras de Conci, citando o diálogo regional americano:

Assim, é dever dos juízes nacionais respeitarem, não somente os tratados internacionais de direitos humanos, mas, também, e para além desse dever, estarem atentos aos precedentes criados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do momento em que esses Estados nacionais aderiram aos procedimentos e aceitaram a jurisdição da Corte IDH. (2014, p. 7)

Pelo exposto, pode-se dizer que o controle de convencionalidade está inserido na rede de proteção referida acima, devendo ser exercido pela Cortes nacionais e pelos agentes estatais que trabalham na proteção dos direitos humanos, tendo sempre em mente a norma que melhor protege o indivíduo, independentemente da hierarquia, com a aplicação do princípio *pro persona*, cujo delineamento e justificativa para sua aplicação será visto a seguir.

#### **4 PRINCÍPIO *PRO PERSONA* COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

As duas teorias tradicionais que explicavam o processo de integração das normas internacionais e nacionais eram a monista e a dualista.

Para o monismo, há um sistema normativo único e em caso de conflitos de normas, há uma primazia de uma ordem sobre outra. Porém, dentro do sistema há suas próprias variações, de modo que na corrente internacionalista deixa certa a prevalência do direito internacional, enquanto na corrente nacionalista há inclinação para o direito interno (PEREIRA; QUADROS, 1993, p. 82-84).

Por outro lado, o dualismo admite a existência de dois sistemas separados, na medida em que o compromisso internacional de um Estado não gera efeito imediato na ordem jurídica nacional. Para que isso aconteça, é necessária uma recepção formal do legislador, de modo que a partir daí não há falar em conflito entre normas interna e externa, mas sim entre duas normas nacionais (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 5).

Todavia, esses sistemas devem ser substituídos pelo pluralismo jurídico, o qual é capaz de explicar, no âmbito jurídico, o vínculo entre

as Constituições Nacionais e os fenômenos internacionais. Em vez de uma pirâmide, pensa-se em um “acoplamento” de normas (BOGDANDY, 2012, p. 23), fugindo-se do pensamento cartesiano.

A ideia de pluralismo não implica uma estrita separação entre regimes jurídicos, mas promove a ideia de que existe uma interação entre os distintos ordenamentos jurídicos. Assim, nenhuma Constituição é um universo em si: é mais um elemento do pluralismo normativo (BOGDANDY, 2012, p. 26).

Nesse sentido, ainda, Carvalho e Calixto:

O pluralismo jurídico, dessa forma, oferece um melhor marco conceitual para a análise dos problemas e para a formulação de propostas, diferente da reclamação da autoridade última do Estado ou da sua reconstrução a nível supranacional. Referido conceito prescreve a necessidade de análise dos diversos dispositivos normativos existentes, sejam esses nacionais ou internacionais, para, a partir do estabelecimento de um diálogo, buscar a norma ou interpretação do direito que melhor garanta a efetividade dos Direitos Humanos (2017, p. 14).

Nesse passo, se a garantia dos direitos humanos é uma das missões do Estado de Direito, pode-se deduzir que, em caso de conflito, deve prevalecer a norma que melhor protege o direito humano. Isso se depreende do disposto nos artigos 4º, inciso II e 5º, § 2º, da Constituição da República Brasileira de 1988; 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 29 e 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Para Henderson, tendo como base o disposto no artigo 31 da Convenção de Viena - pelo qual um Tratado deve ser interpretado de boa-fé e conforme objetivo e finalidade da norma - os Tratados de Direitos Humanos objetivam conferir direitos aos indivíduos em relação ao Estado (2004, p. 88), razão pela qual a aplicação do princípio *pro persona* é, por consequência, medida que se impõe nessas questões.

O autor ainda cita, como fonte de onde se extrai o princípio, o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, o artigo 41 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças e artigo 1.2 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis (2004, p. 90).

O princípio foi conceituado pelo Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Juiz Rodolfo E. Piza, na Opinião Consultiva oc-7/86, de 29 de agosto de 1986, para quem:

*[Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción (apud URQUIAGA, 2013, p. 17)<sup>6</sup>*

Nesse contexto, segundo Henderson, a correta forma de interpretação das normas é aplicar o princípio *pro persona* ou *pro homine*, pelo qual, em um determinado caso concreto, o intérprete deve escolher a norma que contenha proteções maiores ou mais favoráveis ao indivíduo ou vítima em relação a seus direitos, independentemente de sua hierarquia ou fonte de produção (2004, p. 93). Ainda segundo o autor:

*De la lectura de estos instrumentos internacionales resulta evidente que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor proteja al individuo o la víctima de una violación a sus derechos humanos. Este principio de interpretación pro homine, debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos (2004, p. 91).<sup>7</sup>*

Para o autor, isso é o mesmo que acontece em outras áreas do Direito. Exemplificadamente, no Direito do Trabalho existe o princípio *pro operario*, pelo qual, em caso de dúvidas na interpretação, escolhe-se aquela que melhor protege o obreiro. Pelo mesmo motivo, o princípio *pro persona* exsurge como máxima nos casos de Direitos Humanos, devendo

---

<sup>6</sup>Tradução nossa: “Um critério fundamental que impõe a natureza dos direitos humanos, o qual obriga a interpretar extensivamente as normas que os consagram ou ampliam e restritivamente os que os limitam ou restringem. Desta foram, o princípio *pro persona* conduz à conclusão de que a exigibilidade imediata e incondicional é a regra e seu condicionamento a exceção.”

<sup>7</sup>Tradução nossa: “Da leitura dos instrumentos internacionais resta evidente que o objetivo primordial é reconhecer direitos ao ser humano, motivo pelo qual a interpretação deve fazer-se a favor do indivíduo, ou em outras palavras, deve fazer-se aquela que melhor protege o indivíduo ou a vítima de uma violação de direitos humanos. Este princípio de interpretação *pro homine* deve ser inspirador do direito internacional dos direitos humanos e representar uma fundamental e indispensável regra de hermenêutica no momento da aplicação dos tratados internacionais dos direitos humanos nos tribunais internos”.

ser escolhida a norma que melhor protege o indivíduo em caso de conflito entre normas. (HENDERSON, 2004, p. 93).

Esse princípio também impõe interpretações que privilegiam o ser humano, de modo que, além de prevalecer as normas que ampliam direitos, em detrimentos daquelas que restringem, as regras específicas mais protetivas devem se sobrepor às regras genéricas. Seria possível a aplicação, ainda, de normas de uma comunidade ou povo, desde que essas fossem mais benéficas ao ser humano, quando comparadas às normas estatais (PINTO, 1997, p. 164-165).

Segundo Conci:

O inter-relacionamento entre normas nacionais e interamericanas se dá mediante uma análise prevalentemente substancial, é dizer, a norma de direitos humanos mais favorável (mais protética ou menos restritiva) ao indivíduo deve prevalecer, de modo que se dê primazia à dignidade da pessoa humana (2014, p. 6).

O princípio em voga faz exigir do intérprete que ele alargue o alcance da norma, quando se falar em proteção, mas se o assunto for a restrição de direitos, impede que ele faça qualquer interpretação ampliativa, de modo que, nesse último caso, deve ele se ater aos exatos termos da regra (CONCI, 2014, p. 9).

Pelo exposto, como estudado, o princípio *pro persona* tem esteio na legislação nacional e internacional, fazendo com que o jurista aplique a norma mais protetiva independentemente da hierarquia e interprete a norma de modo mais benéfico ao indivíduo.

## **5 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONVENÇÃO 94 DA OIT E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Os direitos humanos têm como característica seu surgimento conforme as exigências e demandas por melhores condições de vida da sociedade e a depender de cada época da humanidade. Os direitos humanos, assim, são resultado das pressões e conflitos sociais, razão pela qual eles tem ligação com a política, a qual lida com conflitos que nunca se resolvem (BOBBIO, 2015, p. 205). Os direitos sociais (também chamados de segunda geração ou dimensão) dominaram o século XX do mesmo modo que os ditos direitos de primeira geração (como a liberdade) dominaram o século XIX. Assim como os primeiros direitos humanos, esses direitos foram objeto de

formulação filosófica e de acentuado caráter ideológico. Foram proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e nas constituições da social-democracia (a de Weimar, principalmente) (BONAVIDES, 2007, p. 564).

Os direitos humanos são históricos, portanto, pois decorrem de lutas e conquistas dos cidadãos em busca de melhores condições de vida. Os direitos sociais são frutos de várias lutas travadas a partir do século XIX, o que apenas evidencia que os tratados de direito do trabalho devem ser considerados como tratados sobre direitos humanos (CARVALHO; ARAÚJO NETO, 2018, p. 278).

A OIT contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Criada após a Primeira Guerra Mundial, tem por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (PIOVESAN, 2010, p. 119).

No mesmo sentido está Delgado, o qual diz que, uma vez que as normas dispostas nas ditas convenções tratam de direitos humanos, em caso de aparente conflito entre as regras internacionais e as regras locais, deve prevalecer o princípio da norma mais favorável ao trabalhador (2011, p. 154) – que nada mais é que a aplicação do princípio *pro persona*.

Por outro lado, vale frisar que a Convenção 94 da OIT é relativa a cláusulas de trabalho nos contratos de “autoridade pública”, ou seja, rege os contratos dos trabalhadores que, de alguma forma, prestam serviços à Administração Pública. Foi aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1949, e que entrou em vigor no plano internacional em 20 de setembro de 1952. No plano interno, ela foi ratificada pelo Congresso por meio do Decreto legislativo nº 20 de 18/06/1965, sendo posteriormente editado Decreto Presidencial que autorizava a execução e cumprimento da Convenção em 14/07/1966.

O artigo 2º, item 1, da Convenção<sup>8</sup> deixa certo que os contratos administrativos garantirão condições de trabalho aos terceirizados não menos favoráveis do que aquelas dispostas aos trabalhadores da mesma situação no âmbito privado (CONVENÇÃO 94 DA OIT, 1949).

Para se verificar o alcance da norma internacional, destaca-se o disposto no Informe da Comissão de Peritos de 2008 (durante a reunião

---

<sup>8</sup> Nestes termos: “Os contratos aos quais se aplica a presente convenção conterão cláusulas garantindo aos trabalhadores interessados salários, inclusive os abonos, um horário de trabalho, e outras condições de trabalho que não sejam menos favoráveis do que as condições estabelecidas para um trabalho da mesma natureza, na profissão ou indústria interessada da mesma região” (CONVENÇÃO 94 DA OIT, 1949).

anual da Conferência Internacional do Trabalho), item 101, sobre a as intenções do artigo 2, da referida convenção.

*En lo que respecta a las cláusulas de trabajo incorporadas en los contratos públicos, la Comisión, sobre la base de las informaciones de que dispone, puede distinguir tres modelos. El primero consiste en cláusulas en conformidad con los requisitos del Convenio dado que requieren que el contratista respete la norma más alta fijada en el plano local. El segundo consiste en cláusulas que figuran en los contratos públicos en las que se reitera la obligación del contratista de respetar la legislación nacional (en ciertas oportunidades se menciona específicamente la legislación laboral y la legislación del empleo), y, por tanto, prevén reparaciones por incumplimiento de contrato, además de los procedimientos de reparación previstos en la legislación laboral. El tercero consiste en cláusulas generales, en condiciones contractuales o en procedimientos de licitación que, si bien no están concebidos para tratar cuestiones relacionadas con las condiciones del trabajo, pueden no obstante utilizarse para ese fin. Sólo el primero de estos modelos corresponde a las exigencias específicas del Convenio núm. 94 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2008).<sup>9</sup>*

Isto é, para a aplicação correta da Convenção 94 da OIT, conforme interpretação da Comissão de Peritos (a intérprete autêntica das Convenções da OIT), devem ser administradas as normas mais protetivas aos empregados de empresas contratadas pela Administração Pública, não importa onde estejam, se na legislação nacional ou tratado internacional.

A Comissão de Peritos, ainda que não seja órgão jurisdicional, assemelha-se ao Judiciário, pois sua atuação se funda em norma jurídica e são levados a cabo por personalidades independentes, que adotam procedimentos que seguem os princípios gerais do Direito (PORTELA, 2010, p. 384).

<sup>9</sup> Tradução livre: Em respeito às cláusulas de trabalho incorporadas nos contratos públicos, a Comissão pode distinguir três modelos. O primeiro consiste em cláusulas em conformidade com os requisitos do Convênio dado que requerem que o contratado respeite a norma mais protetiva fixada no plano local. O segundo consiste em cláusulas que figuram nos contratos públicos em que se reitera a obrigação do contratado de respeitar a legislação nacional e, portanto, preveem reparações por descumprimento do contrato, além das reparações previstas na legislação laboral. O terceiro, consiste em cláusulas gerais, em condições contratuais ou em procedimentos de licitação que, ainda que não concebidos para tratar de questões relacionadas com as condições do trabalho, podem, entretanto, utilizar-se para esse fim. Apenas o primeiro destes modelos corresponde às exigências específicas da Convenção núm. 94.

No mesmo sentido, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Lélío Bentes Côrrea, ao dizer que:

A Comissão de Peritos é uma fonte de interpretação autêntica das normas internacionais porque é composta por juristas independentes. As observações da Comissão de Peritos são submetidas à Comissão de Normas, que é tripartite e se reúne durante a Conferência Internacional do Trabalho da OIT, em Genebra, sempre no mês de junho (2009).

Como já explanado anteriormente, a Lei 13.429/2017 introduziu o artigo 5º-A, §5º, na Lei 6.019/74, positivando a responsabilidade objetiva e subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços (BRASIL, 2017).

Assim, se os trabalhadores que prestam serviços a tomadores privados têm a garantia da responsabilidade subsidiária automática, sem necessidade de comprovação de culpa da tomadora, com a mesma razão, nos termos da mencionada norma internacional, devem os trabalhadores que prestam serviços à Administração Pública ter a mesma garantia. Isto é, com base na leitura do artigo 2º da Convenção 94 da OIT (que atrai a aplicação analógica do disposto no artigo 5º-A, §5º, na Lei 6.019/74), tem-se que a norma internacional é mais protetiva ao conjunto de trabalhadores da Administração Pública que o disposto no artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021 (que, reitera-se, repetiu os termos do 71, §1º, da Lei 8.666/93).

Além disso, a Convenção 94 obriga o Estado que a ratificou e que contrata trabalhadores terceirizados a adotar medidas que garantam efetivamente os salários aos obreiros, segundo diz o item 2, do art. 5º<sup>10</sup>(CONVENÇÃO 94 DA OIT, 1949).

Do jeito que ocorre com o artigo 2º, da Convenção, considera-se que o artigo 5º é mais protetivo que o disposto 121, §1º, da Lei 14.133/2021, porquanto estipula cláusula internacional que garante aos trabalhadores que prestam serviços à Administração seus salários, por quaisquer meios legalmente permitidos, inclusive a retenção dos pagamentos devidos em função do contrato da prestadora com a Administração.

É possível dizer que a Convenção mencionada, em seu artigo 5º, item 2, exige que o Estado adote medidas a fim de permitir que os trabalhadores

---

<sup>10</sup> Nestes termos: “Medidas apropriadas serão adotadas, seja pela retenção dos pagamentos devidos em função dos termos do contrato, seja por qualquer outra maneira, a fim de permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito” (CONVENÇÃO 94 DA OIT, 1949).

recebam os salários a que tem direito, pelo menos, nas mesmas condições dos trabalhadores de empresas terceirizadas do âmbito privado.

Se a Administração não foi capaz de evitar o inadimplemento e prejuízo dos trabalhadores, em vista da atitude danosa da empresa prestadora de serviços contratada, uma vez que não conseguiu “permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito” deve ter, pelo menos, a culpa presumida imputada.

Aliás, cite-se Instrução Normativa nº 06 (BRASIL, 2018), expedida pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para cumprimento da Convenção 94 da OIT, a qual dispõe em seu artigo 2º, inciso IV, §§1º e 2º que, caso não haja comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas pelas empresas terceirizadas, poderá o ente público reter a fatura mensal e, caso não feita a regularização em 15 dias, realizar o pagamento direto aos trabalhadores.

Assim, a Administração Pública Federal assumiu a intenção da Convenção 94 da OIT, a partir do momento em que chamou para si a responsabilidade do pagamento dos trabalhadores terceirizados.

No mesmo sentido é Coelho, o qual afirma que a Administração Pública sempre tem responsabilidade pelos salários dos trabalhadores da empresa prestadora de serviços, devendo atuar de modo a garanti-los e, se necessário, tomar medidas mais extremas, como é o caso do pagamento direto aos trabalhadores. É o que diz:

Deste modo, é certo que o poder público sempre tem responsabilidade pelo recebimento dos créditos trabalhistas dos terceirizados que lhe prestam serviços, devendo ser adotada todas as medidas necessárias, sejam as preventivas, de retenção das faturas, sejam as mais extremas, de pagamento direto pelo próprio ente contratante. Assim afirmamos porque a convenção 94 neste ponto não dá outra diretriz a ser cumprida pelo poder público que não seja garantir de alguma maneira o recebimento dos salários e vantagens trabalhistas por parte do terceirizado inserido em seus contratos com particulares (2012).

Outrossim, destaca-se importante julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, no qual decidiu-se que:

Ademais, incumbe ao Poder Judiciário garantir a efetividade das normas da Convenção nº 94 da OIT, que versa as cláusulas de trabalho em contrato com órgãos públicos. Trata-se de tratado internacional de direitos humanos devidamente ratificado pelo

Brasil, passando a integrar o bloco de constitucionalidade de nosso sistema legal, ou, ao menos, contar com estatura de norma suprallegal e hierarquicamente superior à da Lei de Licitações. Portanto, a definição acerca da existência de responsabilidade dos entes da Administração Pública deve se fazer a partir da análise de sua conduta em cada caso concreto, arcando com o ônus de provar que cumpriu com os deveres que lhe cabiam, para assegurar o respeito aos direitos trabalhistas dos prestadores de serviços. Estabelece a norma do art. 5º da Convenção 94, em seu ‘medidas apropriadas serão adotadas, seja pela retenção dos pagamentos devidos em função dos termos do contrato, seja por qualquer outra maneira, a fim de permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que tem direito.’ Compulsando os autos, verifico que a 2ª reclamada não demonstrou a adoção de medidas apropriadas para assegurar o recebimento dos direitos trabalhistas devidos à reclamante. A retenção de valores, segundo a importância mencionada na defesa, mostra-se francamente insuficiente para fazer frente aos direitos trabalhistas dos 16 (dezesseis) empregados da primeira reclamada que lhe prestavam serviços. A 1ª reclamada abandonou a prestação de serviços no dia 08.01.2013, bem como deixou de realizar o pagamento dos salários de seus empregados, o que levou a 2ª reclamada a instaurar processo administrativo destinado à rescisão unilateral do contrato e aplicação de penalidades, isso em 18.01.2013 (fls. 72/74 e 80/81). Ocorre que tal medida não se mostra suficiente, tampouco apropriada para assegurar o respeito aos direitos trabalhistas da reclamante, não atendendo à obrigação prevista no art. 5º, item 2, da Convenção 94/OIT. Necessário seria, para tanto, o estabelecimento de mecanismos como a retenção de valores, a exigência de caução ou mesmo de contrato de seguro, em valores consentâneos com a realidade do contrato de prestação de serviços celebrado, observado o número de trabalhadores envolvidos e as obrigações trabalhistas correspondentes, inclusive direitos rescisórios. A 2ª reclamada, portanto, não se desincumbiu do ônus que lhe competia, haja vista que não fez prova da adoção das medidas apropriadas, importa dizer, eficazes, exigidas pela norma do item 2 do art. 5º da Convenção 94/OIT (BRASIL, 2013).

No caso, portanto, o TRT entendeu que a retenção de valor pela Administração não foi satisfatória a fim de garantir o pagamento de 16 trabalhadores da empresa contratada prestadora de serviços. Disse o relator que outras medidas poderiam ter sido tomadas, como a caução ou

contrato seguro, a fim de garantir o pagamento dos salários. Logo, para o TRT, medidas apropriadas são aquelas que garantam, de fato, os salários dos trabalhadores em caso de inadimplemento da empresa terceirizada. Se os trabalhadores deixaram de receber seus direitos é porque as medidas adotadas pela Administração Públicas não foram suficientes, deixando ela de aplicar de forma correta a referida Convenção 94 da OIT.

Assim, se a Administração foi ineficiente para evitar o inadimplemento da empresa terceirizada, não logrou êxito em cumprir o item 2, do artigo 5º, devendo ser responsabilizada objetivamente ou, pelo menos, na forma de culpa presumida, o que resulta em inverter o ônus probatório em favor dos empregados.

Do ponto de vista do controle de convencionalidade, resta dizer que o artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021 (assim como acontecia com o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/94) é inconveniente e inválido, pois menos protetivo aos direitos humanos sociais.

Muito além da mera questão de ônus probatório ser do trabalhador ou da Administração Pública, entende-se que a responsabilidade da Administração é objetiva.

Defende-se isso com base no artigo 2º, que exige que sejam dadas as mesmas condições de labor dos trabalhadores terceirizados privados aos trabalhadores terceirizados da Administração Pública, o que leva a reconhecer o direito à responsabilidade objetiva do tomador público, em vista da aplicação analógica do artigo 5º-A, §5º, na Lei nº 6.019/74.

Ainda que assim não fosse, o artigo 5º da referida Convenção exige da Administração Pública a garantia de salário dos trabalhadores terceirizados, seja com retenção do valor ou pagamento direto dos trabalhadores, atuando o ente administrativo como garantidor dos salários, em situação semelhante a um fiador. Caso haja inadimplemento dos salários dos obreiros, a Administração Pública teria responsabilidade objetiva ou, no mínimo, culpa presumida, invertendo-se o ônus probante em favor dos empregados.

No sentido acima está tese aprovada junto ao XVI CONAMAT (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), de autoria do Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Fabiano Coelho de Souza, sobre o controle de convencionalidade do artigo 71, da Lei nº 8.666/93 com base na Convenção 94 da OIT. Segue a ementa:

Ementa: Controle de convencionalidade do Art. 71 da Lei 8.666/93. Questão não enfrentada pelo STF quando do julgamento da ADC 16. Prevalência da responsabilidade da

Administração Pública na condição de tomadora de serviços em relação aos créditos dos trabalhadores terceirizados, incluindo matéria acidentária e prestação de serviços em contratos de obras. Aplicação da Convenção 94 da OIT, sobre cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos, tratado internacional de direitos humanos devidamente ratificado pelo Brasil, e integrante do bloco de constitucionalidade ou, ao menos, com estatura de norma supralegal e hierarquicamente superior à Lei de Licitações (CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2012).

O autor da proposta da tese acima exposta esclarece ainda mais, a respeito do referido artigo 2º:

O aspecto fundamental da Convenção 94 é que o trabalhador terceirizado no setor público não pode desenvolver o trabalho em condições que sejam menos favoráveis do que as estabelecidas para um trabalho da mesma natureza, na profissão ou indústria interessada da mesma região (Art. 2-1). Com isso, o controle de convencionalidade do Art. 71 da CLT traz insita a conclusão de que não é possível fragilizar a proteção ao crédito do trabalhador terceirizado em relação aos empregados da iniciativa privada. Assim, se o ordenamento jurídico permite a imposição de responsabilidade objetiva ao tomador de serviços esta é a medida de proteção a ser aplicada aos terceirizados no setor público (COELHO, 2012).

Cabe mencionar neste artigo a teoria que vem sendo aplicada no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, chamada “margem de apreciação nacional”. Ela diz respeito à possibilidade de estabelecer espaços de manobra concedidos aos órgãos nacionais quando essas autoridades estão cumprindo, de alguma maneira, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (VASEL, 2009, p. 192).

No entanto, a margem de apreciação vem sendo realizada em questões relacionadas à moral, de modo que as normas de Direitos Humanos necessitam ser interpretadas progressivamente, permitindo a conjugação da universalidade desses direitos com as especificidades culturais (NASPOLINI; SILVEIRA, 2016, p. 87)

Não é o caso, obviamente, porque além de se tratar de direito internacional do trabalho, e não uma norma sobre questão moral, a norma nacional não complementa ou inicia a execução de um intento da Convenção 94 da OIT, pelo contrário, a afronta.

Assim, uma vez que o artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021 é posterior à ratificação da Convenção 94 da OIT e menos protetivo que essa, tem-se como imperativo entendê-lo como inconveniente, inválido e ineficaz ou interpretá-lo em uma responsabilidade subjetiva com inversão de ônus da prova comumente aplicada à Administração Pública em casos de omissão.

## CONCLUSÃO

A terceirização é instrumento importante e usado pela Administração Pública, passando para empresas outras a realização de determinadas atividades inerentes a seu mister. No entanto, quando a empresa terceirizada não adimple com suas obrigações trabalhistas, os seus empregados tendem a ajuizar ação contra a real empregadora, mas pedindo a responsabilidade da Administração Pública.

O STF, por meio da ADC 16, juntamente com Recurso Extraordinário 760.931, decidiu que não pode a Administração Pública ser condenada subsidiariamente de forma automática, sem a caracterização da culpa do ente no ato da fiscalização do contrato, tendo por fundamento o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 (vigente à época), o qual foi declarado compatível com a Constituição da República, que se localiza acima da legislação ordinária.

Contudo, conforme o raciocínio utilizado neste trabalho, a análise do STF se restringiu ao controle de constitucionalidade, no qual a verificação de compatibilidade se dá pelo critério hierárquico, não tendo sido realizado o controle de convencionalidade, pelo qual aplica-se a norma mais protetiva em matéria de direitos humanos.

Com espeque na Convenção 94 da OIT, em seu artigo 2º, pode ser exigido da Administração o pagamento das verbas trabalhistas devidas quando a empresa prestadora de serviços for inadimplente, sem necessidade de aferimento da culpa na fiscalização do contrato.

O artigo mencionado diz que os empregados que prestam serviços à Administração Pública não podem ter garantia inferior àquela que possuem os empregados terceirizados que prestam serviços na seara privada.

Logo, deve ser aplicado analogicamente o disposto no artigo 5º-A, §5º, na Lei 6.019/74, o qual deixa claro que todo o tomador de serviços é responsável subsidiariamente e objetivamente pelos salários inadimplidos pela empresa prestadora de serviços.

Ademais, com base no artigo 5º, item 2, da Convenção mencionada, é possível chegar à conclusão que a Administração Pública

se responsabiliza pelo recebimento dos haveres trabalhistas, de modo que se não se utilizou dos instrumentos necessários, a fim de evitar o inadimplemento, deve ser responsabilizada de forma objetiva ou, pelo menos, na forma de culpa presumida.

Com base no controle de convencionalidade aqui defendido, deve o intérprete escolher a norma que melhor protege o direito humano, no caso, o trabalhador. Portanto, a Convenção 94 da OIT, quanto aos artigos analisados, é mais protetiva que o artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021 (que manteve o teor do artigo 71, §1º, da revogada Lei 8.666/93), tornando esse dispositivo inconveniente, e também inválido, enquanto viger a norma internacional.

Vale ressaltar que não se está pondo em xeque a decisão do STF na ADC 16 e RE 760.931. Frise-se que a defesa da aplicação da Convenção 94 da OIT não esbarra na decisão do STF, pois não se duvida da compatibilidade constitucional vertical entre o artigo 71, §1º, da antiga Lei nº 8.666/93 e a CRFB/88.

Este trabalho se utiliza de uma abordagem no controle de convencionalidade, não tendo havido qualquer contestação quanto à constitucionalidade ou não do artigo da Lei de Licitação. Conforme se viu aqui, o controle de convencionalidade não parte de um critério hierárquico, mas material, razão pela qual sua técnica é bem distinta daquela vista no controle de constitucionalidade. O ponto central no controle de convencionalidade, assim, é a aplicação da norma que melhor protege o direito humano, independentemente da hierarquia que ocupa.

Por isso tudo, entende-se que o trabalho desenvolveu sua pesquisa tendo sua meta alcançada, porquanto a aplicação do controle de convencionalidade poderia gerar um resultado diferente do controle de constitucionalidade feito pelo STF na ADC 16 e RE 760.931, possibilitando condenar subsidiária e objetivamente a Administração Pública pelos salários inadimplidos da empresa que lhe prestou serviços terceirizados ou, pelo menos, aplicar uma responsabilidade subjetiva com culpa presumida, o que possibilitaria a inversão do ônus da prova.

## REFERÊNCIAS

ALVARADO, P. A. A. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. *In: MEZZETTI, L.; CONCI, L. G. A (org). Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2015. p. 253-415.

BAZAN, V. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 19, p. 25-70, 2015.

BOBBIO, N. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BOGDANDY, A. Del Paradigma de la Soberanía Al Paradigma del Pluralismo Normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el Derecho Internacional y los Ordenamientos Jurídicos Nacionales. *In*: CLERICO, Laura. **Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional**. Buenos Aires: Eudeba, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República, [1943]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.102, de 20 de Junho de 1973**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1973]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17102.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17102.htm). Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256**. Brasília, 02 de outubro de 1986. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-256](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256). Acesso em: 1 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Brasília, 1993. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1993]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 31 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.863, de 28 de Março de 1994**. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Brasília: Presidência da República, [1983]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8863.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8863.htm). Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.949, de 9 de Dezembro de 1994**. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Brasília: Presidência da República, [1994]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8949.htm). Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16**. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em: 6 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução 174**. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso em: 2 set. 2022

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (18. Região). **Recurso Ordinário** (0000191-62.2013.5.18.0002). Recorrente: Ana Carolina dos Santos. Recorrida: União e outros Relator: Marcelo Nogueira Pedra (Juiz Convocado). Goiânia, 09 de dezembro de 2013. Disponível em: [https://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam;jsessionid=3F54C0D938C2E58947BCA08461C82F94.consultasportal-86b8f57799-9mjj2?p\\_num\\_dist=0&p\\_num\\_trt=5717&p\\_ano\\_trt=2013&p\\_tipo\\_trt=RO&p\\_grau\\_pje=2&dt\\_autuacao=30%2F07%2F2013&conversationPropagation=begin](https://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam;jsessionid=3F54C0D938C2E58947BCA08461C82F94.consultasportal-86b8f57799-9mjj2?p_num_dist=0&p_num_trt=5717&p_ano_trt=2013&p_tipo_trt=RO&p_grau_pje=2&dt_autuacao=30%2F07%2F2013&conversationPropagation=begin). Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 760.931**. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e outros. Relator: Rosa Weber. Redator do Acórdão: Luiz Fux. Brasília, 30 de março de 2017. Disponível em: <https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&e src=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjQzM2m4oL6AhUMqJU CHXcxApoQFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D13589144&usg=AOvVaw2pGb-rPMkKN9cKzhQlnWZN>. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de Março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm). Acesso: em 31 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso: em: 06 set. 2022.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Normativa 06, da Secretaria de Gestão, de 06 de julho de 2018**. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-6-de-6-de-julho-de-2018>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 31 dez. 2022.

CARVALHO, A. C. L. **Direito do Trabalho**: Curso e Discurso. 3. ed. São Paulo: LTr, 2019.

CARVALHO, L. C.; ARAÚJO NETO, G. F. O valor social do trabalho como direito humano e sua afirmação na Constituição (Social) da República Brasileira de 1988. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 22, n. 36, p. 259-281, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>. Acesso em: 1 ago. 2022.

CARVALHO, L. C.; ARAÚJO NETO, G. F. O Controle de Convencionalidade e a Proteção Efetiva aos Direitos Humanos. **Revista Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 5, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/9888>. Acesso em: 21 set. 2022.

CASTRO, T. M. **A Responsabilidade Trabalhista da Administração Pública**: Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP. São Paulo, 2017.

COELHO, F. Convenção 94 da OIT e a Responsabilidade dos Entes Públicos em Caso de Terceirização. **Saber Direito**, maio 2012. Disponível em: <http://fabianocoelhosouza.blogspot.com/2012/05/convencao-94-da-oit-e-responsabilidade.html>. Acesso em: 6 jan. 2020.

CONCI, L. G. A. Controle de convencionalidade e o Diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes? Por uma abertura crítica do Direito brasileiro ao Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos. *In*: COELHO, M. V. F. (org.). **Reflexões sobre a Constituição**: Uma homenagem da advocacia brasileira. Brasília: LEYA, v. 1, 2013. p. 200-230

CONCI, L. G. A. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, p. 363-382, jun. 2014.

CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO, 2012, 16. ed. Brasília. **Teses aprovadas pela Assembleia Geral**. Encarte Especial, Brasília, p. 32, 2012. Disponível em: [https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiW2fzag4H6AhVq5UCHWehBCoQFnoECAsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.anamatra.org.br%2Fattachments%2Farticle%2F24366%2F151-encarte-conamat.pdf&usg=AOvVaw13-\\_I5p6v-2n8N6\\_RIT952](https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiW2fzag4H6AhVq5UCHWehBCoQFnoECAsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.anamatra.org.br%2Fattachments%2Farticle%2F24366%2F151-encarte-conamat.pdf&usg=AOvVaw13-_I5p6v-2n8N6_RIT952). Acesso em: 6 set. 2022.

CONVENÇÃO 94 DA OIT. **C094 - Cláusulas de Trabalho em Contratos com Órgãos Públicos**. Genebra, 1949. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_235183/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235183/lang--pt/index.htm). Acesso em: 5 set. 2022.

CORRÊA, L. B. Mesmo com Falhas, Brasil é referência na OIT. Entrevista Concedida a Repórter Brasil. **Repórter Brasil**, 16 fev. 2009. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2009/02/mesmo-com-falhas-brasil-e-referencia-na-oit>. Acesso em: 16 set. 2020.

COSTA, A. D.; GOMES, A. V. M. Terceirização no Serviço Público e a Precarização dos Direitos Trabalhistas. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 4, p. 113-142, out. 2016.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2011.

DUARTE NETO, B. H.; SANCHES, H. M. Responsabilidade Patrimonial. *In*: MARTINEZ, L.; BOUCINHAS FILHO, J. C.; SILVA, B. F. (org.). **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019. p. 404-418.

FELICIANO, G. G. Direito do Trabalho, Terceirização e Contratos de Fornecimento Industrial: Notas Sobre a Responsabilidade Jurídica de Cliente e Fornecedores. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 33, n. 127, p. 56-73, nov. 2007.

HENDERSON, H. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, n. 39, p. 71-99, 2004.

LEITE, C. H. B. A Terceirização e o Papel do Ministério Público do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 103, p. 27-43, jul./set. 2001.

MARINO, T. F.; CARVALHO, L. C. A Doutrina da Res Interpretata no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Diferenciais, Potencialidades e Desafios. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Ijuí: Editora Unijuí, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020.

NASPOLINI, S. H. D. F.; SILVEIRA, V. O. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da corte europeia. **Cadernos do programa de pós-graduação de Direito/ UFRGS**. Porto Alegre, volume XI, n. 1, p. 90-92, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Informe da Comissão de Peritos. **Conferência Internacional do Trabalho**, 97ª Reunião, 2008. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_091402.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_091402.pdf). Acesso em: 4 dez. 2019.

PEREIRA, A. G.; QUADROS, F. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PINTO, M. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para La regulaci3n de l3s derechos humanos. In: **La aplicaci3n de l3s tratados de derechos humanos por l3s tribunales locales**: Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales- Editorial del Puerto, 1997. p. 163-172.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. S3o Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PORTELA, P. H. G. **Curso de Direito Internacional P3blico e Privado**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

PRITSCH, C. Z.; JUNQUEIRA, F. A. M.; MARANH3O, N. Terceirizaç3o: STF Define que Responsabilizaç3o do Tomador P3blico n3o 3 Autom3tica, mas Deixa em Aberto o 3nus da Prova. **Revista LTr**. S3o Paulo, Suplemento 084, p. 573-575, 2019.

RAMIREZ, S. G. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS – Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídic*as de **Puebla**, Puebla, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

SILVA, H. B. M. **CLT Comentada**. 2. ed. S3o Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

SOUZA, E. B.; GONÇALVES, C. C. G. M. O di3logo judicial e o controle de convencionalidade no sistema interamericano de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 11-33, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acesso em: 6 set. 2022.

TEIXEIRA, M. T.; FABRIZ, D. C. Terceirização no Brasil: análise social e econômica. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p. 1-12, ago./dez. 2015. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acesso em: 6 set. 2022.

URQUIAGA, X. M. Principio pro persona. **Reforma DH: Metodologia para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos**. 1. ed. México: Nações Unidas, 2013.

VASEL, J. J. El Margin of Appreciation como elemento clave en el derecho constitucional europeo. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. Ano 6, núm. 11, 2009. Disponível em: [https://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/07\\_JOHANN%20JUSTUS.pdf](https://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/07_JOHANN%20JUSTUS.pdf). Acesso em: 26 dez. 2022

VIANA, M. T. **Para Entender a Terceirização**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

# ANÁLISE ACERCA DAS ESTRUTURAS DOGMÁTICAS DE DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO COMPLIANCE OFFICER NO ÂMBITO DOS WHITE COLLAR CRIMES

## *ANALYSIS ON THE LIMITATION OF THE CRIMINAL LIABILITY OF THE COMPLIANCE OFFICER IN THE SCOPE OF WHITE-COLLAR CRIMES*

Pedro Guilherme Borato\*

Vitor Ricardi Siqueira\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O programa de criminal compliance como instrumento de prevenção aos delitos econômicos. 3 A função do compliance officer e seu dever de vigilância no âmbito empresarial. 4 A responsabilidade criminal do compliance officer em crimes comissivos por omissão. 5 Conclusão.

**RESUMO:** O presente trabalho busca apresentar, pelo método dedutivo bibliográfico e dogmático-jurídico, o cenário sob o qual se dispõe o programa do criminal compliance em nosso ordenamento jurídico. Com isso, abordar-se-á, de forma propositiva, os debates doutrinários e legais acerca das hipóteses de sancionamento do compliance officer, tendo por pressuposto objetivo e subjetivo o seu dever de vigilância quando, por sua posição de garante, atribuída por delegação, não evitar, prevenir e/ou coibir práticas delitivas, tais como o crime de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, delitos

\* Doutorando em Direito Criminal pela Universidad de Salamanca (USal-Espanha). Professor de Direito Penal e Teoria Geral do Direito da Universidade Anhembi Morumbi (UAM). Foi professor de Direito Processual Penal, Direito Agrário e Direito Ambiental da UNESP (2017-2019) vinculado ao Departamento de Direito Público. Foi professor de Direito Penal, Criminologia e Filosofia do Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT) (2020-2022). Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP/2015), onde desenvolveu pesquisas na área das Ciências Criminais. Continua os estudos na área jurídica. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Agrário, Direito Ambiental, Filosofia do Direito e Antropologia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Política Criminal, Criminologia, Direito Penal Econômico, Política Fundiária, Política Agrícola e Função Social da Propriedade Rural Sustentável. É membro do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). Atua desde 2019 como orientador e avaliador de três Programas de Pós-Graduação Internacional - (Direito Penal Econômico, Compliance e Processo Penal) - da Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCrim. É Pesquisador do Sindicato dos Peritos Federais Agrários.

2

\*\* Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018).

Artigo recebido em 31/08/2022 e aceito em 14/12/2022.

Como citar: BORATO, Pedro Guilherme; SIQUEIRA, Vitor Ricardi. Análise acerca das estruturas dogmáticas de delimitação da responsabilização criminal do compliance officer no âmbito dos white collar crimes. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 145, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ambientais diversos, evasão de divisa, corrupção ativa e passiva, dentre outros crimes praticadas no âmbito da empresa em que desempenha suas atividades.

**Palavras-chave:** compliance; criminal compliance; compliance officer; responsabilidade criminal.

**ABSTRACT:** *This research aims to present, by means of the deductive bibliographic and legal dogmatic method, the scenario under which the criminal compliance program is available in our legal system. With that, the doctrinal and legal debates about the compliance officer punishment hypotheses will be approached in a purposeful manner, having as objective and subjective assumption their duty of vigilance when, due to their position of guarantor, assigned by delegation, does not avoid, prevent and/or restrain criminal practices such as tax evasion, money laundering, environmental crimes, foreign currency drain, active and passive bribery, among other crimes practiced against the company that works.*

**Keywords:** *compliance; criminal compliance; compliance officer; criminal responsibility.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo científico, sob a perspectiva do desenvolvimento social e, por sua vez, da evolução das ditas “modernas práticas delitivas”, tem por objetivo analisar, perante as clássicas e, principalmente, contemporâneas características e dinâmicas do Direito Penal Econômico, as problemáticas envolvendo a atuação do *compliance officer* e tal reverberação, quando, por sua posição de garantidor no âmbito empresarial, não atue de modo a evitar, prevenir e/ou coibir determinada (s) prática (s) delitiva (s).

Assim, também tendo como escopo a análise das disposições do código penal brasileiro, busca-se, neste contexto, verificar se seria possível responsabilizar, na seara criminal, o *compliance officer*. Essa imputação ocorreria por suposta incorrência ou negligência, nas hipóteses teóricas que versam sobre a responsabilidade da pessoa física em crimes comissivos por omissão. Sua posição na companhia estaria, em tese, relacionada com o seu dever de vigilância e fiscalização de atos delitivos, uma vez que está na liderança e gerência do programa anticorrupção adotado pela empresa em que atua, criando, dessa maneira, um compromisso cognitivo de guarda estruturada normativamente.

Busca-se, desta forma, como justificativa para elaboração do presente artigo científico, a exposição da complexidade hermenêutica quando se traz à baila hipóteses de responsabilização criminal da pessoa física no que se refere a práticas de possível cunho delitivo a serem enquadradas na modalidade de “crimes comissivos por omissão”.

Para tanto, a abordagem da temática aqui tratada será desenvolvida pelo método dedutivo bibliográfico, que parte de premissas gerais em direção às conclusões particulares sobre o objeto eleito, por meio de uma

racionalização que conjugue todos os elementos do Sistema Jurídico-penal, (GIL, 2010). Será empregado, também, o método dogmático-jurídico, que utiliza dos valores consubstanciados nas normas jurídico-penais e das diretrizes político-criminais que norteiam a dogmática jurídico-penal (ACCA, QUEIROZ, 2012) para se analisar as hipóteses e antíteses relacionadas à ideia do sistema de autorregulação regulada. Verificar-se-á como este entendimento poderá, sob a luz dos crimes comissivos por omissão, permitir, ou não, que o *compliance officer* seja responsabilizado, criminalmente, por sua posição de garante na empresa.

Tal perspectiva será debatida, tendo em vista as problemáticas enfrentadas no contexto de pleitos levados ao judiciário - que ainda estão em estudo e desenvolvimento por partes dos doutrinadores, dos legisladores e até mesmo dos setores jurídicos e judiciais -, em razão de estarem relacionados aos programas anticorrupção proporcionados pelo *criminal compliance*. Estes foram elaborados e expostos de modo recente no ordenamento jurídico brasileiro – comparado aos demais países que desta prática fizeram uso - com objetivo de prevenir crimes denominados de colarinho branco (“*White-Collar Crimes*”), no contexto empresarial.

Dessa forma, como tais estratégias ainda são recentes – seja no âmbito normativo, seja por ter surgido, na modalidade em que estão sendo utilizadas, em um meio operacional jurídico de grande complexidade organizacional, haja vista buscarem evitar, coibir e sancionar práticas delitivas de elevada dificuldade de apuração, faz-se imprescindível trazer a esta pesquisa quais são as consequências e problemáticas que pairam ao redor da implementação de um programa de *compliance*, principalmente quando se reveste de responsabilização penal do administrador do setor investigativo interno da empresa – o denominado *compliance officer* -, devido a sua hipotética posição hierárquica no contexto empresarial.

Portanto, o tema aqui proposto tem relevante importância acadêmica, jurídica e social, pois traz esclarecimentos e expõe – de modo legal e doutrinário, inclusive pautando-se da perspectiva de doutrinas e ordenamentos jurídicos internacionais e nacional - teses debatidas, atualmente, e que poderão culminar em ponderações e orientações a serem utilizadas, tanto pelos órgãos persecutórios, quanto pelo setor privado, no que se refere à utilização dos programas anticorrupção, diretrizes jurídicas e/ou até mesmo reflexões hermenêuticas sobre possibilidade do *compliance officer* ser responsável criminalmente no contexto empresarial.

# 1 O PROGRAMA DE CRIMINAL COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO AOS DELITOS ECONÔMICOS

No cenário das dinâmicas de práticas delitivas tuteladas pelo ora denominado Direito Penal Econômico; o programa de *compliance*, principalmente pautado pelo ideal anti-corrupção que se criou ao longo do século XX, diante de sua ramificação criminal, denominada *criminal compliance*, tem sido identificado como um dos principais meios e instrumentos preventivos para as práticas criminais contemporâneas. Assim, partindo-se de uma perspectiva de análise criminal para os programas de *compliance*, tem-se nas lições de Ulrich Sieber (2013, p. 99-100):

Los programas de compliance son también especialmente apropiados para prevenir la criminalidad debido a sus contenidos específicamente relacionados con la prevención de la criminalidad. Esto acaece principalmente em relación a su componente central: lá obligación y la regulación de la responsabilidade de la dirección de la empresa em relación com determinados valores y sus programas.

De mais a mais, conforme dispõe Antonio Molina Rodriguez (2019, p. 214-264) o programa de *compliance* é identificado como sendo:

[...] *el autocontrol para el cumplimiento normativo penal mediante la implantación em la própria estrutura piramidal de la empresa (vertical y horizontal) de una cultura de respeto al Derecho, por médio de unos modelos de organización y gestión eficaces e idóneos que puedan servir para prevenir o mitigar el riesgo de que determinadas persona físicas, em nombre o em el ejercicio de actividades sociales (directivos o empleados) y por cuenta y beneficio de la persona jurídica cometan un delito de los que expressamente tienen prevista la responsabilidade penal de estas organizaciones.*

Com isso em vista, pautar-se-á, neste tópico, sobre argumentos que se referem à importância do *criminal compliance* diante da estruturação das empresas, como instrumento de prevenção à prática (reiterada ou não) de delitos praticadas no âmbito empresarial. Isto se aufere, dada à diferença da criminalidade comum, uma vez que nos crimes empresariais o sujeito utiliza do poder Estatal, das empresas, instituições financeiras ou de demais formas no que se refere à organização para prática criminosa, tendo, dessa forma, um poder e uma superioridade em recursos – materiais e simbólicos

– em comparação aos autores daqueles tipos de crime comuns, recebendo, “licitamente”, acesso a oportunidades com características diferenciadas, as quais, não são comumente atribuídas a qualquer sujeito, mas sim somente a um determinado grupo específico de pessoas (CARDOSO, 2013, p. 67).

Cabe considerar que a prática de *compliance* está relacionada ao inglês, proveniente do verbo *to comply*, podendo ser traduzida para a língua portuguesa como sendo o ato de “agir em conformidade”, com objetivo primário de manter a conformidade das regras exigidas pela boa prática negocial (ALBAN, 2016, p. 431) e pelo nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, para sua instalação são suscitadas três etapas a serem utilizadas corretamente, sendo elas a) o projeto do programa; b) sua materialização e, por fim, c) identificação da (s) infração (ões), de modo que qualquer desrespeito ao quanto implementado pelo programa é reconhecido como uma prática de *non-compliance* (SCANDELARI, 2015, p. 183), podendo dar azo à imposição de sanções.

Com isso, da adoção da prática de “estar de acordo com as normas” utilizadas pelas empresas coletivas em atuação conjunta com a justiça penal, tal situação pode (ANTUNES, 2018, p. 120) (i) eximir ou atenuar a responsabilidade das pessoas jurídicas que dela aderem, como é o caso do direito espanhol, italiano, bem assim de nosso ordenamento pátrio; (ii) não levar a qualquer instauração formal de uma persecução penal em detrimento dos investigados, como é o caso da França e Estados Unidos da América; ou (iii) até mesmo proporcionar que o perquirido sequer tenha em seu detrimento qualquer aplicação ou execução de medidas processuais cautelares, como é o caso que ocorre na Itália.

Conforme leciona Ulrich Sieber (2013, p. 70), os objetivos e valores dos programas de *compliance* são elaborados e incorporados a empresa com objetivo de serem realizados seguindo procedimentos determinados para, principalmente, impedir práticas delitivas envolvendo, especialmente, atos de corrupção e lavagem de dinheiro; financiamento ao terrorismo; delitos contra a livre concorrência – como é o exemplo da formação e acordos presentes na formação de cartéis –; delitos tributários; delitos ambientais; vazamento de informações privilegiadas, dentre outros.

Por essas diretrizes, há o objetivo de se proteger uma série de bens jurídicos, como também estipular determinados valores, que poderão e já são, em alguns casos, adotados pelas empresas (SIEBER, MARTÍN, 2013, p. 70), tendo em vista que alcançam, dada à sua abrangência, maior efetividade do que as disposições penais por si só.

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz (2013, p. 591-626), a estrutura do *compliance* soa interessante, contudo, causa certa preocupação quando analisada sob a ótica da estrutura penal, tendo em vista que:

[...] [não] mostra apenas como ornamentação de estilo das teorias do consenso – e nem mesmo da arbitragem ou dos sistemas de auditoria interna. Ela vai além: mostra-se como uma aceitação institucionalizada, que combina as variadas possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial. Orientam-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros.

Assim, para ter e garantir a efetividade (SIEBER, 2013, p. 79-80) das medidas do programa de *compliance*, principalmente quando estruturada para a aplicação na modalidade criminal, deve-se haver, imprescindivelmente, uma cooperação interligada entre o sistema de regulamentação interna da empresa e o Estado persecutório de prevenção da criminalidade econômica. Com isso em vista, versa Jesús Maria Silva Sanchez (2015, p. 1) que:

[...] *la delegación tiene lugar no sólo a agencias estatales sino también al sector privado o bien a una cooperación entre ambos, de modo que lo característico del nuevo modelo de Estado es tanto la regulación técnica como, sobre todo, su conocida variante de la autorregulación regulada.*

Nessa lógica, pautando-se no Direito Penal da Empresa, a interação funcional entre o sistema de regulação privado e Estatal se estabelece sobre questões que têm relação de importância para os parâmetros de *compliance* em que se encontre um fato penalmente relevante.

Para tanto, não se deve somente aplicar o programa, mas sim verificar a sua eficácia e possibilidade de implementação frente questões jurídicas relevantes [mas não de modo indiscriminado]. É importante que esta prática seja realizada em situações nas quais o programa de *compliance* poderá atuar no âmbito do Direito Penal, sancionador-administrativo ou contravencional; devendo, pois, o enfoque central ocorrer na perspectiva da organização empresarial, a ser elaborado e

construído, imprescindivelmente em conformidade com os ditames e lógica da cultura empresarial e de mercado.

Com esta orientação a ser utilizada, a empresa poderá cumprir com as exigências presentes nas normas jurídicas, desenvolver, e impor, valores; códigos; regras e procedimentos intraempresariais, com intuito de se prevenir, coibir, sancionar e até mesmo comunicar a prática delitiva aos órgãos persecutórios (ALFARO, 2015, p. 463).

Como ponto evolutivo e vantajoso do *criminal compliance* em relação à prática única da aplicação isolada do Direito Penal, Ulrich Sieber (2013, p. 97-98) indica que existem boas razões para se identificar uma maior efetividade daquele em relação a este, devido às características proporcionadas pelos sistemas de autorregulação e correção pertencentes ao programa de *compliance*.

Tal fato se dá, uma vez que estas regulações próprias do âmbito empresarial estão em maior conformidade sobre como a prática do *compliance* é desenvolvida. Dessa forma, a prática acarreta melhores resultados do que os obtidos por meio de regulamentações administrativas e penais, dada às complicações e dinâmicas das condições especiais e específicas da atuação e das diretrizes da economia na sociedade contemporânea.

Dessa forma, a empresa, com atividade envolvida diretamente na economia e no mercado, tem maior conhecimento sobre o desenvolvimento e as dinâmicas desses fatores e, também, poder de controle dentro de seu corpo diretivo e da sua estrutura hierárquica empresarial, o que reverbera na possibilidade de maior efetividade na prevenção à criminalidade nela ocorrida, tendo em vista que o Estado não poderá desenvolver um planejamento de prevenção criminal para cada setor empresarial e para cada empresa, frente às inúmeras ramificações e complexidades que apresentam no mercado global.

Inclusive, a efetividade é o que se busca com este programa, devendo o *criminal compliance* realmente cumprir a função a ele conferida e esperada, sendo eficaz (AROCENA; CESANO, 2019, p. 72), com objetivo de se evitar a prática de infrações delitivas na companhia e não simplesmente representar uma estratégia de *marketing* por parte da empresa.

Nesta senda de ideias, contudo, para se implementar o programa de *compliance* é necessário que haja uma *persona* responsável pela sua dinâmica no âmbito empresarial, o que será, posteriormente, para fins didáticos, abordado nos tópicos seguintes.

## 2 A FUNÇÃO DO *COMPLIANCE OFFICER* E SEU DEVER DE VIGILÂNCIA NO ÂMBITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

Conforme anteriormente disposto, é imprescindível que uma pessoa física seja responsável, no âmbito empresarial, pela implementação e coordenação do programa de *compliance*. Esta pessoa, denominada de *compliance officer*<sup>1</sup>, que se torna o responsável por assegurar e fazer cumprir com as diretrizes do programa implementado na companhia (WABMER, 2019, p. 216).

Assim, o *compliance officer* representa uma figura importante para o *criminal compliance*, não sendo somente uma tarefa qualquer ou simbólica, mas sim, conforme versa Jacobo Dopico Gómez-Aller (MARTÍN, 2013, p. 166), uma combinação de esforços que se demonstraram em direções diferentes, as quais cita-se: as orientações, divulgação e até mesmo o reforço do quanto disposto na norma interna; pautando-se, outrossim, em aspectos de formações de colaboradores e, um dos principais pontos que se analisa neste artigo de:

[...] *investigación de indicios de incumplimiento (en coordinación con los responsables de auditoría, controlling o las instancias disciplinarias), reporte constante a la alta dirección y al Consejo de Administración [...]*.

Contudo, antes mesmo de receber este nome e até mesmo antes desta função ser institucionalizada, foram desenvolvidas, nas últimas décadas, estratégias de controle do comportamento empresarial, em que aquelas, a exemplo do contexto bancário, já era realizada pelos denominados vigilantes, ou *gatekeepers*, marcados por sua profissão independente, com atividade externa à organização empresarial, tendo por função o controle da atividade das corporações para salvaguardar, dessa forma, os interesses coletivos. No Brasil, especificamente, aponta-se, em geral, basicamente quatro (SCANDELARI, 2015, p. 187-188) modelos de implementação do programa de *compliance*, senão veja-se:

O primeiro refere-se à integralidade da estrutura do programa estar contida no setor de gestão de risco da companhia. Assim, como consequência deste fato, o *chief compliance officer* (CCO) não teria responsabilidade por questões relacionadas à ética da empresa em que

---

<sup>1</sup> Para fins didáticos, utilizaremos, dada a semelhança entre os conceitos sobre *compliance*, o termo *compliance officer* para designar a pessoa responsável pelo cumprimento das normativas empresariais, visto que dialogarão com o termo escolhido para o texto do presente artigo.

atua. Sendo assim, os colaboradores abaixo do *chief compliance officer* seriam os responsáveis por, em suma, supervisionar os riscos que poderiam ocorrer na companhia.

O segundo modelo é adotado comumente em mercados com um controle estatal maior, a exemplo dos programas de saúde, em que há um controle mais rígido das dinâmicas empresariais, sendo mais forte e independente em relação ao primeiro. Nesse modelo, o *chief compliance officer* tem maior proximidade ao *Chief Executive Officer* (CEO). Assim, há maior transmissão de informações para a diretoria executiva.

No terceiro, tem-se o *chief compliance officer* reportando diretamente ao departamento jurídico – *Chief Legal Officer* (CLO). Com isso, há um maior nível de *report* dos *compliance officers* ao setor jurídico da companhia.

Por fim, o quarto modelo tem denotação mais descentralizada, em que cada unidade de negócios da companhia tem certa responsabilidade relativas às suas práticas ilícitas, respondendo, pois, ao jurídico ou ao presidente.

De mais a mais, pode-se considerar que dada à dinâmica internacional de evolução da ideia e regulamentação dos programas de *compliance*, seu desenvolvimento se deu de forma tardia (BRITO; MORAES, 2019, p. 221), isto porque somente foi instituído em nosso ordenamento jurídico, de modo ainda simplório, no ano de 1998, por meio da Resolução nº 2.554/98, do Banco Central (BRASIL, 1998), que, com sua edição, as instituições financeiras com atuação no país passaram a conter uma composição estrutural hierárquica (CARDOSO, 2013, p. 54). Veja-se, assim, do art. 1º da referida resolução:

Determinar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a implantação e a implementação de controles internos voltados para as atividades por elas desenvolvidas, seus sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais e o cumprimento das normas legais e regulamentares a elas aplicáveis: § 1º Os controles internos, independentemente do porte da instituição, devem ser efetivos e consistentes com a natureza, complexidade e risco das operações por ela realizadas; § 2º São de responsabilidade da diretoria da instituição: I - a implantação e a implementação de uma estrutura de controles internos efetiva mediante a definição de atividades de controle para todos os níveis de negócios da instituição; II - o estabelecimento dos objetivos e

procedimentos pertinentes aos mesmos; III - a verificação sistemática da adoção e do cumprimento dos procedimentos definidos em função do disposto no inciso II.

Dessa forma, tais diretrizes eram inicialmente bastante delimitadas, havendo somente referências sobre o dever de verificação do ambiente regulatório específico do setor financeiro que está sendo observado de modo esborçado. Assim, caso tal fato não estivesse sendo devidamente realizado; deixando, por exemplo, de identificar falhas, reformas necessárias deveriam ser implementadas para corrigi-la efetivamente. Com isso, nas palavras de Debora Motta Cardoso (2013, p. 54), é atribuição do *compliance officer*, no âmbito brasileiro:

Fiscalizar se os procedimentos de controles internos estão em conformidade com a lei, com as regras emanadas do Banco Central e de outros órgãos reguladores, como também com as normas internas da própria instituição, com o objetivo de investigar e prevenir transações financeiras relacionadas à lavagem de dinheiro, corrupção e outras fraudes.

Ademais, de acordo com esta doutrina, sob uma perspectiva prática, ainda que não haja um padrão formal, habitualmente, a função de *compliance officer*, retomando as definições anteriormente tratadas, tem seu desempenho realizado pelo *chief compliance officer*, representado por um executivo com atuação marcada pelo alto e primeiro escalão da instituição financeira, sendo este também responsável por, em alguns casos, fazer novas delegações, tendo, inclusive, para além das responsabilidades inerentes (vigilância e observância), o cumprimento e o aprimoramento das medidas de *compliance* estabelecidas e desenvolvidas na companhia, objetivando, portanto, o cumprimento do programa (SCANDELARI, 2015, p. 187).

Todavia, aponta-se que esta função depende da estrutura organizacional (CARDOSO, 2013, p. 55-56) da instituição, uma vez que dado suas dinâmicas, poderá ser conferida referida função a um colaborador; um diretor de cargo executivo; ou até mesmo aos membros do conselho administrativo, fazendo com que o tamanho da instituição seja responsável pela característica e especificação de sua estrutura organizacional em um programa de *compliance*.

Para além disso, embora haja essa hierarquia e possibilidades intrínsecas à sistematização organizacional da empresa, a função do *compliance officer* será sempre desempenhada por alguém que tenha

cargo de direção, e o *chief compliance officer* deverá sempre reportar as informações coletadas no programa diretamente para a presidência da empresa ou ao conselho de administração. A depender do tamanho da instituição, poderá ser o programa centralizado ou descentralizado, permitindo, inclusive, que outros funcionários que estejam ligados ao departamento auxiliem o *chief compliance officer*.

Ainda, nos casos em que se reconheça maior complexidade no âmbito administrativo da instituição financeira, existe a possibilidade (CARDOSO, 2013, p. 55-56) de que as decisões do *chief compliance officer* sejam submetidas diretamente a um comitê de *compliance*, cuja composição envolve membros de diversas áreas da instituição e que tenham absoluta independência entre si, tendo em vista não significar, nesse caso, uma função auxiliar.

No mais, no mesmo ano, pautam-se as novas diretrizes de *compliance* no quanto dispostos no bojo da Lei nº 9.613/1998 (“Lei de Lavagem de Dinheiro” – BRASIL, 1998), como sendo um marco para o Direito Positivo Brasileiro no tocante aos “deveres de *compliance*”, que, inclusive, criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (“COAF”)<sup>2</sup>, em seu texto legal; sendo, posteriormente, isto é, quatorze anos depois, regulamentada (BRASIL, 2012) pela Lei nº 12.863/2012.

De acordo com a “Lei de Lavagem de Dinheiro”, já com seu texto regulamentando, as previsões relativas às pessoas sujeitas aos mecanismos de controle e os deveres a elas impostos estão dispostos, respectivamente, no art. 9º (“Das Pessoas Sujeitas ao Mecanismo De Controle”); art. 10 (“Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros”) e art. 11 (“Da Comunicação de Operações Financeiras”), da Lei nº 12.863/2012.

Desta forma, verifica-se que o *compliance* não se resumia somente à questão preventiva, mas também já apresentava influência e importância, quando de sua utilização para persecuções penais, não sendo relacionada somente à via extrajudicial, mas sim com projeção ao processo penal, dada à sua importância para a busca e descoberta da justiça e da verdade.

Nesse cenário, foram inclusive instituídos os deveres de comunicação, uma vez que a ação penal, no quanto à sua instauração, restava prejudicada dada à diversidade de movimentações envolvidas na operação financeira e pela complexidade de se analisar as situações concretas diante da persecução penal, principalmente no que se refere à

---

<sup>2</sup> Atualmente o COAF é regulamentado e foi reestruturado pela Lei nº 13.974, de 7 de janeiro de 2020 (“Pacote Anticrime” - Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal) que vinculou administrativamente ao Banco Central do Brasil.

coleta de provas e à recuperação de ativos (ALBAN, 2016, p. 433). Com isso, a autorregulação, conforme as palavras de Vinicius Lacerda da Silva (2019, p. 70):

[...] demonstra não apenas a ética e o controle das atividades exercidas pela empresa, mas, também, antecipa um processo de *due diligence* e revela a ausência de dolo numa eventual prática delituosa por qualquer colaborador. É nesse contexto que as recomendações éticas internas inseridas no código de conduta empresarial assumem especial relevância, na medida em que servem, indiretamente, para reprimir condutas criminosas e garantir a transparência em suas atividades.

Aponta-se que a Lei de 9.613/98, quando analisada sob a perspectiva das operações e situações que podem apresentar indícios de práticas delitivas, não basta por si só, sendo, portanto, uma norma penal em branco. Para tanto, tendo em vista esta condicionante de referida lei, buscou-se, por meio da seara administrativa, solucionar essa problemática normativa, sendo criado, neste cenário, a Carta Circular nº 12/2012, do Banco Central, hoje, substituída, pela de número 4.401/2020 (BRASIL, 2020), cujo escopo busca divulgar a:

[...] relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 e de financiamento ao terrorismo, previstos na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

Ainda, retomando o quanto disposto no âmbito da Lei de Lavagem de Dinheiro, pode-se elencar certos dispositivos legais em que são abordadas, especificamente, quais atividades recaem sobre o *compliance officer*; haja vista a delegação que lhe é dada no âmbito empresarial.

Nesse sentido, versa Jesús Maria Silva Sanchez (2013, p. 157) que a delegação relativa à competência constitui um mecanismo relacionado à transferência e à transformação de posições de garantia, uma vez que haverá, em razão da delegação, o denominado “delegante”, que fará, com esse respectivo ato de delegação, surgir uma posição de garantia por parte do “delegado”; ressaltando-se, contudo, que a posição do “delegante” não irá desaparecer nesse cenário, mas somente se transformar, motivo pelo qual o autor considera este mecanismo de delegação como sendo uma “*transferência y transformación de posiciones de garantía*”.

A despeito disso (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 157-158), inclusive, considera-se que o dever de vigilância do superior hierárquico, aqui, no caso, o administrador, sobre a conduta de um subordinado compreenderia duas situações, quando pautados de uma relação de *desconfianza*, sendo: (i) um dever prévio de obtenção relativa ao conhecimento da atuação do subordinado no que se refere à gerência a ele competente e (ii) um dever posterior de fazer cumprir a correção de uma atuação defeituosa por ele identificada, fato este que poderá evitar uma consequência eventualmente lesiva à companhia.

Sendo assim, tal exemplo se encaixa perfeitamente à figura do *compliance officer*, demonstrando, portanto, que o administrador ainda tem sua responsabilidade perante aquele. Ainda, ressalta-se que esta delegação não poderá reverberar em um dever de vigilância e controle. Nesse sentido, Ricardo Robes Plana (2013, p. 322-323) pontua que para tanto:

El empresario tiene el deber de evitar los cursos lesivos que surgen de la actividad empresarial. La idea básica que fundamenta la posición de garantía de los órganos de dirección de la empresa reside en que el establecimiento de la organización el empresario assume el compromiso de contener aquellos riesgos que de la misma ayan surgiendo para los bienes jurídicos de los demás. En relación con tales peligros, los órganos de dirección tienen el deber de establecer los mecanismos organizativos adecuados para evitar su existencia o, en todo o caso, minimizarlos hasta que deriven en riesgos tolerados.

Assim, como requisitos necessários para o devido e escorreito cumprimento de sua função, o ordenamento jurídico se pauta pelo quanto entabulado na Lei nº 9.613/98, mais especificamente nos deveres de identificação de clientes e manutenção de seus registros impostos pelo art. 10, da referida norma legal.

Com isso, diante do conteúdo desta legislação e das mudanças proporcionadas e incluídas pela Lei 12.683/2012, tem-se que o *compliance officer* deverá identificar clientes e manter regularizadas uma série de exigências para manter o cumprimento de sua função.

Nesse ponto, caso estas exigências não sejam devidamente cumpridas, o *compliance officer* será, de acordo com a Lei de Lavagem de Dinheiro somente responsabilizado por medidas administrativas, tal como dita o art. 12 de referido texto legal, envolvendo, dentre elas, advertência (inciso I); multa (inciso II); inabilitação temporária para o exercício do

cargo de administrador de certos tipos de pessoas jurídicas (inciso III) e cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento (inciso IV).

Paralelamente a este desenvolvimento normativo, aponta-se as inovações jurídico-criminais criadas pela Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção” – BRASIL, 2013), abarcando a ideia de *compliance* no sistema jurídico pátrio o que, mesmo com seu caráter fragmentário do Direito Penal, dado que ampliou (ALBAN, 2016, p. 435) suas feições de incidência, desempenha, por sua vez, importante papel no âmbito criminal e tem por objetivo a prevenção criminal, bem como proporcionar uma apuração especificada pelas autoridades que, por assim dizer, torna-se mais eficaz.

De mais a mais, dada às exigências repressivas e preventivas advindas com a evolução das práticas criminais, bem assim a urgência da necessidade de prevenção à criminalidade, a “Lei Anticorrupção” teve, tal como a lei de Lavagem de Dinheiro, de ser regulamentada posteriormente, mas ocorrendo de forma breve, no ano de 2015, fato este marcado pela promulgação do Decreto regulamentador nº 8.420 (BRASIL, 2015), definindo os programas de *compliance* (“programas de integridade”), denominados em seu texto legal, como sendo, de acordo com o art. 41, *caput*, de referida norma, consistentes, no âmbito de uma pessoa jurídica:

[...] no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Com isso demonstrado, resta necessário explicitar que a responsabilidade do *compliance officer* tem sido abordada sob a análise dos crimes omissivos principalmente quando, diante de seu cargo, por alguma prática omissiva [crime de omissão imprópria] corroborou ou deu causa para a prática de um delito.

### **3 A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO *COMPLIANCE OFFICER* EM CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO (“OMISSÃO IMPRÓPRIA”)**

O *compliance*, na sua modalidade criminal, tem como escopo a determinação da autorregulação regulada, cuja figura do *compliance officer* surge como responsável pelo setor de conformidade adotado pela

empresa com intuito de ter o controle da prevenção de eventuais práticas delitivas que, anteriormente à adoção dos programas de cumprimento, ficavam somente sob responsabilidade do Estado.

Tal questão se deu com o surgimento da ideia de que o funcionamento razoável de uma economia de mercado deve observar inúmeros outros valores capazes de garantir equidade e transparência nas trocas econômicas. Sendo assim, diante desse contexto, as empresas buscaram acompanhar tais diretrizes, no sentido de uma imposição global para adotarem uma autorregulação relativa à prevenção de práticas desviantes; no caso, de condutas praticadas no âmbito da companhia por parte de seus próprios funcionários.

Em meio a este fenômeno, as companhias tiveram a percepção de que o Estado havia perdido sua força reguladora no cenário empresarial, não dispondo mais, portanto, de mecanismos, cuja efetividade anteriormente serviam para reprimir desvios de condutas penais e extrapenais.

No entanto, no cenário atual, dada às novas condicionantes da economia, aquelas perderam forças, havendo, com isso, mudança de competência de fiscalização, outrora realizada e monopolizada pelo Estado (SCHMIDT, 2015, p. 179), para as corporações de origem privada. Assim, há, conforme aborda Guilherme Lopes Felício (2020, p. 252), a liberdade para as empresas se autorregularem, que seria o ato de criar conteúdo para os programas de *compliance*, pautados nos interesses internos (privados) da companhia, mas seguindo obrigatoriamente os sistemas de regulação que são criados pelo Estado, servindo estes para, de mesmo modo, estipular certas diretrizes.

Dessa forma, com a expansão da moderna criminalidade, os programas de *enforcement* tiveram novas diretrizes, vindo a empresa também a adquirir determinadas condutas e normas internas, delimitando direitos e deveres de seus colaboradores, com objetivo de, neste viés, apresentar programas de *compliance* com objetivo e eficácia de prevenir condutas ilícitas na empresa.

Ressalta-se que a implementação do programa de *compliance* na companhia recai ao órgão administrativo empresarial. Com isso, como dispõe Jesús Maria Silva Sanchez (2013, p. 193-194): uma das primeiras questões que se deve fazer sobre estas opções é qual será a consequência da implementação ou não deste programa – de modo efetivo ou defeituoso. Também deve-se questionar se tal situação trataria de determinar se poderia existir um dever de implantar referido programa e se as consequências de

por ele optar, seriam, no caso de sua infração, equiparáveis às infrações de um dever de vigilância.

Em continuidade a estas reflexões, aponta Anabela Miranda Rodrigues (2020, p. 100) que, no âmbito empresarial, existe a utilização de um tipo novo de *law enforcement*, uma vez que o Estado passa a aplicar a lei de modo diverso, não simplesmente sancionadora, mas sim com uma função socializadora, tendo por maior objetivo buscar, por essas novas diretrizes, a cooperação e participação dos sujeitos infratores com intuito de obter a correção e os defeitos que corroboraram para a infração normativa.

Contudo, ainda que em outros países, a exemplo de Alemanha e Itália, haja uma lógica regente do sistema anti-corrupção, pautada (SPÍNOLA, 2017, p. 190) manifestamente na responsabilidade criminal das empresas envolvidas com os atos de corrupção; tal questão não ocorre no Brasil. Isto se deve, inclusive, por ausência de uma norma explicitamente penal para cuidar do tema e apontar diretrizes a serem seguidas sobre os deveres de cumprimento, como também deveres específicos de atuação do *compliance officer*, bem assim do quanto exigido para a implementação e eficácia do programa de *compliance*.

Diante disso, com intuito de complementar o quanto dito anteriormente; neste tópico, serão retomadas as premissas envolvendo o desenvolvimento do programa de *compliance* e a atuação do *compliance officer* no âmbito empresarial. Dar-se-á também o enfoque em sua eventual posição de garante, para ser, devido ao cenário empresarial e atual dinâmica normativa e doutrinária brasileira [pautando-se também em reflexões doutrinárias internacionais], responsabilizado ou não criminalmente, quando da prática de atos ditos “criminosos” no âmbito da empresa quando, devido ao seu cargo e circunstâncias de atuação, poderia prevenir ou evitar que a prática delitativa acontecesse.

Assim, há inúmeras condicionantes que se exige do *compliance officer* para agir de modo correto e de acordo com o esperado, tanto pelo Estado, quanto pela companhia. Contudo, nesse quesito há uma problemática (LOBATO; MARTINS, 2016, p. 12-14), uma vez que caso o *compliance officer* não consiga cumprir as funções a ele atribuídas [ou ao menos que dele se esperem realizadas, dada à dinâmica da companhia em que atua] ou atue de forma defeituosa [por exemplo, negligente] em relação aos requisitos que se impõem perante sua atuação, questiona-se: Poderia ele ser punibilizado criminalmente? Quais seriam os riscos penais a serem impostos a quem tenha o poder de execução dos deveres de vigilância no

âmbito empresarial e como eles se concretizam (GÓMEZ-ALLER, 2016, p. 165-166)?

Dessa forma, este artigo busca apresentar a problemática sem se pautar em soluções imediatas e simplistas sobre o tema, mas sim abordar, pelo método dedutivo bibliográfico e dogmático-jurídico quais, de fato, são as razões que podem ensejar a responsabilidade criminal do *compliance officer*, dada a delegação de função que sobre ele recai. Com isso, busca-se questionar, portanto, a real possibilidade ou ao menos quais os parâmetros necessários para se ensejar a possibilidade de se sancionar o *compliance officer* em razão da sua posição empresarial, bem assim quando da prática dos entendidos delitos comissivos por omissão (MONTANER FERNÁNDEZ, 2015, p. 765).

Nesse cenário, Raquel Montaner Fernández (2015, p. 764) levanta os seguintes pontos: se haveria algum sentido em atribuir responsabilidade penal quando o *compliance officer* não evitar a prática dos delitos cometidos pelos trabalhadores a partir da atividade empresarial e (ii) se o encarregado do programa de *compliance* poderia responder penalmente pela simples infração de seus deveres.

De mais a mais, cabe ressaltar que, como pontua Jesús Maria Silva Sanchez (2013, p. 198), o programa de *compliance* como um todo, quando eficaz, causa, de certa forma, um efeito de exclusão de responsabilidade criminal para os membros do órgão administrativo da companhia. Contudo, não basta somente sua implementação; sendo imprescindível, portanto, haver a obrigação de gestão sobre aquele, de modo que uma gestão, quando defeituosa for, poderá acarretar responsabilidades penais às pessoas físicas, principalmente devido às novas posições de dever de garantia criadas com sua implementação da empresa.

Em sentido complementar, leciona Leonardo Guimarães Salles (2016, p. 202) que o papel de garantidor, no que diz respeito às questões penais empresariais, envolve a busca pelo cumprimento de diretrizes legais e contratuais, as quais devem ocorrer de modo efetivo. Desta forma, a posição do *compliance officer* não poderia simplesmente ser comparada como semelhante à de um delegado de vigilância (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 198) [ainda que também contenha esta função], até mesmo porque a posição daquele excede, em termos de atuações, gerência, vigilância e responsabilidades, a posição deste. Todavia, esta posição, segundo referido autor, também apresenta um dos maiores problemas no que diz respeito ao risco corporativo, tendo em vista estar sobreposto de imprecisões (SALLES,

2016, p. 205), cuja incidência recai sobre qual seria a real delimitação da figura de garantidor e qual seria, de fato, sua responsabilidade no âmbito empresarial, principalmente no tocante ao dever de vigilância.

Assim, como um problema clássico e advindo das complexidades das organizações empresariais, alguns cenários são traçados quando se trata da responsabilidade do *compliance officer*, sendo o cenário mais recorrente (SPÍNOLA, 2017, p. 196) quando a contribuição do *compliance officer* se limitou a não transmitir adequadamente – seja por sua omissão dolosa, seja por negligência - a informação ilícita ao órgão que lhe delegou a função de vigilância e/ou controle; ou nos casos em que se configure uma incorreta avaliação de quais condutas representariam ou não riscos para a empresa.

Tal questão, inclusive, se debruça sobre o cenário jurídico alemão, visto que seus holofotes tiveram maior direção para a sentença proferida pelo Supremo Tribunal Alemão (DEUTSCHLAND, 2009), na data de 17 de julho de 2009 (“BGH 5 StR 394/08”), que, em seu bojo, condenou, por um crime de fraude, o chefe do departamento jurídico e de auditoria interna de uma empresa.

Com relação ao caso prático em si, trata-se especificamente da posição de garante do *compliance officer* relativa à não ocorrência de infração no âmbito da companhia, representado por ter a obrigação, cuidado, proteção e vigilância da norma. No caso em específico, houve a responsabilização do condenado em razão de haver obrigações, por parte do sujeito, em questões muito mais amplas ao quanto somente exigido por sua obrigação de prevenção de crimes na companhia, devendo, segundo o quanto decidido pelo Tribunal, ser sua responsabilidade pautada no fato de evitar danos que possam ocorrer a terceiros em razão de [qualquer] atos praticados por parte da companhia (CARDOSO, 2013, p. 153).

Ainda, cabe ressaltar que a própria assunção europeia (SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2015, p. 143) do termo *compliance officer* ocorreu, de um certo modo, graças à sentença acima referida, uma vez que até aquele momento, a questão do *compliance* estava mais intimamente ligada à realidade e às problemáticas ocorridas ao longo do século XX e início do século XXI nos Estados Unidos.

Quando se fala do *compliance officer*, traz-se à baila a alusão a uma determinada instância, cuja vocação se apresenta mais ampla no que se refere a uma mera execução de tarefas de prevenção (GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 167), em que a identificação dos riscos dependerá de

uma vigilância ininterrupta de modo a assegurar a gestão empresarial, com a atualização e acompanhamento do programa para evitar quaisquer falhas existentes em sua aplicação (PINTO, 2016, p. 144-145). Dessa forma, caso assim não o faça, ou até mesmo nesses conformes não aja, poderá ter a possibilidade de ser responsabilizado criminalmente, em razão de ter sido omissor por, somado ao fato de sua posição de garante na empresa (PINTO, 2016, p. 149), não ter impedido que as condutas ilícitas fossem realizadas.

Com isso, o *compliance officer*, em razão da sua posição por delegação, assumiria, segundo Nathalia Pinto, uma dupla função (PINTO, 2016, p. 145), isto é, assegurar constantemente que a empresa tenha suas diretrizes pautadas de acordo com a legislação e que os valores regidos pelo nosso ordenamento jurídico sejam internalizados para os funcionários. No entanto, há que se fazer uma ressalva, nesse momento, sobre qual seria a real atuação do *compliance officer* no âmbito empresarial. Tal alerta é desenvolvido com base no quanto estudado por José A. Tabuena (2006, p. 3), que reflete o tema a partir da necessidade de se identificar qual seria, no âmbito de cada organização em específico, as diretrizes traçadas pelo *compliance program* para, somente após isso, verificar quais os deveres que estarão diretamente relacionados à figura do líder do *compliance officer*, isto é, o *chief compliance officer* (“CCO”).

Torna-se evidente a importância e as necessidades de atuações precisas do *compliance officer* no âmbito empresarial, tendo em vista ser uma das pessoas chave no sistema de controle interno de prevenção de possíveis riscos praticados na empresa; contudo, não significa que esta posição (COSTA, ARAÚJO, 2014, p. 223) lhe exigirá a premissa que poderá e deverá atuar e agir de modo impossível para evitar todo e qualquer tipo de condutas que possam ocasionar ou criar riscos de condutas ilícitas, prejudiciais à empresa e/ou que também não dialogam com as disposições normativas de nosso ordenamento jurídico.

Caso tal afirmação fosse verdadeira, o *compliance officer* não poderia ter uma função delegada, mas sim agir imprescindivelmente como se fosse o executivo principal da empresa, tornando-se, portanto, essa questão uma das principais para a análise da presente temática.

Tal referência é pautada no fato de que este sujeito não é, salvo em alguns casos específicos, responsável por uma área de administração, ou nem mesmo atua por uma linha auxiliar desta (PINTO, 2016, p. 147), não podendo, portanto, ser possível que tenha conhecimento ou poder de veto sobre as decisões tomadas pela alta administração empresarial,

motivo pelo qual, sua responsabilidade criminal, para estas situações em específico, deverá, conforme dispõe ordenamento jurídico brasileiro, ser desconsiderada penalmente.

Ademais, ressalta-se não haver um perfil profissional homogêneo (GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 168) no âmbito empresarial sobre o quanto imposto e exigido para a pessoa do *compliance officer*, quando da sua atuação na companhia. Dessa forma, os profissionais responsáveis pelo programa de cumprimento de diversas empresas podem, entre eles, ter funções e responsabilidades diferentes. No entanto, com o cumprimento desses deveres, quando da delegação destes poderes, a pessoa que a eles recebe poderá, teoricamente, ser responsabilizada quando age comissivamente por omissão, ainda que, para tanto, uma vasta cadeia de requisitos e possibilidades aconteça e sejam necessárias para análise (GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 168).

Nesse contexto, Jesús Maria Silva Sanchez (2013, p. 200) ensina que as infrações dos deveres que são exigidos à pessoa do *compliance officer* não necessariamente lhe ensinaria responsabilidade criminal por um ato delitivo, por exemplo. De tal forma, para que isto realmente ocorra, seria necessário que, em primeiro lugar, algum membro da companhia cometesse um crime do tipo doloso e, diante disso, o *compliance officer* também aja dolosamente, de modo comissivo por omissão, permitindo, pois, que o delito se concretize.

Assim, torna-se ainda mais dificultoso verificar esta condução do cargo quando suas exigências de atuação são pautadas em “normas extrapenais”, ou seja, condicionada ao código interno da empresa, fato este que pode implicar ao *compliance officer* uma gama de responsabilidades, inclusive em casos de normas elaboradas com redação dúbia e não concisa.

No Brasil, em específico, a possibilidade da responsabilidade criminal do *compliance officer* foi analisada, com enfoque, durante o julgamento da Ação Penal nº 470, conhecida como “Mensalão”, em que o debate jurídico sobre o tema do *compliance*, ocorrido no Supremo Tribunal Federal (“STF”), demonstrou, notadamente, a exigência (COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 224) e a necessidade de se criar parâmetros para enquadrar criminalmente a existência ou não de responsabilidade criminal da pessoa do *compliance officer*, quando, por sua posição de garante, não evitou, seja por omissão dolosa, seja por negligência, uma prática delitiva no âmbito da companhia.

Tal situação é retratada por Leandro Sarcedo (SARCEDO, 2015, p. 69), cujo escopo indica que pode haver tanto “[...] deveres ativos, os quais consistem em tarefas preventivas e de detecção de possíveis riscos, como investigações, auditorias e inspeções, bem como os denominados deveres reativos [...]”, que são representados quando “[...] surgem indícios de situações de desconformidade com normas legais ou mesmo procedimentos internos” [...]; sendo que estes, por sua vez, acabam por incluir “[...] o dever de receber periodicamente informes a respeito das tarefas de supervisão e vigilância realizadas por outrem”.

Helena Regina Lobo da Costa e Maria Pinhão Coelho Araújo (2014, p. 224), diante dessa problemática, aludem que há, no entanto, determinados critérios para avaliar quais as questões que poderiam, ou não, responsabilizar criminalmente o *compliance officer*.

Segundo referida lição, um desses critérios poderia estar relacionado à aplicação da análise da atuação do *compliance officer* sob a ótica dos crimes comissivos por omissão (ou ditos “crimes omissivos impróprios”), tendo em vista que tais sujeitos, a partir do quanto disposto no art. 13, §2º, do Código Penal<sup>3</sup>, poderiam, conforme o fundamento legal, ter um dever especial (STEIDEL; GUARAGNI, 2017) de agir ou de proteção (SCANDELARI, 2015, p. 166) no âmbito da companhia em que atua, dever este atribuído em razão de sua função na empresa e cujo descumprimento – a depender do encargos que tiver – poderia ensejar uma responsabilização pelo resultado delitivo. Contudo, também ressaltam que esta questão não deve ser vista somente por esta premissa, mas deve, por se tratar de parâmetro legal, ser examinada a adequação do *compliance* em relação a este dispositivo legal.

Para tanto, como primeiro critério legal para se confirmar a caracterização da posição de garante do *compliance officer*, deverá assumir uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância em razão do quanto disposto normativamente, fato este que não é estipulado expressamente a este sujeito na norma legal (COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 224).

De mais a mais, referidas autoras apontam que é fundamental fazer a ressalva que a posição de garantidor também não poderá consistir, em termos legais, unicamente para o preenchimento dos elementos dos crimes do tipo comissivo por omissão, devendo-se, outrossim, fazer a verificação

<sup>3</sup> “Art. 13, §2º, do Código Penal: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

<sup>20</sup> - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado [...]”. (BRASIL, 1940).

se houve, de fato, uma omissão com um consequente resultado ilícito no âmbito da companhia (COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 226-227). Assim, caso ambos tiverem uma relação dita prognóstica de evitação, para além do quanto já exigido, haverá que ter o preenchimento das circunstâncias do dever e a possibilidade de agir.

Tal questão, inclusive, não se basta somente nestas hipóteses, devendo, também, ser analisada a relação presente entre a omissão e o resultado causado por ela, de modo a ser necessário, conseqüentemente, analisar a idoneidade da conduta – omissiva ou não – do *compliance officer* para que tenha ou não evitado o resultado (COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 226-228).

Questiona-se, nessa linha de raciocínio se: caso o *compliance officer* tivesse atuado para evitação do resultado, este realmente teria ocorrido ou não? Tal pergunta, torna-se pertinente, uma vez que a omissão poderia não ter relação direta com o desencadeamento do processo causal, sendo uma não interferência no curso já em acontecimento, que certamente precisa ser analisada quando dessa averiguação.

Nessa senda de ideias, pontua Heloisa Estellita (2017, p. 107) que, no quanto à análise dos crimes omissivos impróprios, estes representam, para o garante, uma exigência considerada como um dever a mais, que se demonstra como o dever de agir – na sua posição de garante – para evitar o resultado ilícito, somando-se a isso a violação do dever objetivo de cuidado. Assim, há a necessidade de que ambos os deveres sejam descumpridos pelo sujeito garantidor para que o resultado efetivamente possa a ele ser imputado.

Conforme leciona Claudia Cristina Barrilari (2018, p. 198), a omissão pode ser considerada de relevância quando o agente omissor devia e podia agir de modo a evitar o resultado delitivo. Assim, este dever de agir teria incumbência sobre quem tiver uma obrigação relacionada ao cuidado, proteção ou vigilância; de assunção de alguma forma de responsabilidade sobre a perspectiva de impedir o resultado ilícito; de criar, com seu comportamento anterior, um risco que colaborou para ocorrência do resultado. Nesse sentido, não bastaria que o agente simplesmente se abstinhasse de realizar um comportamento; é imprescindível (CUNHA, 2015, p. 219) que ele, pela teoria normativa, para além dessa circunstância tenha o dever genérico de agir, isto é, evitar a produção do evento ilícito.

Neste ponto, (SANTOS, 2014, p. 194) a situação de omissão imprópria ocorre no momento “[...] em que a ordem de realizar ações protetoras de bens jurídicos estaria implícita nos tipos legais de resultado,

cuja descrição indicaria, simultaneamente, a regra da ação e a exceção da omissão imprópria”. Sendo assim, de acordo com a definição de Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 195):

[...] a omissão de ação imprópria corresponde, inversamente, aos tipos de resultado e tem por fundamento a posição de garantidor do bem jurídico atribuída a determinados indivíduos, que engendra o dever jurídico especial de agir, cuja lesão implica responsabilidade penal pelo resultado (doloso ou imprudente), como se fosse cometido por ação [...].

Desta feita, nestas hipóteses de crimes omissivos impróprios, em que incorre o omitente, há a composição de uma conduta dita comissiva, como se o agente tivesse sido o responsável pela causação do resultado; cometendo, portanto, o evento comissivamente incriminado, em razão de um nada fazer; uma abstenção; uma omissão.

Com isso, no que se refere aos critérios que poderiam lhe implicar alguma responsabilidade criminal por vias contratuais ou por criação fática de perigo, o *compliance officer* não poderá assumir o dever de evitar todos e quaisquer riscos que surjam na seara empresarial, tendo em vista que a ele será exigido o estabelecimento de regras, sendo seu objetivo na empresa o de fiscalizar a aplicação daquelas e comunicar eventuais problemas ao poder administrativo da empresa (COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 226).

Para tanto, o *compliance officer* somente poderá ser responsabilizado, de fato, quando houver conexão, por delegação, dos deveres por ele assumidos no âmbito empresarial sendo, primordialmente, a ele exigido os deveres de detecção e investigação sobre infrações cometidas dentro da companhia e de transmissão de informações. Desta feita, como versam Eduardo Saad-Diniz e Renato de Mello Jorge Silveira (2015, p. 145), o *compliance officer* não poderá responder por todas as responsabilidades que envolvam as atividades da empresa; inclusive, caso isso fosse possível, poderia ser considerado um garante sem número (SARCEDO, 2015, p. 68), vez que toda e qualquer infração cometida na empresa lhe seria conferida a responsabilidade, tendo em vista dialogar com a proteção de diversos bens jurídicos.

As funções desse sujeito, segundo Eduardo Saad-Diniz e Renato de Mello Jorge Silveira (2015, p. 145), não se eximiriam somente em atos de um funcionário comum ou mesmo de um auditor, mas sim teriam aproximação com a função de um criminólogo, cuja finalidade estaria pautada no controle das atividades que ocorrem na empresa para, em

tempo hábil, conseguir comunicar as problemáticas nela identificadas aos canais de denúncia competentes da empresa para reportar estes fatos aos conselhos mandantes da companhia.

Dessa feita, caso este ato não seja realizado de modo correto, seria este funcionário, dado o cargo, bem assim por sua função de garante e a sua atuação na empresa, o responsável (SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2015, p. 145) – criminalmente – pela “falha” na identificação do problema/ ato delitivo. Inclusive, é por essa própria função de garante e pelas circunstâncias envolvidas nessa dinâmica, mas não só por sua posição na companhia, que se dispõe sob sua identificação como responsável pelos fatos de risco, isto é, que se pode vincular a uma responsabilidade criminal (SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2015, p. 148).

Como ponto tocante à responsabilidade criminal, leciona Anabela Miranda Rodrigues (2020, p. 119) que o *compliance officer* somente poderá ser responsabilizado penalmente caso a omissão, relativa ao cumprimento do dever ou o seu cumprimento deficiente, tenha uma relevância ao nível da prática delitiva, uma vez que assim será considerada como uma expressão dolosa do ilícito típico, agindo, assim, com indiferença pelo bem jurídico protegido. Contudo, esse cenário exige, de modo imprescindível, que:

[...] a omissão do cumprimento de deveres revela indiferença pelo bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito E, assim, no caso de crimes dolosos, a prova de que o agente, com a sua omissão, atuou com a intenção/vontade de levar a efeito a prática ou a possível prática do crime, conforme os casos de dolo ou de dolo eventual.

Nessa linha de raciocínio, agiria, portanto, o agente com total indiferença ou de modo despreocupado, ou até mesmo negligente às incumbências a ele cabíveis e exigidas. Contudo, essa omissão deve ocorrer necessariamente durante a prática de um fato típico, ou seja, durante o início e o fim da execução do delito (RODRIGUES, 2020, p. 120-121). De mais a mais, não há que se também permitir a mera responsabilidade penal do *compliance officer* nas situações em que mesmo se verificando o cometimento do crime, este agente não violou seus deveres, tendo atuado inclusive de maneira diligente para impedi-lo (RODRIGUES, 2020, p. 123), ainda que a prática criminosa, apesar de todos seus esforços, compatíveis com o cargo e com as exigências a ele designadas, tenha ocorrido. Nesse cenário, verifica-se conforme aponta Leandro Sacerdo (2015, p. 72) que:

[...] os pressupostos fundamentadores da responsabilidade penal do *chief compliance officer* são: a) que a sua omissão refira-se a um delito que ainda não foi cometido, pois, no caso de delitos já consumados, haveria omissão na sua denúncia, ação não punível nas relações privadas; b) omissão tem que se dar em relação a uma conduta cuja realização, pelo menos em tese, faria supor a não ocorrência do delito; c) o risco do delito a ser evitado tem que integrar o rol daquelas atividades ou condutas que o encarregado de cumprimento normativo comprometeu-se concretamente a impedir que ocorressem.

Portanto, em qualquer destes casos, conforme referido autor, o dever de ação esperado por parte do *chief compliance officer* termina quando chegar nos limites dos compromissos por ele asseverados e assumidos por sua relação de trabalho, isto é, de acordo com suas atuações profissionais na companhia, de modo que não poderá simplesmente responder por atos cabíveis unicamente ao corpo diretivo e administrativo da empresa, que pode, por sua posição, responder, em tese, por todos os riscos presentes em sua atividade empresarial (ESTELLITA, 2017, p. 128-129).

Nesse sentido, direcionando a atuação para os *white-collar crimes*, podemos exemplificar o dever de ação do *chief compliance officer* para certas situações e determinado número de crimes, a título exemplificativo.

Com isso em pauta, o agente não seria somente punibilizado pela sua posição na companhia, mas sim porque, dada às circunstâncias contratuais e possibilidades de evitar a prática delitativa, o *chief compliance officer* não agiu com o dever genérico de evitar a produção do evento ilícito, circunstância esta em que opta por não impedir, mesmo quando possível, a lesão do bem jurídico protegido, havendo, portanto, uma conduta *comissiva* de sua parte.

Nesse contexto, “[...] o tipo penal infringido pelo omitente descreve conduta comissiva, como se tivesse causado o resultado. O omitente conquista o evento comissivamente incriminado por meio de um não fazer, de uma abstenção ou omissão” (CUNHA, 2015, p. 219).

Em outras palavras, em face ao seu dever de agir firmado contratualmente, figurando com posição de garante em um âmbito empresarial, o *chief compliance officer* realiza o tipo penal quando, mesmo sendo possível, não age para evitar a prática delitativa que tem conhecimento.

Assim sendo, para não nos alongarmos na temática aqui tratada, nem mesmo fazer a relação extensa de cada hipotética omissão do agente e relaciona-la ao tipo legal dos crimes ditos de “colarinho branco”; a título

exemplificativo, o *chief compliance officer* pode cometer, por definição legal, de modo omissivo impróprio, delitos como sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, delitos ambientais diversos, evasão de divisa, corrupção ativa e passiva, dentre outros, os quais, dada às suas especificidades, desenvolvem-se no âmbito empresarial – principalmente nas sociedades empresariais mais complexas - e são tutelados por parte do Direito Penal Empresarial.

Partindo desta premissa, em um cenário prático, exemplificando por meio do crime de lavagem de dinheiro, caso o *chief compliance officer*, tendo em vista suas obrigações contratuais no âmbito empresarial, sabendo que colaboradores da empresa estão na iminência de lavar dinheiro oriundo do crime de corrupção passiva - que acabou de se descobrir -, opta por deixar de agir, permitindo, pois, que este delito seja realizado, mesmo diante de sua possibilidade de sua evitação, agirá como se também tivesse praticado o núcleo do tipo penal, isto é: “[...] ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Nesse contexto, para trazer esclarecimentos sobre o ponto de incidência da responsabilidade do *compliance officer*, bem assim delimitá-la sobre uma perspectiva teórica a ser utilizada de modo hermenêutico na prática, cabe trazer à baila o quanto lecionado por Claus Roxin sobre a Teoria da Imputação Objetiva, visto que se trabalha, nesse momento, com o fato de ser caracterizada ou não a responsabilidade do *compliance officer* no âmbito empresarial e como e quando está poderá ocorrer.

Tal questão se dá visto que em razão se seu cargo, a atuação de referido sujeito envolve, por si só, um risco permitido (ROXIN, 2006, p. 17); no entanto, a depender da situação em que for analisada, poderá haver o risco fático de ser perpetrado uma infração no âmbito da companhia [risco não permitido], o qual a ele não poderá ser imputado, na ocasião que, por atuar devidamente em sua posição de garante, buscou, de modo diligente e escorreito, ainda que sem êxito, evitar a causação da infração, não podendo tal circunstância, portanto, ser enquadrada ao tipo objetivo.

Ademais, caso tal atuação ultrapasse (ROXIN, 2006, p. 17) o risco permitido, isto é, desrespeitando as normas legais e as exigências contratuais a ele exigidas, a causação do resultado será, por síntese, de responsabilidade do agente, uma vez que, dada à omissão de um dever de vigilância e/ou comunicação, permitindo, por exemplo, que delitos de cunho empresarial fossem preparados e executados no âmbito da companhia.

Ainda, conforme leciona Ricardo Robes Plana (2013, p. 320-321), embora não haja uma definição concreta sobre qual seria, de fato, a figura e as responsabilidades do *compliance officer* na companhia, há, todavia, três grandes etapas relacionadas aos programas de *compliance*, que caso devidamente analisadas poderão delimitar a representação da classe de obrigações que serão exigidas e incumbidas ao *compliance officer*, sendo elas:

a) el diseño del programa por parte del responsable de cumplimiento, que debe ser aprobado por la dirección de la empresa y debe satisfacer los estándares de calidad referidos a la identificación, control, información y evitación de los riesgos de la empresa; b) la implementación del programa, esto es, su efectiva materialización para lograr los fines preventivos en todo los niveles de la empresa; c) el control y seguimiento de las normas derivadas del programa identificando las posibles infracciones e informando a la dirección de la empresa con el fin de prevenirlas.

Para além disso, referido autor considera não haver uma posição original de garante no que se refere ao *compliance officer*, quando da ocorrência de delitos ocorridos no âmbito empresarial, isto é, sua obrigação se reduz a avaliar os riscos presentes na companhia que poderiam reverberar em infração e, diante disso, buscar a implementação de um programa que esteja de acordo com suas atribuições e a valorização dos fatos por ele analisados.

Nesse sentido, observa-se tão somente que o *compliance officer* faz parte de um órgão dito “auxiliar” no contexto persecutório empresarial, mantendo-se, portanto, a responsabilidade pelo cumprimento do Direito da Empresa como tarefa do (s) órgão (s) diretivo (s) da companhia, cuja função é realmente organizar a sistemática do *compliance*, sendo o *compliance officer* somente a parte que, por delegação, se expõe, em alguns casos estritamente delimitados, diante do cumprimento daquele.

Com isso, não haveria que se cogitar a responsabilidade do *compliance officer* no que se refere aos poderes executivos por ele não assumidos, ou seja, não há que se falar que a responsabilidade atribuída ao *compliance officer* lhe daria a característica – institucionalizada – de *cabeza de turco* - de modo que a sua responsabilidade é pautada com base no que deixou de exercer o quanto por ele esperado em razão da função, dada as exigências de sua posição de garante,

Dessa forma, de um modo geral, sua responsabilidade estaria condicionada ao âmbito de sua área de tarefas e atribuições na companhia, tendo, por sua vez, conforme ensina Heloisa Estellita (2017, p. 205), a

posição de garantidor das estruturas de uma responsabilidade vertical limitada. Desta forma, referida criminalização de seus atos ficaria condicionada à posição de garantia, em razão do controle de vigilância por delegação lhe passado pelo órgão competente (podendo ser, a exemplo, a diretoria da empresa, em que esta, conforme lecionada Ricardo Robles Plana seria o “[...] *auténtico competente primário de la evitación de delitos en la empresa*” (ROBLES PLANAS, 2013, p. 324-325).

Dito isso, por conclusão, tem-se que, em síntese, o *compliance officer* somente assumiria parte da responsabilidade que poderia ser atribuída à toda dimensão da empresa, uma vez que do quanto exigido ao contexto da companhia, somente seria responsabilizado no tocante ao dever de investigar e transmitir informações aos órgãos superiores, conforme o disposto na delegação de sua atividade.

## CONCLUSÃO

Do contexto que se debateu ao longo deste artigo, aponta-se que o *compliance officer*, ou a depender da complexidade da organização, o *chief compliance officer*, sempre terão uma posição a ser desempenhada pautada na incumbência de reportar diretamente para a presidência da empresa ou ao conselho de administração as informações coletadas no programa de *compliance*. Nesse sentido, pauta-se a responsabilidade criminal do *compliance officer* a partir da delegação relativa à competência que lhe é transferida no âmbito empresarial, ocorrendo, portanto, uma transferência e a transformação de posições de garantia.

Dessa forma, de acordo com essa delegação, o *compliance officer* irá assumir determinadas responsabilidades, as quais se apresentam mais amplas do que uma mera execução de tarefas de prevenção, de modo que deverá assegurar constantemente que a empresa tenha suas diretrizes pautadas de acordo com a legislação e que os valores regidos pelo nosso ordenamento jurídico sejam internalizados para os funcionários da companhia

Torna-se evidente a importância e a necessidade de atuações precisas do *compliance officer* no âmbito empresarial; contudo, não significa que esta posição a ele delegada poderá lhe incumbir a premissa de que poderá e deverá atuar e agir de modo impossível para evitar todo e qualquer tipo de condutas que possam ocasionar ou criar riscos de condutas ilícitas, tais como os crimes de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, delitos ambientais diversos, evasão de divisa, corrupção ativa e passiva,

dentre outros. Portanto, caso assim o fosse, o *compliance officer* não teria uma função delegada, mas seria lhe exigido (de modo equivocado) que realizasse suas funções como se fosse o executivo principal da empresa.

Com isso, a responsabilidade criminal do *compliance officer* não poderá ser pautada de modo genérico ou sem parâmetros legais, uma vez que, para tanto, um dos critérios a serem estabelecidos para possibilitar sua responsabilização criminal pela aplicação normativa, está relacionado à aplicação da análise da atuação do *compliance officer* sob a ótica dos crimes comissivos por omissão (“crimes omissivos impróprios”), a partir do quanto disposto no art. 13, §2º, do Código Penal.

Nesse sentido, o agente não seria somente punibilizado pela sua posição na companhia, mas sim pelas exigências a ele sobrepostas, quais sejam, o dever genérico de agir, para evitar a produção do evento ilícito, em que o *compliance officer* opta por não impedir, havendo uma conduta comissiva de sua parte, quando se omite para evitar a causação do resultado, em razão de um nada fazer, uma omissão.

Dentro desse cenário, tendo em vista que poderá ser responsabilizado somente por suas obrigações assumidas, não há que se considerar, portanto, que o *compliance officer* seja punibilizado criminalmente por quaisquer atos indiscriminados cometidos por terceiros dentro da companhia. Isto é, situações que sequer estariam relacionadas com a sua área e competência de atuação, uma vez que sua responsabilidade criminal termina quando chegar nos limites dos compromissos por ele asseverados e assumidos por sua relação de trabalho.

Assim, não poderá simplesmente responder por atos cabíveis unicamente ao corpo diretivo e administrativo da empresa, que, por suas elevadas posições no âmbito da empresa podem responder, em tese, por todos os riscos presentes em sua atividade empresarial.

Ainda, traz-se também a Teoria da Imputação Objetiva abordada por Claus Roxin para o tema, uma vez que tem utilização direta para limitar os parâmetros da responsabilidade do *compliance officer*, pois a atuação de referido sujeito envolve, por si só, um risco permitido. No entanto, a depender da situação em que for analisada, poderá haver o risco fático de ser perpetrado uma infração no âmbito da companhia [risco não permitido], o qual a ele não poderá ser imputado, na ocasião que, por atuar devidamente em sua posição de garante, buscou, de modo diligente e escorreito, ainda que sem êxito, evitar a causação da infração, não podendo tal circunstância, portanto, ser enquadrada ao tipo objetivo.

Dito isso, conclui-se que o *compliance officer* poderá sim, ser responsabilizado criminalmente, situação essa que deverá ser pautada sobre a normativa dos crimes comissivos por omissão, sendo, juntamente a isto, delimitada à imputação do tipo penal que poderá recair ao *compliance officer*, visto que sua atuação contém determinados parâmetros, os quais não podem passar despercebidos de análise para o momento de deliberar sobre sua responsabilidade criminal, sob pena de criar hipóteses não factíveis de criminalização de atos, pois não dialogam com as exigências de nosso ordenamento jurídico.

Com isso, deverá o *compliance officer* ser responsabilizado criminalmente somente quando, por seu cargo, e seu dever de garante delegado pela alta diretoria da empresa, optar comissivamente por não agir, quando deveria atuar para impedir e reportar um fato ilícito com ocorrência no âmbito da companhia em que atua.

## REFERÊNCIAS

ACCA, T. S.; QUEIROZ, R. M. R. Como Respondo Cientificamente uma Questão Jurídica Controversa? *In*: QUEIROZ, R. M. R.; FEFERBAUM, M. (Coord.). **Metodológica jurídica**: um roteiro prático para trabalho de conclusão de curso. Série GV Law. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83-99.

ALBAN, R. Criminal compliance como instrumento preventivo da responsabilidade dos gestores: interpretação às avessas da lei anticorrupção. *In*: ESPINEIRA, Bruno (Org); LEMOS, Rogerio Schiatti Machado; CRUZ, Sebastião dos Reis Júnior. **Crimes federais**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 431-450.

ALFARO, L. M. R. Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. *In*: AMBOS, K.; CORIA, D. C. C.; MALARINO, E. (Coord.). **Lavado de Activos y Compliance**: Perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editoreis, 2015. p. 448-484.

ANTUNES, M. J. Privatização das investigações e compliance criminal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, n.1, v.28, jan./abr. 2018. p. 119-127.

AROCENA, G. A.; CESANO, J. D. **Responsabilidad penal empresaria y criminal compliance**. Buenos Aires: Hamurabi, 2019.

BAJO FERNÁNDEZ, M. El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo español. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 26, n. 1, p. 91-139, jan./abr, 1973.

BARRILAR, C. C. **Crime empresarial, autorregulação e compliance**. São Paulo: RT, 2018.

BRASIL. Carta Circular nº. 4.001, de 29 de janeiro de 2020. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens [...] **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/carta-circular-n-4.001-de-29-de-janeiro-de-2020-240824523>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1942. 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: 22 abr.2021.

BRASIL. Decreto Regulamentador nº 8.420/2015. Regulamenta a Lei nº 12.846 [...]. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm). Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens [...]. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 04 mar. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm). Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613 [...] **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2). Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas [...] **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Resolução nº 2.554/98, de 24 de setembro de 1998. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1998. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res\\_2554\\_v3\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf). Acesso em: 22 abr. 2021.

BRITO, A. C.; MORAES, J. Criminal compliance. **Revista Penal**, Valencia, n. 44, p. 221-224, 2019.

CARDOSO, D. M. **A extensão do compliance no direito penal**: análise crítica na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro. 2012. 224 f. Dissertação (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARDOSO, D. M. Criminalidade empresarial e compliance: os criminalistas e o seu novo papel de gerenciamento de riscos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 329, p. 4-5, abril 2020.

COSTA, H. R. L.; ARAÚJO, M. P. C. Compliance e o julgamento da APn 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DEUTSCHLAND. **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH)**. BGH 5 StR 394/08. Berliner Stadtreinigung; BSR; LG Berlin, Urteil vom 17. Juli 2009. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/08/5-394-08-1.php>. Acesso em: 15 abr. 2021

ESTELLITA, H. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FELICIO, G. L. Compliance e autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica: o modelo espanhol como referência para o Brasil. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 11, n. 29, p. 243-286, jan./jul. 2020.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

GÓMEZ-ALLER, J. D. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: uma aproximación tópica. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Neto (dir.). **El Derecho Penal Económico em la era Compliance**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2013. p. 165-190.

LAMY, A. C. F.; DAVID, D. F. A adoção de programas de criminal compliance em acordos de colaboração premiada como ferramenta de enforcement. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 327, p. 7-9, fev. 2020.

LOBATO, J. D. T.; MARTINS, J. W. G. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do Compliance Officer. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 284, p. 12-14, jul. 2016.

MÁRTÍN, A. N. Introducción. *In*: ZAPATERO, L. A.; MARTÍN, A. N. (dir.). **El Derecho Penal Económico em la era Compliance**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2013. p. 11-30.

MENDES, P. S. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. **Católica Law Review**, Lisboa, v. 1, n. 3, nov. 2017. Disponível em: <https://fd.lisboa.ucp.pt/asset/3041/file>. Acesso em: 2 mar. 2021. p. 125-156.

MOLINA, A. R. Criminal compliance. **Revista Penal**, Valencia, n. 44, p. 214-264, jul. 2019.

MONTANER FERNÁNDEZ, R. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 35, p. 733-782, anual. 2015.

PINTO, N. R. **A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica**. 2016. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

RIZZO, M. B. M. **Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações**. 2. ed. atual. e rev. São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

ROBLES PLANAS, R. El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho Penal. *In*: SILVA SÁNCHEZ, J. (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 319-330.

RODRIGUES, A. M. **Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

ROXIN, C. A teoria da imputação objetiva. *In*: ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Graco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11-31.

SAAD-DINIZ, E.; SILVEIRA, R. M. J. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALLES, L. G. Criminal compliance: considerações acerca de uma possível delimitação da responsabilidade penal do empresário garantidor.. In BOTTINO, Thiago (Coord.). **Reflexos penais da regulação**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 191-211.

SANTOS, J. C. **Direito penal**: parte geral. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARCEDO, L. **Compliance e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: Construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2014. 325 f. Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SCANDELARI, G. B. **As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil**: primeira abordagem. In: BUSATO, P. C.; GUARAGNI, F. A. (Coord.); DAVID, D. F. (Org.) **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-200.

SCHMIDT, A. Z. **Direito Penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SIEBER, U. Programas de compliance em direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de. (Org.) **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 291-318.

SIEBER, U. Programas de Cumplimiento y Prevención de La Criminalidad. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Neto (dir.). **El Derecho Penal Económico em la era Compliance**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2013. p. 96-109.

SILVA, V. L. O crime de lavagem de dinheiro no Brasil: compliance criminal corporativo e os métodos de prevenção e combate do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 88, p. 55-75, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. **¿Derecho penal regulatorio?** Barcelona, 2015. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/293084/381595>. Acesso em: 13 fev. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. Montevideo: B. de F., 2013.

SILVEIRA, R. M. J.; SAAD-DINIZ, E. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, n. 25, 2013.

SOUZA, A. B. G. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 93-121, 2014.

SPÍNOLA, L. M. C. Criminal compliance e a responsabilidade dos colaboradores da empresa. **Revista In Verbis**, Natal, v. 22, n. 42, p. 187-208, jul./dez. 2017.

STEIDEL, E.; GUARAGNI, F. A. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por compliance: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade? *In*: GUARAGNI, F. A.; BACH, M. (Coord.); SOBRINHO, F. M. M. (Org.). **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. Londrina: Thoth, 2017. p. 45-78.

TABUENA, J. A. The chief compliance officer vs. the general counsel: friend or foe? **Compliance & Ethics Magazine**, [S. l.], 2006. Disponível em: [https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/past\\_handouts/CEI/2008/601-3.pdf](https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/past_handouts/CEI/2008/601-3.pdf). Acesso em: 14 mar. 2021.

WABMER, M. P. Criminal compliance. **Revista Penal**, Valencia, n. 44, p. 214-264, jul. 2019.



# REGULAÇÃO DA NANOTECNOLOGIA E NANOPLÁSTICOS DE UMA PERSPECTIVA GLOBAL

## *REGULATION OF NANOTECHNOLOGY AND NANOPLASTICS UNDER A GLOBAL PERSPECTIVE*

Daniel Francisco Nagao Menezes\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Considerações sobre definições, terminologias e classificações. 2.1 Nanomateriais. 2.2 Neoplásticos. 3 Cenário regulatório global sobre nanomateriais e nanoplásticos. 3.1 União Europeia. 3.2 Estados Unidos. 3.3 Canadá. 3.4 Ásia. 3.5 Internacional. 4 Nanotecnologia no setor de agricultura, alimentos e rações. 5 Exemplos e desafios nas avaliações de segurança de nanomateriais. 5.1 Desafios relativos aos nanoplásticos. 5.2 Padrões documentais e materiais. 6 Conclusão.

**RESUMO:** A nanotecnologia e, mais particularmente, os produtos e materiais baseados em nanotecnologia forneceram um enorme potencial para novas soluções para muitos dos desafios atuais que a sociedade enfrenta. No entanto, a nanotecnologia também é uma área de inovação de produtos que às vezes está se desenvolvendo mais rapidamente do que as estruturas regulatórias. Embora tenha havido um avanço significativo relacionado às abordagens analíticas para fins de rotulagem, bem como ao desenvolvimento de diretrizes de teste adequadas para nanomateriais e sua avaliação de segurança, ainda há necessidade de maior colaboração e consenso global no campo regulatório. Além disso, com as crescentes preocupações da sociedade sobre lixo plástico e pequenos detritos produzidos pela degradação de objetos plásticos espalhados, o impacto dos micro e nanoplásticos nos seres humanos e no meio ambiente é uma questão emergente. Apesar do aumento da pesquisa e das discussões regulatórias iniciais sobre micro e nanoplásticos, ainda existem lacunas de conhecimento e, portanto, uma necessidade urgente de ação. O objetivo do texto é apresentar incertezas e lacunas de conhecimento em relação às propriedades físico-químicas, comportamento ambiental e efeitos toxicológicos, especialmente porque os testes descritos na literatura internacional são muitas vezes feitos no início do processo de desenvolvimento do produto, e o material no produto final pode comportar-se de forma diferente. A metodologia utilizada é a hipotético dedutiva com uso da revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** nanotecnologia; nanomateriais; nanoplásticos; harmonização; ciência regulatória.

---

<sup>1</sup> \* Graduação em Direito (PUC-Campinas), Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas), em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta), Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), Pós-Doutor em Direito (USP). Pós-Doutor em Economia (UNESP-Araraquara). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Colaborador da Maestría em Economía Social da Universidad Autónoma de Guerrero (Acapulco, México). Membro do CIRIEC-Brasil.

Artigo recebido em 16/08/2022 e aceito em 17/11/2022.

Como citar: MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Regulação da nanotecnologia e nanoplásticos de uma perspectiva global. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 181, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**ABSTRACT:** *Nanotechnology and more particularly nanotechnology-based products and materials have provided enormous potential for new solutions to many of the current challenges facing society. However, nanotechnology is also an area of product innovation that is sometimes developing faster than regulatory frameworks. While there has been significant advancement related to analytical approaches for labeling purposes, as well as the development of appropriate testing guidelines for nanomaterials and their safety assessment, there is still a need for greater collaboration and global consensus in the regulatory field. Furthermore, with society's growing concerns about plastic waste and small debris produced by the degradation of scattered plastic objects, the impact of micro and nanoplastics on humans and the environment is an emerging issue. Despite increased research and initial regulatory discussions on micro and nanoplastics, there are still knowledge gaps and therefore an urgent need for action. The text seeks to demonstrate that there are still some uncertainties and knowledge gaps in relation to physicochemical properties, environmental behavior and toxicological effects, especially since the tests described in the international literature are often carried out at the beginning of the product development process, and the material in the final product may behave differently. The methodology used is the hypothetical deductive with the use of the bibliographic review.*

**Keywords:** *nanotechnology; nanomaterials; nanoplastics; harmonization; regulatory science.*

## INTRODUÇÃO

A nanotecnologia é uma área de inovação de produtos que está se desenvolvendo mais rapidamente do que as estruturas regulatórias (estruturas jurídicas). Não apresenta uma situação de tamanho único; existem muitas variantes possíveis e características associadas de qualquer tipo de material. Desde os anos 2000, o desenvolvimento da nanotecnologia levou a um enorme investimento na produção de nanomateriais. O mercado de nanomateriais pode chegar a US\$ 100 bilhões até 2025 (Savollainen *et al.*, 2013; Research and Markets, 2020). Os nanomateriais oferecem uma ampla gama de funcionalidades devido às suas propriedades físicas e químicas específicas, que promovem seu uso para atender às necessidades de uma ampla gama de aplicações. Eles oferecem novos caminhos em diagnósticos e terapias na área da saúde, por exemplo, e abrem a oportunidade de abordar necessidades médicas anteriormente não atendidas (Gajanan, Tijare, 2018; McNamara, Tofail, 2017) com um aumento gradual de produtos médicos que utilizam nanomateriais. A nanotecnologia também encontra aplicações nos setores de alimentos e agricultura, produtos de consumo, transporte e logística, energia e meio ambiente. O número e a variedade de nanomateriais novos e modificados que estão sendo desenvolvidos e a gama de aplicações aumentaram significativamente nos últimos dez anos (Patra *et al.*, 2018; Urmann *et al.*, 2017). Portanto, é de primordial importância que a ciência regulatória possa acompanhar os novos desenvolvimentos. A avaliação da segurança dos nanomateriais é um elemento importante a este respeito. O conceito

“safe-by-design” é valioso para o desenvolvimento de nanomateriais seguros (Kraegeloh *et al.*, 2018). Nas últimas duas décadas, cientistas e órgãos reguladores em todo o mundo desenvolveram diretrizes para avaliações toxicológicas e métodos analíticos para implementar definições e outros requisitos regulatórios, como rotulagem. No entanto, o crescente número de diferentes tipos de novos materiais com maior complexidade complica ainda mais os desafios, mesclando nanotecnologias com outras tecnologias emergentes, que são incorporadas em novos produtos.

Os nanomateriais em geral são muitas vezes feitos propositalmente devido às suas propriedades únicas, mas também podem estar presentes involuntariamente em produtos devido à distribuição do tamanho das partículas. Um tipo específico de nanomateriais, os nanoplásticos, são encontrados principalmente como produtos de degradação de materiais plásticos. Embora os benefícios do plástico para a sociedade sejam inquestionáveis, há uma necessidade urgente de gerenciar melhor sua cadeia de valor. Além das crescentes preocupações com o lixo plástico, pequenos fragmentos de plástico tornaram-se outra grande preocupação, pois foram detectados de forma onipresente e podem entrar em contato com o corpo humano através da exposição do ar, água e alimentos. Esses fragmentos de plástico são chamados de nano e microplásticos, pois seu tamanho externo varia de nanômetros até muito além da escala micrométrica. Tornou-se cada vez mais evidente que é necessária uma abordagem ampla e sistêmica para alcançar ações e soluções sustentáveis ao longo de toda a cadeia de suprimentos de plástico, com uma necessidade global urgente de monitoramento do meio ambiente e alimentos (Alexy *et al.*, 2020). A composição de micro e nanoplásticos é heterogênea, pois eles se degradam a partir de muitos diferentes plásticos contendo muitos aditivos e outras substâncias. Apesar do número crescente de projetos de pesquisa, faltam métodos analíticos adequados e validados para amostragem, identificação e quantificação de micro e nanoplásticos, bem como falta de dados de perigo e destino, que permitiriam sua avaliação de risco. No entanto, há uma sobreposição relacionada aos desafios para a avaliação de risco de nanomateriais em geral e o campo mais específico de nanoplásticos.

Os membros da Global Coalition for Regulatory Science Research (GCRSR) – criada em 2013 sob a liderança da Food and Drug Administration (FDA) dos EUA – é composta por órgãos reguladores de dez países, incluindo a União Europeia (UE). O objetivo desta parceria global é melhorar a pesquisa científica regulatória sobre a segurança e

eficácia de produtos de consumo, incluindo alimentos e medicamentos. O foco está em tecnologias emergentes e ciência de big data por meio da facilitação e promoção do desenvolvimento de ciência regulatória avançada que é diretamente aplicável à saúde pública. Desde 2013, o GCRSR sedia conferências anuais do GSRS como uma plataforma para melhorar a comunicação entre os reguladores internacionais (Healy *et al.*, 2016; Pettit *et al.*, 2016; Sliker *et al.*, 2018; Tong *et al.*, 2015; Thakkar *et al.*, 2020).

O foco do GCRSR é em tópicos da nanotecnologia relacionados a avanços em padrões, dispositivos médicos/medicamentos e alimentos, a avaliação de segurança de nanomateriais e os nanoplásticos poluentes emergentes, fornecendo uma plataforma para reguladores, formuladores de políticas e cientistas trocarem opiniões sobre tecnologias inovadoras, métodos e avaliações regulatórias, bem como harmonizar estratégias por meio de colaboração global.

A cúpula do GCRSR de 2019 foi concluída com uma discussão focada em quais ações precisam ser tomadas e realizadas nessas áreas e identificadas lacunas de pesquisa e/ou prioridades na ciência regulatória. O foco foi o estabelecimento de plataformas, mecanismos, comunidades de prática e redes para facilitar colaborações efetivas entre parceiros internacionais.

O objetivo do artigo é analisar criticamente os principais tópicos discutidos no GSRS 2019, incluindo a estrutura regulatória de vários órgãos reguladores e sua comparação e as conclusões sobre o caminho a seguir para enfrentar os desafios emergentes relacionados à nanotecnologia e nanoplásticos. Para isto foi utilizada metodologia hipotético dedutiva, com emprego de revisão bibliográfica, centrada em obras estrangeiras, para demonstrar a hipótese e construção dos argumentos.

## **1 CONSIDERAÇÕES SOBRE DEFINIÇÕES, TERMINOLOGIAS E CLASSIFICAÇÕES**

### **1.1 Nanomateriais**

Há muitos anos, a nanotecnologia e, mais particularmente, os produtos e materiais baseados em nanotecnologia têm demonstrado um enorme potencial para novas soluções para muitos dos desafios atuais que a sociedade enfrenta. Os nanomateriais manufaturados são componentes-chave de produtos inovadores, e muitos produtos de consumo (incluindo alimentos) contendo nanomateriais podem ser encontrados atualmente

no mercado global. Para obter aceitação dos consumidores destes novos produtos, é importante que sejam seguros para os seres humanos e para o ambiente. Portanto, é de extrema importância que os reguladores acompanhem os rápidos desenvolvimentos, pois alguns nanomateriais podem ter um potencial de risco maior do que outros. Para avaliações de segurança comparáveis – seguindo o conceito de “*safe-by-design*” – é importante usar abordagens harmonizadas. Isso requer a disponibilidade de métodos analíticos apropriados para a detecção e determinação de nanomateriais em uma variedade de matrizes (por exemplo, meio ambiente e bens de consumo) para avaliação da exposição, mas também métodos toxicológicos apropriados para avaliações de perigos.

Devido à alta complexidade dos nanomateriais e aos diferentes escopos de regulamentação, uma definição uniforme em todas as áreas regulatórias é muito desafiadora, dificultando a identificação e quantificação uniforme de tais materiais. Idealmente, uma definição regulatória deve ser abrangente para incluir os nanomateriais que representam riscos, mas, por outro lado, não deve ser excessivamente ampla para que a implementação seja possível. Uma definição muito ampla provavelmente levará a uma sobrecarga de informações para os reguladores e a altos custos de conformidade regulatória para todas as partes interessadas (Dana, 2010). Várias definições foram elaboradas pelos vários intervenientes, sendo muitas vezes inconsistentes nos seus elementos e âmbito (Rauscher *et al.*, 2019a). É importante notar que esta definição não diferencia entre materiais perigosos e não perigosos. As definições regulatórias e consultivas do termo “nanomateriais” foram revisadas juntamente com uma avaliação comparativa (Boverhof *et al.*, 2015), concluindo que as definições não estão alinhadas. Mais recentemente, foi realizada uma avaliação sobre os desafios legais e práticos na classificação de nanomateriais de acordo com as definições regulatórias (Miernicki *et al.*, 2019). A Comissão Europeia empreendeu um esforço muito considerável para fornecer esclarecimentos sobre os principais conceitos e termos usados na definição de Nanomateriais da CE (Rauscher *et al.*, 2019a; Mech *et al.*, 2020b), resultando em vários projetos de pesquisa europeus e elaborar orientações e métodos para a legislação setorial.

Em relação ao termo “Nanobiotecnologia” ou “Bionanotecnologia” não há uma definição clara, mas há um alto ritmo de desenvolvimento científico e uma convergência de tecnologias. O termo “bionano” refere-se a moléculas biológicas que são usadas para projetar e desenvolver estruturas complexas em nanoescala para uma funcionalidade específica

(por exemplo, o chamado DNA-origami, RNA-origami e estruturas de proteínas de design) em combinação com nanomateriais (Puchner *et. al.*, 2014). O origami de DNA é uma automontagem de moléculas de DNA, geralmente uma longa fita de DNA à qual fitas de DNA menores se ligam em locais pré-determinados para formar a estrutura e o tamanho 2-D ou 3-D desejados (tipicamente entre 25 nm e 15 nm) em que moléculas de superfície e nanomateriais podem ser acoplados.

## 1.2 Neoplásticos

Os detritos plásticos são formados principalmente no meio ambiente pela fragmentação de objetos maiores que consistem em polímeros naturais sintéticos ou modificados como ingrediente essencial e que não cumprem a função pretendida. Os detritos plásticos podem ser ainda categorizados de acordo com o tamanho (incluindo microplásticos, submicrônicos e nanoplásticos), forma, cor e origem (Hartmann, 2019). Quando a fragmentação de pequenas partículas de plástico continua e as dimensões externas das partículas de plástico caem abaixo de um determinado tamanho (1000 nm ou 100 nm, dependendo da definição usada), os microplásticos tornam-se nanoplásticos, que podem ser considerados como um tipo específico de nanomaterial.

Os microplásticos primários são materiais fabricados intencionalmente, como pellets, pós e depuradores, enquanto os microplásticos secundários resultam da decomposição do material plástico que chega, por exemplo, ao ambiente marinho (por exemplo, de artes de pesca, gaiolas, boias, barcos e embalagens) ou da degradação em uso (por exemplo, fibras têxteis e pneus). Ainda não está claro o quanto os microplásticos tendem a adsorver contaminantes que estão presentes em seu entorno, por exemplo água marinha, ou atrair (microrganismos) vivos (invertebrados marinhos, bactérias, fungos, vírus) que podem usá-los até mesmo como substrato. Esses microplásticos podem entrar na cadeia alimentar e podem ser ingeridos pelos humanos através do consumo de peixes e frutos do mar, principalmente aqueles consumidos completamente, ou seja, sem a remoção de seu trato digestivo (Alexy *et al.*, 2020). Neste contexto, deve-se ressaltar que o número de partículas plásticas primárias em relação às secundárias é menos relevante.

Na literatura científica, existe atualmente um acordo geral (com algumas exceções, por exemplo ISO) que os microplásticos incluem

partículas e fibras de plástico com menos de 5 mm, enquanto a definição de nanoplásticos é menos bem estabelecido. O termo nanoplásticos pode ser ligado ao termo mais geral nanomaterial, considerando não apenas as dimensões externas das partículas como critério, mas também a composição química das partículas. Como o termo nanomaterial está bem estabelecido – pelo menos na legislação da UE -, seria útil basear uma definição de nanoplásticos na de nanomaterial. Seguindo esta lógica, os nanoplásticos seriam um nanomaterial que cumpre a Recomendação da CE para uma definição de nanomaterial e contém polímero(s) sintético(s) ou semi-sintético(s). No entanto, é uma questão em aberto quão grande deve ser a fração de polímero para que o material possa se qualificar, como um todo, como nanoplástico. Uma proposta feita pela Agência Europeia de Produtos Químicos (ECHA) em 2019 para uma definição de microplásticos mostra que tal decisão está longe de ser trivial (ECHA, 2019). Se os nanoplásticos adicionados intencionalmente forem considerados um tipo específico de nanomaterial, as disposições legais para os nanomateriais também se aplicam aos nanoplásticos. Uma abordagem análoga pode ser concebida também para outras jurisdições em todo o mundo, que utilizam o termo nanomaterial, embora sem definição formal.

Para concluir, quanto aos nanomateriais, uma definição adequada e harmonizada (e implementável) é importante para fins de monitoramento confiável dessas pequenas partículas de plástico no meio ambiente, alimentos e produtos de consumo, bem como para sua avaliação de segurança (Frias, Nash, 2019; Gigault *et al.*, 2018; Hartmann, 2019).

## **2 CENÁRIO REGULATÓRIO GLOBAL SOBRE NANOMATERIAIS E NANOPLÁSTICOS**

Conforme mencionado acima, a avaliação de segurança é parte essencial do processo de desenvolvimento de produtos e pré-requisito para sua liberação no mercado. Portanto, é importante considerar esses elementos o mais cedo possível e continuamente na cadeia de valor. A nanotecnologia é uma área de inovação de produtos para, por exemplo, melhorar as propriedades dos materiais, reduzir o consumo de materiais, aliviar o desperdício e apoiar a redução de emissões para o meio ambiente. O compartilhamento de resultados de pesquisa e instalações de pesquisa está fortalecendo a base científica para a regulamentação de nanomateriais e produtos baseados em nanotecnologia (Devasahayam, 2019; Hodge *et al.*, 2009).

Embora a invenção dos plásticos possa ser vista como um verdadeiro sucesso na satisfação das necessidades da sociedade moderna, alguns dos seus impactos adversos têm sido um pouco negligenciados, levando a ameaças ao meio ambiente e, portanto, também representando um desafio social. Globalmente, apenas cerca de 15% dos resíduos plásticos são coletados para reciclagem, enquanto a maioria acaba em aterros sanitários ou no meio ambiente, e nos oceanos. Portanto, há uma necessidade premente de medidas regulatórias, incluindo aquelas voltadas para as questões associadas aos microplásticos, maior transparência no uso de aditivos em plásticos e melhoria da reciclabilidade (Alexy *et al.*, 2020). A este respeito e como um bom começo, a UE adotou recentemente disposições para reduzir o uso de produtos plásticos de uso único, que representam a maior parte de todo o lixo marinho (Addamo *et al.*, 2018). No entanto, são necessários mais esforços em nível global, como a revisão da legislação de resíduos em todo o mundo, a implementação de um sistema de gerenciamento de resíduos eficiente, possíveis restrições de microplásticos primários adicionados intencionalmente; e medidas de rotulagem adequadas para sensibilizar os consumidores para melhorar a qualidade da recolha de resíduos. Os formuladores de políticas precisam alcançar as indústrias, pressionando pela inovação e facilitando a aceitação regulatória de novos materiais. Até o momento, dados robustos para entender a exposição de humanos e do meio ambiente a micro e nanoplásticos são escassos e, conseqüentemente, os riscos ainda são desconhecidos, tornando este tema importante na área de ciência regulatória.

## 2.1 União Europeia

Para a UE, uma abordagem cada vez mais importante para a nanosseguurança é o conceito de *safe-by-design*: criando os nanomateriais do futuro. Os produtos baseados em nanomateriais ou em nanotecnologia precisam ser seguros para uso em todo o ciclo de vida, desde a produção até o descarte, ou reciclagem e reutilização. *Safe-by-design* é um conceito geral estabelecido em inovação industrial e foi inicialmente formulado para nanomateriais no projeto emblemático da UE NANoREG (Gottardo *et al.*, 2017). A abordagem *safe-by-design* deve ser um meio de impulsionar a inovação. Os mecanismos de apoio incluem hubs de inovação digital e bancos de teste de inovação aberta. Com a organização de pesquisa no centro, os Digital Innovation Hubs pretendem ser um balcão único para

empresas – especialmente PMEs, start-ups e mid-caps (empresas com valor de mercado entre US\$ 2 e US\$ 10 bilhões) – para acessar tecnologia, incluindo instrumentos de teste, receber aconselhamento financeiro e fazer uso de inteligência de mercado e oportunidades de networking. Os bancos de testes de inovação aberta oferecem acesso às instalações físicas, capacidades e serviços necessários para o desenvolvimento, teste e upscaling de materiais avançados em ambientes industriais (Lima da Cunha, 2019).

A Agência Europeia de Produtos Químicos (ECHA), uma agência executiva europeia independente financiada pela União Europeia, aborda a avaliação de segurança de produtos químicos, incluindo nanomateriais fabricados, regulamentados pela legislação química europeia REACH EC 1907/2006. O Regulamento REACH estabelece o sistema na União Europeia para o registro, avaliação, autorização e restrição de produtos químicos. Os pilares são o registro de produtos químicos com base nas informações fornecidas pelas empresas e a avaliação desses produtos químicos pelos Estados-Membros da UE. No entanto, o REACH é apenas parte da legislação da UE que trata dos nanomateriais, uma vez que eles também podem se enquadrar em leis sobre segurança no trabalho, cosméticos, embalagens de alimentos, biocidas, alimentos e rações. Em 2018, a alteração do REACH introduziu requisitos de informação nanoespecíficos e novas disposições para a avaliação da segurança química e obrigações do usuário a jusante (ECHA, 2020). Além de seu papel regulador, a ECHA hospeda o Observatório de Nanomateriais da UE que visa fornecer informações objetivas e confiáveis ao público e outros sobre aspectos de inovação e segurança de nanomateriais no mercado da UE (Sumrein, 2019).

A Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA), outra agência executiva europeia independente, avalia os riscos associados aos alimentos e à cadeia alimentar (segurança dos alimentos e dos alimentos para animais). Isso inclui alegações nutricionais e de saúde, riscos biológicos, saúde e bem-estar animal, contaminantes, aditivos para rações e alimentos, proteção e saúde de plantas. A EFSA fornece aconselhamento científico adequado para informar os decisores políticos europeus e apoiar a regulamentação e a sua implementação para a saúde humana, animal e vegetal. Também utiliza a avaliação de risco ambiental para explorar o possível impacto da cadeia alimentar na biodiversidade dos habitats de plantas e animais. Para abordar o uso de nanotecnologias e nanomateriais,

a EFSA estabeleceu uma rede científica para avaliação de risco do uso de nanotecnologias em alimentos e rações (EFSA, 2020) para facilitar a troca de informações entre os Estados-Membros da UE e priorizar as atividades de avaliação de risco. Além disso, possui um grupo de trabalho específico sobre nanotecnologias em alimentos e rações e publicou um Guia sobre avaliação de risco da aplicação de nanociências e nanotecnologias na cadeia alimentar e animal. Os aspectos regulatórios da nanotecnologia no setor de agricultura/rações/alimentos em países da UE e fora da UE foram revisados por Amenta e outros em 2015 (Amenta *et al.*, 2015).

A Agência Europeia de Medicamentos (EMA) é outra agência da União Europeia. Opera uma definição funcional de nanomedicamentos como medicamentos que são sistemas propositadamente concebidos para aplicações clínicas e têm pelo menos um componente à nanoescala, conduzindo a propriedades específicas definíveis e caracteriza-se por proporcionar vantagens clínicas, oferecendo a nanotecnologia benefícios específicos em, por exemplo, dosagem, direcionamento de drogas ou toxicidade reduzida (Perez de la Ossa, Bremer-Hoffmann, 2019).

O Green Deal da Comissão Europeia é um roteiro ambicioso que visa uma economia neutra em termos de clima, poluição zero, sustentável, circular e inclusiva. Ela impulsiona a “Nova Estratégia Industrial para a Europa” e a próxima nova Estratégia de Sustentabilidade para Produtos Químicos da UE. O Pacto Ecológico Europeu é parte integrante da estratégia da CE para implementar a Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável. O Green Deal especifica que a Comissão Europeia dará seguimento à estratégia de plásticos de 2018, concentrando-se, entre outras questões, em medidas para combater microplásticos adicionados intencionalmente e liberações não intencionais de plásticos, por exemplo, de têxteis e pneus, e a CE irá desenvolver um quadro regulamentar para plásticos biodegradáveis e de base biológica. A CE já implementou medidas sobre plásticos de uso único e proporá outras medidas para combater a poluição do escoamento urbano e de fontes de poluição novas ou particularmente nocivas, como microplásticos e produtos químicos. Uma ação sobre os plásticos já foi identificada como prioritária no Plano de Ação para a Economia Circular, para ajudar as empresas e os consumidores europeus a utilizar os recursos de forma mais sustentável. A Estratégia Europeia para Plásticos em uma Economia Circular foi adotada em janeiro de 2018 para transformar a forma como os produtos plásticos são projetados, usados, produzidos e reciclados na UE. Entre

outras medidas, propõe um melhor design de produtos plásticos, taxas mais altas de reciclagem de resíduos plásticos, mais reciclados e de melhor qualidade para impulsionar o mercado de plásticos reciclados. A Comissão Europeia já iniciou o processo para restringir o uso de microplásticos adicionados intencionalmente. Atendendo a um pedido da CE, a ECHA preparou uma proposta de restrição para partículas de microplástico que são adicionadas intencionalmente a misturas utilizadas por consumidores ou profissionais. Se adotada, a restrição pode reduzir a quantidade de microplásticos liberados no meio ambiente na UE em cerca de 400 mil toneladas ao longo de 20 anos. A quantidade crescente de microplásticos da fragmentação de pedaços maiores de resíduos plásticos, mas também entrando diretamente no meio ambiente, é reconhecida como um desafio fundamental na estratégia de plásticos. Embora a Diretiva da UE 2019/904 seja, em primeiro lugar, uma medida para reduzir o aumento constante na geração de resíduos plásticos e o vazamento de resíduos plásticos no meio ambiente, também ajuda, como consequência, a reduzir a quantidade de microplásticos vindo da fragmentação. De acordo com a estratégia de plásticos, será estabelecido um marco regulatório para plásticos com propriedades biodegradáveis que também deve ajudar a retardar o acúmulo de micro e nanoplásticos no meio ambiente.

## **2.2 Estados Unidos**

O US-FDA define ciência regulatória como a ciência de desenvolver novas ferramentas, padrões e abordagens para avaliar a segurança, eficácia, qualidade e desempenho de todos os produtos regulamentados pela FDA (Goering, 2019). A abordagem da FDA para a regulamentação da nanotecnologia é aceitar que a promessa, o risco e a incerteza acompanham todas as tecnologias emergentes. Isso resulta na decisão de não introduzir novas regulamentações específicas apenas para nanomateriais, com a suposição de que a estrutura existente é suficiente para regular nanomateriais e produtos contendo nanomateriais. A esse respeito, a varredura de horizonte e as revisões internas de envios de produtos são componentes-chave na abordagem da FDA.

As instalações principais de nanotecnologia fornecem capacidade de teste laboratorial na FDA, permitindo o desenvolvimento de métodos e padrões de teste relacionados à avaliação de segurança de nanomateriais ou de produtos contendo nanomateriais ou baseados no envolvimento de

nanotecnologias. O programa FDA CORES (Collaborative Opportunities for Research Excellence in Science) foi estabelecido para promover pesquisas colaborativas e interdisciplinares sobre caracterização de produtos e avaliação de segurança. Além disso, o FDA possui um programa de treinamento específico para sua equipe avaliar dados científicos para aplicações regulatórias envolvendo nanotecnologias e realiza análises de lacunas com posterior pesquisa colaborativa. O resultado resulta em documentos de orientação, especialmente aqueles de apoio à indústria e no desenvolvimento e reconhecimento de padrões. Para isso, a FDA colabora com outros departamentos e agências governamentais dos EUA por meio da Iniciativa Nacional de Nanotecnologia e busca um diálogo com a indústria na fase inicial de desenvolvimento do produto. O NNI é um esforço colaborativo de mais de 20 departamentos e agências dos EUA, operando sob o Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia do Escritório de Política Científica e Tecnológica da Casa Branca. Ele se concentra em seis tópicos principais: infraestrutura de medição de nanomateriais, avaliação da exposição humana, saúde humana, meio ambiente, avaliação de risco e gerenciamento de risco, informática e modelagem. Isso inclui documentos de orientação que abrangem tópicos como segurança dos trabalhadores e a organização de webinars relacionados à caracterização e quantificação de nanomateriais (Friedersdorf, 2019). O Escritório Nacional de Coordenação de Nanotecnologia (NNCO) e a Comissão Europeia facilitam através das Comunidades de Pesquisa em Nanotecnologia (CoRs) UE-EUA, um esforço liderado pela ciência, aberto a pesquisadores em todo o mundo. Um projeto importante nesse sentido é a colaboração do Laboratório de Caracterização de Nanomedicina da UE (EU-NCL) – uma instituição descentralizada composta por vários laboratórios especializados europeus – com seu equivalente nos EUA, o laboratório de caracterização de nanotecnologia do Instituto Nacional do Câncer dos EUA (NCI-NCL).

No que diz respeito às atividades em nanoplásticos, existe um Grupo de Interesse de Nanoplásticos informal dos EUA com mais de 20 agências dos EUA. Este grupo está interessado em alavancar os avanços aprendidos com a nanotecnologia, construindo relacionamentos e mecanismos de colaboração e concentrando-se em abordar as preocupações atuais e prevenir a contaminação do meio ambiente e da cadeia alimentar.

O objetivo do Escritório da FDA na Europa é promover a colaboração e compartilhar conhecimento e informações com as autoridades reguladoras homólogas da FDA na Europa. Isso não se limita apenas à UE,

pois inclui a Rússia e a Ásia Central. Este Escritório apoia principalmente a cooperação regulatória geral entre os EUA e a UE, com foco na coerência de políticas, diálogo regulatório, análise de políticas e engajamento estratégico. As tecnologias emergentes estão entre as áreas de trabalho recentes do Escritório, conforme destacado no Acordo de Reconhecimento Mútuo (MRA) UE-EUA. Outros temas foram o acordo sobre inspeções de boas práticas de fabricação farmacêutica (BPF), a colaboração com a Agência Europeia de Medicamentos (EMA), mantendo parceria com a EFSA, em dispositivos médicos e certificações de exportação. O MRA foi o resultado do culminar de cinco anos de estreita colaboração entre a FDA, CE, EMA e Estados Membros da UE, o que significa que os EUA e a UE podem agora confiar nas inspeções farmacêuticas de cada um, evitando a duplicação e permitindo a realocação de recursos para prioridades riscos à saúde pública em todo o mundo (Nalubola, 2019).

### **2.3 Canadá**

Vários departamentos e agências canadenses realizam projetos para o uso seguro da nanotecnologia, mas também na avaliação de risco de nanoplásticos, incluindo Health Canada, Environment and Climate Change Canada, Agriculture and Agri-Food Canada e a Agência Canadense de Inspeção de Alimentos. Essas organizações adotam um foco regulatório na mitigação de riscos, no estabelecimento de um inventário de produtos no mercado contendo nanomateriais e na avaliação dos efeitos biológicos de nanomateriais específicos. Isso inclui o entendimento de como os produtos nanomateriais são usados ou consumidos, considerando o ciclo de vida e a exposição. O Plano de Gerenciamento Químico do Governo Canadense (CMP) exige ações sobre substâncias novas e existentes potencialmente nocivas, incluindo nanomateriais.

A abordagem regulatória canadense de nanomateriais segue a recomendação do Conselho da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) sobre testes de segurança e avaliação de nanomateriais manufaturados para regulamentação sob a Lei Ambiental Canadense. A Lei Canadense de Alimentos e Medicamentos, Lei de Segurança de Produtos de Consumo e Produtos Perigosos, Lei de Produtos de Controle de Pragas, Lei de Alimentos, Lei de Fertilizantes e Lei de Saúde dos Animais também podem ser aplicadas no âmbito dos nanomateriais. Como há muita semelhança em relação à definição de nanomateriais dos

EUA e do Canadá e uma estreita colaboração regulatória por meio do Conselho de Cooperação Regulamentar Canadá-EUA, os departamentos relevantes trabalham em estreita colaboração para desenvolver uma abordagem comum para priorizar ações e realizar avaliações comuns de risco de nanomateriais. Isso inclui um esquema de classificação comum para nanomateriais com base em sua composição química e propriedades únicas. Este esquema permitirá a identificação de nanomateriais que se comportam de forma diferente de produtos não nanométricos. A avaliação dos nanomedicamentos é realizada no Centro Nacional Canadense de Excelência em Nanomedicina, visando a entrega de medicamentos, terapia genética e diagnóstico. O Canadá está há muito tempo na vanguarda no desenvolvimento de nanomedicamentos para quimioterapia e terapia genética. Foi revelado que os sistemas de nanopartículas não virais são benéficos na entrega da informação genética, facilitam o processo de fabricação e têm custos mais baixos. Embora os resultados da pesquisa sejam promissores, ainda existem muitos desafios regulatórios, principalmente quando os medicamentos são individualizados para pacientes ou pequenos grupos de pacientes (Cullis, 2019). Por meio das atividades da OCDE, as agências canadenses também trabalham em estreita colaboração com as agências reguladoras da UE.

## **2.4 Ásia**

A ciência regulatória no Japão visa alcançar o melhor resultado para a saúde humana e a sociedade, definido pela política de saúde apropriada com o objetivo de transferir rapidamente os resultados da pesquisa para aplicações práticas. A responsabilidade pela regulamentação e ciência regulatória nesta área é do Ministério da Saúde, Trabalho e Bem-Estar do Japão (MHLW), da Agência de Dispositivos Farmacêuticos e Médicos (PMDA), do Instituto Nacional de Ciências da Saúde (NIHS) e da Agência de Pesquisa e Desenvolvimento (AMED). Dentro do PMDA, um Centro de Ciência Regulatória foi estabelecido em 2018 para promover – entre outras – abordagens inovadoras para terapias e tecnologias avançadas, incluindo nanotecnologias, com foco principal na varredura do horizonte para permitir que os reguladores acompanhem os novos desenvolvimentos. Há um esforço robusto no uso de dados clínicos e dados de registros eletrônicos de saúde para identificar eventos adversos e apoiar o desenvolvimento e avaliação de produtos em grandes populações.

A pesquisa está no centro de todas as atividades deste sistema integrado. A pesquisa científica regulatória sobre produtos farmacêuticos de ponta foi intensificada pela Lei de Promoção das Indústrias de Saúde e Avanço das Tecnologias de Saúde.

Em 2019, o governo indiano divulgou diretrizes para a avaliação de nanofármacos que abrangem a fundamentação científica para o desenvolvimento de tais novos medicamentos e a comparação com medicamentos existentes para alcançar - por meio de estudos *in vitro* e *in vivo* - maior segurança, eficácia, redução no perfil de toxicidade, redução da dose necessária ou frequência de administração, melhorias para os pacientes, custo-benefício e/ou outros benefícios (Dinda, 2019).

Nanomedicina é uma área de pesquisa da Universidade Nacional de Cingapura, que fornece suporte a desenvolvedores de medicamentos e órgãos reguladores em testes clínicos e laboratoriais, identificando os atributos críticos de qualidade dos nanomedicamentos a partir de conjuntos de dados clínicos e determinando quais métodos *in vitro* e *in vivo* podem fornecer marcadores relevantes para o desempenho clínico. Desafios importantes incluem a previsão precisa para a eliminação de lipossomas de longa circulação, o problema de que mesmo modelos *in vitro* cada vez mais complexos ainda não melhoram as previsões do desempenho clínico e os dados limitados disponíveis na literatura no que diz respeito à caracterização de nanocarreadores (Wacker, 2019).

## **2.5 Internacional**

O International Pharmaceutical Regulators Program (IPRP) – sob a égide do International Council for Harmonization of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human use (ICH) – identifica e aborda questões emergentes de interesse compartilhado na regulamentação farmacêutica. Seu escopo abrange nanomedicamentos, nanomateriais em medicamentos, produtos limítrofes e combinados e metodologias utilizadas para o desenvolvimento e avaliação. Os membros do grupo de trabalho específico de nanomedicinas do IPRP incluem representantes de governos e agências de países das Américas, Ásia, Europa e Oceania. Seus objetivos são compartilhamento de informações não confidenciais, harmonização regulatória, colaboração entre reguladores internacionais na organização de treinamento e divulgação para comunidades de inovadores em nanomedicina e outras partes interessadas.

Deve ser finalmente mencionado aqui que o que realmente precisa ser relatado sobre nanomateriais aos reguladores e em quais métricas (ou seja, com base em números ou peso de partículas) depende da regulamentação aplicável em setores e jurisdições específicos. Por exemplo, a distribuição do tamanho das partículas com base no número de partículas é necessária para a identificação de nanoformas de acordo com a legislação REACH na UE, enquanto a fração em peso de partículas em nanoescala determina se a notificação de um material à EPA dos EUA é necessária sob o Controle de Substâncias Tóxicas dos EUA. Às vezes, ambas as métricas são necessárias, por exemplo, para notificação de um nanomaterial no Portal de Notificação de Produtos Cosméticos da Comissão Europeia (CPNP).

### **3 NANOTECNOLOGIA NO SETOR DE AGRICULTURA, ALIMENTOS E RAÇÕES**

Os nanomateriais podem ser usados intencionalmente como/em formulações de alimentos ou podem estar presentes involuntariamente, especialmente quando se trata de sua forma em pó. Um exemplo proeminente é o dióxido de titânio. Na UE, como aditivo alimentar, deve ser rotulado de acordo com o disposto no Regulamento (UE) n.º 1169/2011. Se estiver presente também na forma de nanomateriais de engenharia, de acordo com o artigo 18.º, n.º 3, do presente regulamento, deve ser claramente indicado na lista de ingredientes. Neste caso, o nome do ingrediente deve ser seguido da palavra ‘nano’ entre parênteses (Geiss *et al.*, 2020).

Os benefícios da nanotecnologia para a produção de ingredientes alimentícios usando encapsulamento incluem melhor biodisponibilidade e/ou absorção; mascarar sabores ou sabores indesejáveis; alcançar a liberação controlada dos ingredientes encapsulados (por exemplo, de vitaminas ou minerais); proteger as substâncias encapsuladas do ambiente externo; e alcançar uma interação controlada entre o ingrediente encapsulado e a matriz alimentar. Existem, no entanto, muitas variáveis em tais sistemas de entrega de tamanho nano. Algumas estruturas funcionam bem na água, mas não são necessariamente transferíveis para outras matrizes alimentares. Os sistemas de entrega precisam ser de grau alimentício, seguros e compatíveis com a matriz alimentar. A liberação do ingrediente encapsulado depende de muitas variáveis, incluindo a

forma e as dimensões do sistema de liberação; sua composição química; o tipo de ingrediente e sua difusividade e solubilidade no encapsulante; a proporção de ingredientes no sistema de entrega e no meio externo; e a carga de encapsulamento e a eficiência de carregamento. Os mecanismos de liberação de sistemas de entrega de tamanho nanométrico resultam em vários processos de difusão no corpo humano, entre outros, a degradação por enzimas digestivas. Embora já existam vários produtos à venda, há uma forte motivação para desenvolver uma formulação ideal. O objetivo é usar menos ingredientes e ter uma biodisponibilidade melhorada. É de grande importância ter informações sobre os riscos potenciais à mão antes que os materiais nanométricos encontrem ampla aplicação no setor de alimentos. Ainda não está claro se os materiais nanométricos são digeridos de maneira diferente de seus respectivos cursos ou materiais a granel. Caso a absorção e a biodisponibilidade de nutrientes nanométricos/encapsulados possam ser melhoradas, podem ser necessárias modificações na dieta para chegar às ingestões diárias aceitas para os materiais em sua forma nano. Há uma necessidade urgente de experimentos *in vitro* e *in vivo* para estudar a eficácia dos sistemas de entrega, bem como os potenciais efeitos adversos (Greiner, 2019).

O principal fator para a aplicação da nanotecnologia na área de proteção fitossanitária é abordar as deficiências dos produtos existentes. Os pesticidas atualmente autorizados e aplicados podem ser melhorados através de três vias principais: aplicação mais eficiente de suspensões estáveis dando cobertura homogênea; redução de perdas e transporte para áreas não-alvo; e interações melhoradas com o hospedeiro ou com o alvo (por exemplo, melhor absorção). Já existe uma grande variedade de pesticidas nano-ativados no mercado, sendo a primeira geração incluindo metais e óxidos metálicos e a segunda geração contendo nanotransportadores carregados com uma substância ativa. Este último pode ser, por exemplo, um pesticida existente, um novo nanopesticida ou nanotransportadores inspirados na natureza. A durabilidade de um nano-pesticida é quanto tempo ele mantém as propriedades que são específicas ao seu tamanho nano. Os nanopesticidas podem ter distribuição de tamanho ou taxa de liberação diferente. As abordagens de medição são atualmente limitadas e é necessário mais trabalho para caracterizar os nanopesticidas ao longo do tempo após a aplicação em campo (Kah, 2019).

Outra aplicação dos nanomateriais na cadeia agroalimentar/alimentar é a redução do desperdício. Além de muitas outras causas, o

desperdício de alimentos pode ser devido à deterioração bacteriana, química ou fúngica. A detecção precoce e rápida de patógenos não é apenas de extrema importância para a segurança alimentar e saúde pública, mas também para a indústria de processamento de alimentos. Dispositivos de detecção de deterioração usam cada vez mais nanomateriais, como em tecnologias de detecção de gás semicondutor de óxido metálico, encontrando aplicação na indústria de carnes. A sensibilidade dos sensores é aprimorada pelo uso de nanomateriais que oferecem uma área de superfície mais alta por volume de material de detecção. Dispositivos nano habilitados também estão sendo desenvolvidos para a detecção rápida, sensível e seletiva de, por exemplo, salmonela e patógenos da hepatite C. Esses biossensores de tamanho nano podem reduzir o tempo de detecção de dias para algumas horas, reduzindo também os custos (Bosnick, 2019). A pesquisa está em andamento em sensores baseados em nano imprimíveis para a detecção de resíduos de patógenos nos campos agrícolas e sobre o comportamento diferente do corpo humano em comparação com animais de controle (Chen, 2019).

Os nanocompósitos também podem ser usados para embalagens de alimentos (renováveis e degradáveis). Enquanto a mistura, por exemplo, de nanobastões de nanocristais de celulose com embalagens derivadas de fontes renováveis adiciona apenas reforço passivo, a funcionalidade inteligente pode ser obtida pela síntese de híbridos projetados com materiais ativos. Isso pode levar a embalagens inteligentes e renováveis que podem detectar a deterioração da carne, por exemplo, usando nanopartículas de óxido de zinco como meio para detectar opticamente aminas biogênicas.

Como já mencionado anteriormente, de acordo com a legislação da UE, os nanomateriais são substâncias químicas e são regulamentados pelo REACH com o Regulamento CE 2018/1881 modificando os anexos do REACH para incluir esclarecimentos e requisitos nano-específicos. A recomendação da Comissão Europeia sobre a definição de nanomateriais fornece uma definição do termo “nanomateriais” em toda a legislação da UE. Em relação à nanotecnologia na cadeia alimentar, que é regida pela legislação alimentar, as orientações da EFSA foram disponibilizadas em 2011 e atualizadas em 2018. A EFSA prescreve e avalia a adequação das avaliações de risco para os dossiês de aplicação relevantes. Estes referem-se principalmente às duas áreas de materiais em contacto com alimentos e aditivos alimentares, mas também foram apresentados à EFSA pedidos de aditivos para alimentos para animais e novos alimentos. A EFSA está

atualmente a trabalhar numa orientação técnica mais detalhada para os requerentes relativamente à caracterização físico-química, que permitirá, nomeadamente, à EFSA fornecer critérios para a compreensão da presença de uma nanofração num produto, uma vez que existe uma escassez de dados específicos e relevantes para nanopartículas. Ressalte-se que todos os novos produtos estão sujeitos ao atual quadro legislativo; no entanto, existem produtos no mercado que foram lançados quando nenhuma orientação nano-específica estava disponível. Quando esses produtos forem renovados, os requerentes terão de demonstrar a segurança, tendo em conta as orientações atuais da EFSA. A orientação abrange áreas como novos alimentos, materiais de contato com alimentos, aditivos para alimentos e rações e pesticidas, e destina-se em particular a avaliadores de risco, gerentes de risco e candidatos. A identificação e caracterização de perigos devem levar em consideração que um nanomaterial pode perder sua nanoforma em preparações alimentícias ou ao chegar ao trato digestivo do corpo humano. Nesse ponto, a orientação nanoespecífica não seria mais relevante (Schoonjans, 2019).

Conforme já discutido, a caracterização físico-química de nanomateriais é um processo fundamental na avaliação de risco, juntamente com a quantificação de nanomateriais em alimentos e rações para avaliação da exposição. Além de um número considerável de parâmetros, incluindo tamanho de partícula, forma de partícula, composição elementar, estrutura cristalina, carga superficial, área superficial e estado de aglomeração ou agregação, existem também outras propriedades a serem consideradas, como estabilidade física e química de nanomateriais e revestimentos; solubilidade em meios relevantes; dispersibilidade de nanomateriais pouco solúveis; e reatividade química/atividade catalítica. A preparação da amostra no processo analítico é desafiadora (Correla *et al.*, 2019) e é importante observar que um único método analítico pode não ser suficiente. Até o momento, não existem métodos genéricos para a caracterização de nanomateriais, mas existe uma grande variedade de métodos de caracterização individual disponíveis, com diferentes capacidades e campos de aplicação. Um conhecimento profundo das capacidades das técnicas de medição e informações detalhadas das propriedades físico-químicas dos materiais permitem selecionar o(s) método(s) mais adequado(s) para medir os atributos de um material com propriedades físico-químicas específicas (Mech *et al.*, 2020a, 2020b; Rauscher *et al.*, 2019b).

É necessário desenvolver métodos analíticos avançados que sejam específicos para certas combinações de nanopartículas/matrizes e, às vezes, até mesmo para características específicas de nanopartículas (por exemplo, propriedades de superfície) (Mech *et al.*, 2020b; Rasmussen *et al.*, 2019).

Como os nanomateriais da mesma química central podem existir em muitas formas diferentes (ou seja, forma, superfícies, tamanhos), seria desejável aplicar o agrupamento de substâncias juntamente com o uso de dados de substâncias estruturalmente relacionadas (leitura cruzada) para avaliação de risco (Stone *et al.*, 2020; Giusti *et al.*, 2019). No entanto, o agrupamento e a comparação são raramente aplicados no setor de alimentos. Obstáculos específicos que precisam ser superados para colocar em prática o agrupamento de nanomateriais incluem o número muito baixo de estudos de caso dessa abordagem. Há apenas informações mecanísticas limitadas disponíveis e dados confiáveis *in vivo* são escassos. Ainda faltam conjuntos de dados sistemáticos e comparativos com incertezas resultantes da qualidade insuficiente dos dados e falta de materiais de referência. Além disso, os avaliadores de risco enfrentam dificuldades em correlacionar as propriedades físico-químicas com a toxicidade devido às incertezas sobre os parâmetros relevantes e variações devido a modificações do ciclo de vida, por exemplo, onde o material muda durante o uso que pode resultar em alterações em seu comportamento toxicológico (Herzberg, 2019). Tais desafios foram identificados ao avaliar os riscos potenciais decorrentes de nanopartículas de alumínio. O alumínio é um material de embalagem amplamente encontrado em contato direto com alimentos e pode ocorrer em aditivos alimentares, aromatizantes e auxiliares de processamento. É preciso enfatizar que o acordo sobre os requisitos de qualidade de dados é fundamental, exigindo mais pesquisas para o desenvolvimento de conjuntos de dados comparativos baseados em métodos padronizados e validados (Comandella *et al.*, 2020) e incluindo também nanomateriais de próxima geração (Herzberg, 2019; Fessard, 2019).

#### **4 EXEMPLOS E DESAFIOS NAS AVALIAÇÕES DE SEGURANÇA DE NANOMATERIAIS**

Embora produtos derivados de nanotecnologias e nanomateriais já tenham chegado ao mercado global, ainda há a necessidade de entender o destino e os efeitos desses materiais no meio ambiente, em

aplicações biomédicas e outros produtos de consumo. Muitos esforços nos EUA, UE e outras organizações em todo o mundo abordaram e ainda estão trabalhando na avaliação de segurança de nanomateriais. Embora existam muitos esforços internacionais em andamento a esse respeito, por exemplo, o trabalho realizado por grupos de trabalho específicos da OCDE, ainda há muito a alcançar e a entender. Este capítulo resume as ações de agências governamentais e órgãos de pesquisa em todo o mundo visando a harmonização da avaliação de nanomateriais por meio de padrões de diretrizes de teste e estruturas de avaliação de risco.

No que diz respeito ao impacto dos nanomateriais e produtos derivados da nanotecnologia no ambiente marinho, a Agência de Proteção Ambiental dos EUA (EPA) possui um programa de pesquisa específico para entender, entre outros, os níveis de toxicidade e bioacumulação. Verificou-se que a salinidade é um fator chave que afeta a estabilidade do nanomaterial e sua biodisponibilidade (Burgess, 2019). Enquanto grandes nanopartículas aglomeradas tendem a se depositar no sedimento, resultando em menos preocupações para o ecossistema marinho, alguns íons tóxicos foram lixiviados de alguns tipos de nanomateriais para a água, resultando em efeitos adversos. No entanto, é importante ter à mão os métodos analíticos corretos para extrair e identificar nanomateriais do ecossistema marinho. Isso é desafiador, pois os nanomateriais fabricados são frequentemente misturados com materiais naturais, tornando difícil avaliá-los no ambiente marinho em comparação com a quantidade de nanomateriais naturais. A caixa de ferramentas para medir os efeitos adversos no ambiente marinho também é limitada e os métodos geralmente se concentram na toxicidade aguda, enquanto métodos toxicológicos subletais também são necessários (Burgess, 2019).

A ECHA, em estreita colaboração com a EFSA – responsável pela avaliação da segurança dos nanomateriais na cadeia alimentar e animal – e outros órgãos da Comissão Europeia, está a finalizar documentos de orientação, ferramentas e métodos a este respeito. A orientação baseia-se nos métodos disponíveis (e idealmente normalizados), uma área de enfoque do CCI em colaboração com organismos internacionais, incluindo a OCDE, o Comitê Europeu de Normalização (CEN) e a Organização Internacional de Normalização (ISO). A ECHA avalia os dossiês de registo de substâncias recebidos (até à data, cerca de 40 contendo informações sobre nanoformas) caso a caso para compreender a solidez dos dados incluídos e a sua integralidade.

Conforme mencionado acima, o Regulamento de Cosméticos da UE No. 1223/2009 abrange também o uso seguro de nanomateriais como ingredientes em produtos cosméticos. Um exemplo de destaque são os protetores solares contendo dióxido de titânio em sua nanoforma com o objetivo de fornecer um alto nível de proteção à saúde humana. Existem disposições regulamentares específicas para os nanomateriais, como a notificação às autoridades seis meses antes do lançamento no mercado. O Comitê Científico de Segurança do Consumidor da UE (SCCS) aborda, entre outras preocupações de segurança, que podem estar relacionadas ao cruzamento de barreiras de membrana no corpo humano, acúmulo e biopersistência. No entanto, até o momento não existem dossiês de segurança completos abordando nanomateriais em cosméticos, mas o SCCS emitiu pareceres sobre nanomateriais como ingredientes cosméticos para várias aplicações (De Jong, 2019) e a última revisão do Guia do SCCS sobre a avaliação de segurança de nanomateriais em cosméticos foi publicada em 2019. No entanto, ainda existem algumas incertezas e lacunas de conhecimento em relação às propriedades físico-químicas, comportamento ambiental e efeitos toxicológicos, especialmente porque os testes descritos nos dossiês geralmente são feitos no início do processo de desenvolvimento do produto, e o material no produto final pode se comportar de maneira diferente. Portanto, os principais desafios para avaliação de dossiês de nanomateriais usados como ingredientes cosméticos incluem as seguintes necessidades: caracterização de alta qualidade dos materiais; entender a incerteza se os materiais descritos e apresentados no dossiê são os mesmos que o material que foi realmente testado quanto à segurança; ter em conta a possibilidade de exposição interna devido à translocação dos nanomateriais; incluir métodos de teste sem animais e entender o que precisa ser uma abordagem robusta de peso de evidência para avaliação de segurança.

As avaliações de segurança e avaliação de nanomedicamentos pela EMA incluem lipossomas, nanopartículas de ferro, nanocristais, nanopartículas de albumina e nanopartículas lipídicas, com muitos outros tipos de sistemas em pesquisa (Genchi *et al.*, 2017; Perez de la Ossa, Bremer-Hoffmann, 2019). Como o termo “nanomedicina” abrange uma grande variedade de materiais e estruturas, com características únicas e distintas, não existe um “tamanho único” para avaliação dos produtos. A EMA apoia os desenvolvedores de medicamentos no lançamento de produtos seguros e benéficos por meio de documentos de orientação.

Nos EUA, a avaliação de segurança de dispositivos médicos contendo ou derivados de nanotecnologia é realizada pelo Centro de Dispositivos e Saúde Radiológica (CDRH) da US-FDA, abrigando um Programa de Pesquisa em Ciência Regulatória de Nanotecnologia que se baseia em três pilares: físico-químico métodos de caracterização, modelos *in vitro* e *in vivo* e avaliação de risco (toxicológico). Os tipos de dispositivos que incorporam a nanotecnologia incluem dispositivos antimicrobianos, odontológicos, ortopédicos, neurológicos e combinados e ferramentas de diagnóstico *in vitro*. Eles usam vários nanomateriais, incluindo prata, zircônia, titânio e dióxido de titânio, óxidos de ferro, polímeros, ouro, grafeno etc. testes *in vitro* para o efeito seriam desejáveis. Além disso, abordagens avançadas de avaliação de risco toxicológico devem apoiar a compreensão dos resultados de liberação e exposição do paciente em impactos adversos à saúde. É importante saber se as nanopartículas afetam a precisão e/ou confiabilidade dos ensaios padrão de biocompatibilidade ou toxicidade, como para citotoxicidade e genotoxicidade. Devido ao grande número de tamanhos, formas e química dos nanomateriais, há a necessidade do desenvolvimento de modelos *in vitro* (2D, 3D, órgão em um chip, organoides) e modelos *in silico* para prever as respostas humanas e melhorar extrapolações *in vitro* para *in vivo* (Goering, 2019).

Um foco do NIHS japonês está na avaliação de risco de nanopartículas de prata, pois são usadas em muitos tipos de produtos de consumo, incluindo materiais de contato com alimentos, tecidos têxteis e cosméticos devido às suas propriedades antimicrobianas (Ogawa, 2019). Estudos em animais em várias nanopartículas de prata (10 nm, 60 nm, 100 nm) mostraram que o grau de toxicidade não é definido pela área total da superfície, mas também pelo tamanho das partículas, sendo as nanopartículas de prata de tamanho 10 nm as mais tóxicas como a prata iônica pôde ser observada no fígado dos animais tratados (Boudreau *et al.*, 2016). É de extrema importância realizar a avaliação de risco usando doses que se relacionam com o ambiente real (provavelmente muito menor do que o usado em muitas pesquisas).

A avaliação da segurança dos nanomedicamentos também é importante. Exemplos de nanopartículas usadas por empresas farmacêuticas incluem nanopartículas poliméricas que encapsulam medicamentos que são liberados por difusão e medicamentos conjugados com polímeros liberados por meio de química de ligação (dendrimeros). Para entender seu comportamento em condições fisiológicas, é necessário explorar as

agregações e o comportamento em solução das nanopartículas. Isso é crítico para medicamentos dendrímeros, em que o ingrediente farmacêutico ativo e o dendrímero (nanopartículas) são ligados covalentemente, e o perfil de liberação do cavado depende da composição do dendrímero e do tempo. Os desafios em biofármacos são enormes, pois a mudança de um parâmetro pode afetar muitas características diferentes e pode alterar fundamentalmente a formulação médica sob investigação. Portanto, métodos robustos de caracterização de nanomateriais são de extrema importância para permitir que a bioequivalência seja demonstrada juntamente com o entendimento do impacto dos parâmetros do processo nos atributos do produto. Isso deve ser sustentado por correlações *in vitro* e *in vivo* com estratégias de ponte biofarmacêutica para garantir flexibilidade para um produto completo Akhtar, 2019).

Drogas complexas derivadas de bio e nanotecnologias têm um enorme potencial no tratamento de doenças graves, como câncer e anemia. No entanto, como o processo de fabricação define suas características, é um desafio garantir a homogeneidade que afeta o desenvolvimento de medicamentos de seguimento e sua avaliação para autorização de comercialização (Schellekens *et al.*, 2011). Os principais desafios regulatórios são a falta de nomenclatura padronizada e métodos de teste para avaliação de segurança (De Vlieger, 2019).

Usando um modelo de dendrímero de poliamidoamina é possível investigar a toxicidade sanguínea e endotelial de nanopartículas projetadas. Pesquisadores da FDA se concentraram nos efeitos dos nanomateriais nas plaquetas sanguíneas e nas células que revestem artérias e veias (células endoteliais vasculares). É importante entender quais ensaios precisam ser usados para prever quaisquer efeitos adversos potenciais (Simak, 2019). Os desafios na avaliação dos efeitos dos nanomateriais na coagulação sanguínea e as principais preocupações para esses ensaios são: preparação adequada das amostras; caracterização do nanomaterial em condições de teste (distribuição de tamanho, agregação de partículas, carga superficial, etc.); dosimetria de nanomateriais (que deve ser baseada na área de superfície); seleção apropriada de ensaios para diferentes propósitos (por exemplo, triagem e investigação de mecanismos); e a necessidade de padronização e estudos interlaboratoriais (Simak, 2019).

Os riscos potenciais dos produtos derivados da bionanotecnologia (por exemplo, DNA e RNA-origami) ainda não são conhecidos, dado o comportamento cinético (farmacocinético e farmacodinâmico) relativamente desconhecido das estruturas bionano ou na absorção pelo

corpo humano. In vitro, parece ser absorvido pelas células, embora seu caminho de degradação e produtos permaneçam obscuros. Os riscos incluem que tais DNA, RNA e proteínas estranhos possam evocar uma resposta imune, embora essa possa ser a característica desejada para o futuro projeto de adjuvantes para vacinas. Portanto, muitas lacunas de conhecimento precisam ser resolvidas para essas novas formas de materiais (Oomen *et al.*, 2019).

Embora existam muitas ações nacionais e globais tomadas até o momento sobre avaliações de segurança de nanomateriais, pode-se concluir que as abordagens de avaliação de risco ainda estão incompletas devido ao grande número de tamanhos, formas, químicas e funcionalidades de superfície das nanopartículas. Embora os resultados de estudos recentes possam ser usados para desenvolver valores de ingestão toleráveis para as vias de exposição clinicamente relevantes (oral, inalação, dérmica etc.), ainda existem lacunas em relação à disponibilidade de avaliações robustas para exposição e dose-resposta. A determinação da margem de segurança continua difícil com a tendência atual de redução do número de estudos em animais. Os métodos alternativos aos testes em animais precisam ser mais desenvolvidos e incorporados nas abordagens de testes de segurança. A ciência regulatória não deve negligenciar a dosimetria de nanomateriais (métricas de massa, área de superfície e número) e precisa garantir que as doses usadas na avaliação de risco sejam de relevância clínica, mas métodos de medição precisos desses parâmetros em produtos ainda são elusivos. Além disso, há uma necessidade de colaboração científica acadêmica e regulatória intensificada em todo o mundo. A harmonização das metodologias de avaliação de risco e a transparência do resultado da ciência regulatória são ferramentas importantes.

#### **4.1 Desafios relativos aos nanoplásticos**

Conforme discutido na seção anterior, há um grande esforço por parte de cientistas e órgãos reguladores para entender os benefícios e riscos potenciais dos nanomateriais/nanotecnologias a serem aplicados em diversas áreas. Para nanomateriais manufaturados (incluindo materiais à base de polímeros), há muito progresso na análise de risco-benefício e, se necessário, algumas medidas clássicas de gerenciamento de risco podem ser aplicadas. Embora ainda existam muitos desafios a serem enfrentados e superados, eles são muito mais proeminentes quando se trata de micro e

nanoplásticos. Pode-se supor que, de longe, a maior parte dessas partículas de plástico no meio ambiente deriva da degradação de produtos plásticos, e não de microplásticos adicionados intencionalmente aos produtos. Até o momento, há apenas informações limitadas sobre nanoplásticos sintetizados (Nguyen, Tufenkji, 2020), mas não há informações disponíveis sobre a estabilidade de nanoplásticos secundários. Portanto, há uma necessidade urgente de uma gestão de resíduos mais adequada para minimizar a poluição. Além disso, tendo em conta os conhecimentos atuais, a ECHA concluiu que a liberação de microplásticos adicionados intencionalmente pode representar um risco que não é adequadamente controlado. Ao mesmo tempo, reconhece-se que os dados atuais fornecem uma imagem incompleta da situação. Um problema significativo é a falta de uma definição consistente e amplamente aceita/harmonizada dos termos “microplásticos” e “nanoplásticos”. A restrição proposta de microplásticos e nanoplásticos adicionados intencionalmente inclui diferentes medidas regulatórias: proibição de colocação no mercado; usos derogados (para polímeros naturais/biodegradáveis e usos sem liberação previsível de microplásticos; obrigações de rotulagem (para usos em que a liberação de microplásticos pode ser minimizada com instruções de uso); e requisitos obrigatórios de relatório (de identidade, descrição de uso, tonelagem, liberações). o escopo da restrição da ECHA seria materiais que ocorrem na natureza e não foram quimicamente modificados, ou materiais que são (bio)degradáveis (Bintein, 2019).

Embora muitos esforços sejam feitos para desenvolver métodos para a determinação de microplásticos – incluindo estudos interlaboratoriais em andamento – e para entender melhor a exposição a partículas de tamanho micro, atualmente não há metodologia analítica adequada disponível para detectar e caracterizar nanoplásticos. Embora a presença de nanoplásticos na natureza seja geralmente considerada altamente plausível, ainda há pouca ou nenhuma informação sobre sua presença em água doce, solo ou atmosfera, na biota, água potável ou alimentos. Estudos sobre microplásticos mostraram, por exemplo, efeitos adversos em lentilhas, fotossíntese de algas, biota marinha e moluscos. Supõe-se que os nanoplásticos passam por barreiras biológicas, como o epitélio intestinal. No entanto, os estudos realizados nesta área usam concentrações de plásticos muito mais altas do que as atualmente relatadas no meio ambiente – embora os dados sobre este último ainda sejam incertos, novamente devido à falta de métodos analíticos confiáveis. Além disso, os

poucos estudos relatados usaram principalmente partículas esféricas que não representam partículas do “mundo real”, ou foram conduzidos usando tempos de exposição relativamente curtos. Até agora, não está claro se os nano e microplásticos causam toxicidade em organismos marinhos e se tais detritos plásticos podem apresentar um risco atribuível à saúde humana quando expostos à contaminação ambiental ou através de a cadeia alimentar (Hantoro *et al.*, 2019).

Além de seu constituinte principal, ou seja, o(s) polímero(s), os plásticos também podem conter pequenas moléculas orgânicas (aditivos, monômeros residuais, auxiliares de polimerização) que podem se infiltrar nos alimentos e no meio ambiente quando os nano e microplásticos são liberados. Ao mesmo tempo, o material plástico de detritos pode absorver outros produtos químicos orgânicos hidrofóbicos do meio ambiente. Estudos de laboratório indicam que essas substâncias podem ser transferidas de plásticos para tecidos de diversos organismos. No entanto, as evidências hoje são fracas para apoiar a ocorrência de efeitos adversos ecologicamente significativos na vida aquática. Como já mencionado acima, há uma lacuna entre a exposição ambiental real (em termos de concentrações, tamanhos, formas, tipos de polímeros, estados de intemperismo) e exposição em estudos de laboratório, dificultando avaliações de risco sólidas e ainda não confiáveis na prática (Hartmann, 2019).

Descobriu-se que os nanoplásticos são altamente móveis no solo e as substâncias orgânicas neles parecem ter uma forte influência no destino dos detritos plásticos. Os aditivos plásticos podem aumentar a eficiência do transporte, enquanto o aumento do tamanho e da forma assimétrica podem estar ligados ao aumento da deposição. Deve-se tomar cuidado contra a extrapolação de um nanomaterial (um nanoplástico específico) sendo um perigo potencial para todos os nanomateriais (todos os nanoplásticos) sendo perigosos (Gigault *et. al.*, 2018).

Pequenos detritos plásticos podem derivar de embalagens plásticas, mas também de processos de fabricação. Embora os microplásticos ocorram em alimentos (Toussaint *et al.*, 2019), não há uma definição harmonizada de microplásticos (em termos de tamanho e morfologia) e nenhum método de quantificação adequado e validado. Como o risco depende do perigo potencial, da exposição e da absorção, não há dados suficientes para fazer uma avaliação de risco clara (Lynch, 2019). É necessário empregar vários métodos para detecção e caracterização, e os métodos disponíveis até o

momento para microplásticos podem não ser apropriados para detectar e quantificar nanoplásticos (Lampen, 2019).

As evidências atuais sobre os efeitos ecotoxicológicos dos micro e nanoplásticos são limitadas. No entanto, se as taxas de emissão ambiental permanecerem inalteradas, os riscos ecológicos dessas partículas podem se espalhar dentro de um século. São necessárias mais informações (quantitativas e qualitativas) sobre a exposição ambiental e humana aos nanoplásticos, possibilitadas por métodos de medição adequados à finalidade e idealmente harmonizados. Comparando micro com nanoplásticos, verificou-se que os nanoplásticos são fisicamente menos propensos a assentar do que os microplásticos e podem ser transportados por distâncias maiores do que as partículas de plástico maiores (Al-Abed, 2019).

Considerando se os métodos analíticos de nanopartículas existentes podem ser usados para nano e microplásticos, é importante notar que muitos nanomateriais projetados são de natureza inorgânica e mais facilmente identificados e quantificados. Em contraste, os micro e nanoplásticos sendo compostos principalmente pelos mesmos elementos que as matrizes biológicas (carbono, oxigênio, hidrogênio, nitrogênio) são mais difíceis de serem identificados e determinados de forma inequívoca. Quanto às nanopartículas inorgânicas, uma identificação e quantificação experimental confiável de uma distribuição de partículas de micro e nanoplásticos requer a análise de um número suficientemente grande de partículas. Os métodos integrais ou ensemble medem, em princípio, um grande número de partículas simultaneamente e seu sinal composto é usado para extrair informações sobre a distribuição do tamanho das partículas. No entanto, esta vantagem é contrastada pela perda de informação sobre partículas individuais e muitas vezes uma tendência muito forte para a detecção de partículas maiores. As técnicas de contagem ou de imagem investigam as partículas individualmente, mas exigem muito mais tempo para analisar um número suficiente de partículas (Rauscher *et al.*, 2019b). Existem alguns métodos analíticos estabelecidos que podem ser aplicados para identificar microplásticos, embora haja a necessidade de um maior desenvolvimento de métodos e, acima de tudo, harmonização e padronização. Para os nanoplásticos de tamanho menor, esses métodos não são eficazes e precisam de desenvolvimento urgente de métodos (Gilliland, 2019).

A pesquisa em microplásticos e especialmente em nanoplásticos começou apenas recentemente e, portanto, há muitas questões não resolvidas de definições, amostragem, caracterização e avaliação de

perigo e exposição que, em combinação, tornam muito difícil avaliar e regular o risco potencial de nanoplásticos. Embora algumas informações sobre microplásticos estejam disponíveis, os dados de pesquisa sobre nanoplásticos são praticamente inexistentes. São necessários esforços coordenados em todas essas áreas para produzir materiais de referência que imitem as misturas do mundo real, métodos padronizados robustos, orientação e legislação. Tais esforços podem e devem se basear no conhecimento existente e nas lições aprendidas na área de nanomateriais e com os mecanismos nacionais e internacionais existentes, incluindo órgãos governamentais e intergovernamentais. O foco deve ser na avaliação de misturas complexas, desde a caracterização, perigo, exposição e avaliação de risco, e deve utilizar as lições aprendidas em décadas de pesquisa em nanomateriais. É necessária uma plataforma para troca de informações sobre nano e microplásticos, juntamente com a coordenação global de atividades sobre métodos, normas documentais e materiais para perigos, exposição e avaliação de risco para discutir e verificar os efeitos sobre o meio ambiente e a saúde humana.

Mais trabalho precisa ser feito para determinar até que ponto os nanoplásticos são formados no ambiente e para entender onde essas partículas se acumulariam. É importante esclarecer a relação entre a morfologia, comportamento e impacto das partículas, incluindo o entendimento se algumas formas de nanoplásticos (por exemplo, fibras) são particularmente problemáticas para a saúde ambiental e humana.

#### **4.2 Padrões documentais e materiais**

Padrões são a consolidação de conhecimento bem estabelecido, o que significa que a padronização geralmente não é a principal maneira de compartilhar novas informações de pesquisa. O desenvolvedor geralmente financia o desenvolvimento de padrões. Os padrões documentais tratam, entre outros, de classificação e terminologia, fornecem orientação e boas práticas e descrevem métodos de teste e abordagens analíticas, que são acordados com base no princípio do consenso. Padrões de materiais, por outro lado, são amostras físicas usadas como referência com uma propriedade declarada e, se apropriado, uma incerteza de medição.

Devido ao fato de que até o momento há apenas um conhecimento limitado sobre o desempenho analítico dos métodos usados para a detecção, quantificação e identificação de perigos de micro e nanoplásticos, este

capítulo trata principalmente da harmonização e padronização relacionada à nanotecnologia/fabricado/engenharia nanomateriais.

Existem muitos esforços complementares relacionados ao desenvolvimento de padrões documentais, especialmente no campo da nanotecnologia/nanomateriais. A partir do GSRS 2016, concluiu-se que, para a regulamentação de nanomateriais, são necessários padrões documentais adequados. Isso inclui padrões para caracterização físico-química de nanomateriais (identificação e quantificação, atributos de qualidade considerados críticos para a regulação apropriada, como tamanho de partícula e propriedades de superfície e métodos comuns), avaliação *in vitro* (por exemplo, interação de nanomateriais com o sistema imunológico, carga de drogas e liberação de sistemas de entrega de drogas) e outras considerações, como materiais que já são amplamente utilizados e caracterização em meios biologicamente relevantes. As organizações de normalização estão a trabalhar muito activamente no desenvolvimento de tais normas documentais aplicáveis a nanomateriais e nanotecnologia. A ASTM International, por exemplo, tomou medidas para abordar algumas dessas necessidades regulatórias identificadas na GSRS 2016, embora muitas normas estejam em andamento, pois leva de 12 a 18 meses para redigir um documento padrão. O processo de desenvolvimento de um padrão é demorado, pois a padronização requer extensos estudos interlaboratoriais. A ASTM International visa evitar a duplicação do trabalho de outros organismos de normalização.

A International Organization for Standardization (ISO) é uma organização internacional não governamental que desenvolve padrões internacionais baseados em consenso. Especificamente, o Comitê Técnico ISO (TC) 229 está trabalhando na padronização no campo das nanotecnologias. A ISO TC 229 dá as boas-vindas aos contatos oficiais e convida outros órgãos de padronização para colaboração, conforme descrito abaixo (Koltsov, 2019). Ainda assim, pode ser difícil evitar a duplicação, pois o trabalho da ASTM é proposto por membros individuais, por exemplo, uma empresa ou agência reguladora, mas alguns outros órgãos de padronização, por exemplo, A ISO ou a OCDE, podem já ter uma atividade semelhante em andamento (Kaiser, 2019).

As Diretrizes de Teste da OCDE (TG) são métodos reconhecidos regulatórios usados para avaliação de segurança de produtos químicos, incluindo nanomateriais (OECD, 2020b). Os TGs da OCDE se enquadram no sistema de Aceitação Mútua de Dados na Avaliação de Produtos

Químicos (MAD), o que significa que os resultados dos testes obtidos após um TG da OCDE são legalmente aceitos nos países membros da OCDE e outros aderentes. A MAD está estabelecida para produtos químicos industriais, pesticidas, biocidas, aditivos para alimentos e rações e cosméticos. Destina-se a reduzir a duplicação de testes e uso de animais e reduzir as barreiras comerciais. Uma compreensão clara do contexto regulatório apoia a aceitação científica e regulatória de um TG em vários países, e é importante conhecer os requisitos regulatórios antes de realizar a coleta de dados. Um TG da OCDE pode ser desenvolvido e publicado em um período de dois anos, mas alguns podem levar até 10 anos para serem finalizados. Para facilitar o processo, é importante ter discussões precoces entre os desenvolvedores de métodos e os reguladores, e todos os interessados precisam adotar uma atitude de resolução de problemas. Deve haver clareza sobre o uso pretendido do ensaio ou bateria de ensaios e sua finalidade, por exemplo, para definição de prioridades, identificação de perigos ou avaliação de riscos. Os dados obtidos devem estar disponíveis em domínio público (Gonzalez, 2019). Com relação às normas para nanomateriais, o Grupo de Trabalho da OCDE sobre Nanomateriais Manufaturados (WPMN) trabalha em estreita colaboração com a ISO. A OCDE desenvolve diretrizes de teste para testes regulatórios que são aplicáveis a todos ou grupos específicos de produtos químicos ou nanomateriais, não a indivíduos. As diretrizes da OCDE geralmente se referem a ISO ou outras normas, que são aplicadas como tal ou adaptadas para implementar requisitos específicos.

O processo de desenvolvimento de padrões ISO começa com um desenvolvido e aceito como melhor prática em nível nacional por meio de consulta a todas as partes interessadas, que será transferido para um documento preliminar ISO recebendo comentários de todos os membros da ISO e aceitação de especialistas ISO. Esse processo normalmente leva de dois a quatro anos, antes que um documento internacional ISO final seja aprovado. A ISO/TC 229 (Nanotecnologias) foi fundada em 2009 e tem como membros 33 países participantes e 10 países observadores. Até agora, desenvolveu mais de 70 normas e documentos informativos relacionados e mais de 40 estão em desenvolvimento. O escopo principal da ISO/TC 229 é o desenvolvimento de padrões para terminologia e nomenclatura, metrologia e instrumentação, incluindo especificações para materiais de referência, metodologias de teste, modelagem e simulação e práticas de saúde, segurança e meio ambiente baseadas na ciência. Como

mencionado acima, a ISO trabalha em estreita colaboração com o WPMN da OCDE, mas também com o CEN e a ASTM internacional (Koltsov, 2019). O Comitê Técnico de Nanotecnologias 352 do CEN - fundado já em 2005 - envolve 34 países europeus.

O CEN tem um acordo de cooperação técnica com a ISO. O Acordo de Viena, assinado em 1991, foi elaborado com o objetivo de evitar a duplicação de esforços e reduzir o tempo de elaboração das normas. Como resultado, novos projetos de normas são planejados em conjunto entre CEN e ISO. Sempre que apropriado, é dada prioridade à cooperação com a ISO, desde que as normas internacionais atendam aos requisitos legislativos e de mercado europeus e que os players globais não europeus também implementem essas normas. Atualmente quase todas as normas relacionadas às nanotecnologias e publicadas pelo CEN/TC 352 são normas ISO adotadas ou levemente modificadas.

Na China, a Administração de Padronização da República Popular da China (SAC) fornece orientação e padrões sobre nanotecnologia por meio de seu TC 279. Até agora, os padrões foram desenvolvidos para aplicações de nanopartículas de prata e ouro e nanomateriais à base de carbono. Mais de 40 protocolos técnicos foram desenvolvidos, dos quais 14 são no campo físico-químico e cerca de 30 em efeitos biológicos *in vitro* e *in vivo*. Existe uma estreita colaboração com a Administração Nacional de Produtos Médicos da China (NMPA) – anteriormente conhecida como FDA chinesa. Além disso, existe uma plataforma conjunta entre o NMPA e a Academia Chinesa de Ciências (CAS) sobre ciência regulatória para medicamentos inovadores. Mais colaboração internacional está planejada em padrões, caracterização e outras questões-chave da ciência regulatória. Como muitos documentos estão disponíveis apenas em mandarim, seria benéfico para a cooperação internacional traduzi-los para o inglês e submetê-los à ISO (Xie, 2019).

O Escritório de Pesquisa e Padrões (ORS) da FDA dos EUA visa disponibilizar medicamentos genéricos seguros e eficazes ao público americano e implementar padrões com base na melhor ciência disponível. Para os medicamentos de nanotecnologia aprovados pela FDA, foi desenvolvido um conceito de orientação específica do produto. Os produtos aprovados contendo nanomateriais são baseados em lipossomas, nanopartículas inorgânicas, nanopartículas de proteínas, nanopartículas poliméricas, emulsões, complexos lipídicos, nanotubos e nanocristais e micelas, todos produtos utilizados no combate a doenças como câncer, anemia, degeneração macular e outras. O banco de dados de padrões

de nanotecnologia dos EUA é hospedado pelo American National Standards Institute (ANSI), o órgão membro dos EUA da ISO, e contém documentos publicados e governamentais. Os desafios em relação aos nanomedicamentos são destacados abaixo (Jiang, 2019).

O Canadian National Research Council (NRC) empreende esforços para entender a ciência da medição em nanoescala para melhor compreensão e adoção de novos nanomateriais por meio de métodos avançados de caracterização e desenvolvimento de padrões e materiais. Entre outros, o NRC está desenvolvendo protocolos quantitativos de avaliação metrológica para a caracterização de nanotubos e materiais relacionados ao grafeno. Um grupo de interesse especial do NRC facilita o desenvolvimento de padrões para grafeno feitos por métodos de esfoliação. O Canadá apoia ativamente os esforços mundiais de medição em nanoescala e metrologia de nanomateriais e contribui para os órgãos internacionais de padronização, conforme mencionado acima (Zou, 2019).

O Grupo de Trabalho da OCDE sobre Nanomateriais Manufaturados (WPMN), juntamente com o Programa de Diretrizes de Teste da OCDE (TGP) explorou a necessidade de adaptação dos TGs e Documentos de Orientação (GDs) da OCDE existentes, bem como o desenvolvimento de novos TGs e GDs para abordar especificamente questões de nanomateriais (Rasmussen *et al.*, 2019).

Com o domínio da nanotecnologia em rápido desenvolvimento, é particularmente importante que o trabalho sobre materiais e padrões de referência seja acelerado por meio de uma melhor colaboração e comunicação. Embora existam alguns esforços internacionais empreendidos por organizações como ISO, OCDE, ASTM International, Instituto Nacional de Padrões e Tecnologia dos EUA (NIST) e a Comissão Europeia por meio de esforços realizados pelo CCI relacionados à validação de métodos e materiais de referência, mais coordenação de esforços seria desejável evitar a duplicação de trabalho.

No que diz respeito aos métodos de caracterização para o desenvolvimento de padrões, é preciso enfatizar que, até o momento, a maioria dos métodos são altamente específicos do produto, com vários métodos diferentes desenvolvidos por diferentes laboratórios. Além disso, muitos dos métodos analíticos avançados que exigem muita experiência e instrumentos caros nem sempre são os métodos mais prontamente disponíveis para serem aplicados em laboratórios de rotina. Ações precisam ser tomadas em vários níveis para desenvolver e validar métodos

analíticos adequados à finalidade que possam ser facilmente aplicados por todas as partes interessadas. Os critérios de avaliação de validação do método precisam ser acordados e harmonizados. É necessário desenvolver métodos específicos para certas combinações de nanopartículas/matrizes e às vezes até para características específicas de nanopartículas.

O Grupo de Tecnologia de Superfícies do Laboratório Nacional de Física (NPL) do Reino Unido também está desenvolvendo materiais de referência e padrões documentais e está organizando estudos interlaboratoriais por meio do Projeto Versalhes sobre Materiais e Padrões Avançados (VAMAS). O trabalho centra-se na análise química de superfícies, populações de nanopartículas, grafeno etc., que alimenta os projetos do CEN e ISO (Clifford, 2019).

Alguns dos principais desafios em métodos de teste e padrões documentais para ensaios *in vitro* para avaliação de medicamentos incluem que métodos de teste de alta qualidade são difíceis, demorados e caros de desenvolver, enquanto mesmo o que é considerado de alta qualidade pode sofrer com uma variabilidade de dados de origem. Há também uma escassez crítica de métodos de teste pré-competitivos e padrões documentais em comparação com o número crescente de envios de medicamentos contendo nanomateriais. Além disso, a transferibilidade de ensaios *in vitro* também é difícil e o número de métodos testados entre laboratórios com sucesso é baixo (Nelson, 2019).

Ainda há muitas deficiências nas comparações entre laboratórios, e resultados comparáveis robustos são escassos. No que diz respeito aos estudos interlaboratoriais, pode-se notar que existem colaborações valiosas existentes, por exemplo, projetos europeus como NANoREG (Gottardo *et al.*, 2017) e NANoREG 2 (Comissão Europeia, 2020).

É importante notar que um único material pode ser um material de referência certificado (CRM) para uma propriedade, mas também um material de referência não certificado (MR) para outra propriedade, e também pode ser um material de teste representativo (RTM) para uma propriedade. terceira propriedade (Roebben *et al.*, 2013). MRs e RTMs podem desempenhar um papel crucial na garantia da confiabilidade dos resultados da avaliação toxicológica. No contexto legislativo, a medição deve ser baseada em métodos confiáveis (de acordo com as normas CEN e ISO, por exemplo) com materiais bem caracterizados (RTMs, MRs) usados para desenvolvimento e implementação de métodos. MRs e CRMs são necessários para garantia de qualidade para garantir que os resultados da

medição sejam comparáveis e corretos, como para acreditação de laboratório e validação de método (Held, 2019). Em apoio à implementação da legislação da UE, incluindo alimentos e rações, materiais em contacto com alimentos, produtos químicos, cosméticos, medicamentos e biocidas, mas também no apoio à investigação relacionada com toxicologia e ecotoxicologia, o CCI desenvolve e fornece MRC, MR e RTM em estreita colaboração com outros fornecedores proeminentes de materiais de referência, como o US NIST.

Além de dados de boa qualidade e reproduzíveis, deve haver maior clareza na terminologia dos padrões. Padrões sobrepostos de diferentes organizações devem ser evitados. Embora existam vários documentos de padronização baseados no uso de tipos e técnicas de instrumentos específicos, pode ser mais apropriado desenvolver padrões sobre as propriedades dos nanomateriais que sejam definidos por métodos. Além disso, tais padrões devem abranger idealmente todo o método, começando com a preparação da amostra, escolha do instrumento e materiais de referência. Isso remediaria a necessidade frequente de usar uma combinação de padrões para obter o resultado desejado.

Como já mencionado acima, até agora, menos se conseguiu na área de padrões para micro/nanoplásticos em comparação com nanomateriais, o que pode explicar por que ainda não existem requisitos regulatórios claros. No entanto, devido à crescente preocupação pública, há uma necessidade urgente de desenvolvimento, validação e harmonização/padronização de abordagens analíticas para entender os muitos desafios relacionados à contaminação ambiental, exposição humana e possíveis riscos de pequenas partículas de plástico.

Ponto negativo a ser registrado é o distanciamento cada vez maior do Brasil em relação aos avanços jurídicos internacionais a ponto de afirmarmos que não há uma regulação jurídica adequado no país. O atraso jurídico leva ao atraso institucional a ponto não conseguirmos mensurar os impactos da nanotecnologia no Brasil (Ferreira, Sant'Anna, 2015)

## CONCLUSÃO

Desde GSRS 2016, quando o tema da nanotecnologia também foi discutido, muitos novos esforços foram realizados para a harmonização de diretrizes e abordagens analíticas para quantificação de nanomateriais e sua avaliação de risco. Isto deve-se ao aumento gradual de produtos médicos que utilizam nanomateriais juntamente com um número crescente

de nanomedicamentos, mas também devido às muitas outras aplicações no setor agroalimentar e outras áreas.

Embora muito progresso tenha sido feito, esses tópicos merecem atenção de cientistas e agentes regulatórios, bem como de financiadores de pesquisas. O desenvolvimento tecnológico está caminhando para a manipulação em nanoescala, com os desenvolvimentos em bionanotecnologia representando apenas alguns exemplos. Do ponto de vista regulatório e político, muitas aplicações estão em um estágio inicial e ainda não estão no mercado, com a pesquisa nesses estágios iniciais sendo orientada tecnologicamente, sem muita consideração sobre riscos potenciais ou segurança ou efeitos adversos potenciais. À medida que o campo se desenvolve, riscos e benefícios devem ser levados em consideração, idealmente o mais cedo possível no processo de desenvolvimento. Uma visão mais holística sobre os benefícios e riscos potenciais, especialmente de nanomedicamentos complexos, é necessária e pode ser alcançada se as comunidades científicas, regulatórias e financiadores de pesquisa trabalharem mais de perto. Deve haver maiores esforços para garantir que o teste de nanomateriais e nanomedicamentos seja rigoroso, reprodutível e comparável entre amostras e situações, em todo o processo de desenvolvimento de métodos e avaliações de risco. Testes analíticos adequados à finalidade devem ser desenvolvidos (e complementares) para produtos complexos específicos. É muito desejado, por exemplo, pelas empresas farmacêuticas, que as autoridades reguladoras se envolvam nas fases iniciais do processo, não apenas quando se trata de autorização (Pottier, 2019). As parcerias público-privadas são consideradas essenciais para o desenvolvimento de novas soluções médicas para os pacientes.

Por enquanto, os marcos legais aplicáveis apenas passam a considerar as especificidades dos novos materiais em nanoescala e seus potenciais impactos. *Safe-by-design* pode ser uma abordagem apropriada para esses materiais, começando cedo no processo de inovação e equilibrando segurança e funcionalidade, levando em consideração as questões de segurança mencionadas aqui. Para facilitar a implementação do *safe-by-design*, as principais etapas incluirão o diálogo com as partes interessadas em um ambiente confiável. Vice-versa, os reguladores serão informados em um ambiente tão confiável sobre as inovações recebidas em tempo útil e isso garantirá a preparação regulatória. Ao todo, isso contribuirá para a meta de governança adequada da nanotecnologia, tendo no mercado produtos mais rápidos, baratos, eficazes e seguros.

Existe uma preocupação generalizada decorrente do aumento do lixo plástico nos oceanos e no ambiente terrestre que pode afetar os ecossistemas, a biodiversidade e potencialmente a saúde humana. Isso está tornando a questão dos micro/nanoplásticos uma questão global multidisciplinar. A pesquisa nesta área começou apenas recentemente, e ainda há muitas questões não resolvidas de terminologia, definições, amostragem, caracterização e avaliação de perigo e exposição. Como o termo nanoplásticos pode ser derivado do termo mais genérico nanomateriais, deve-se explorar até que ponto as definições existentes e, além disso, as abordagens metodológicas usadas para nanomateriais também podem ser aplicadas aos nanoplásticos.

No entanto, para ambas as áreas, nanotecnologia/nanomateriais e nanoplásticos, os principais desafios regulatórios são a falta de padronização global de nomenclatura, métodos de teste ou caracterização, o que pode levar a divergências nas abordagens regulatórias globalmente. Isso pode ser abordado por meio de regulamentação, legislação, alinhamento e harmonização, mas não importa qual seja a abordagem ou combinação de abordagens, o principal sucesso será o envolvimento de todas as partes interessadas na criação de um sistema regulatório adequado à finalidade.

Para utilizar sinergias evidentes relacionadas à padronização, um grupo de trabalho internacional deve ser estabelecido - idealmente sob o GCRSR, por meio de um futuro Grupo de Padrões GCRSR - para monitorar o desenvolvimento de documentos de orientação e padrões em todo o mundo e identificar áreas prioritárias e lacunas que possam ser abordadas em conjunto. O GCRSR poderia ter um papel de facilitador da comunicação entre os diferentes organismos de normalização. Isso incluiria mais coordenação de atividades relacionadas ao laboratório, como validação interlaboratorial.

## REFERÊNCIAS

ADDAMO, A. M., *et al.* **Top marine beach litter items in Europe: a review and synthesis based on beach litter data.** Luxemburg: European Union, 2017.

ALEXY, P. *et al.* Managing the analytical challenges related to micro-and nanoplastics in the environment and food: filling the knowledge gaps. **Food Additives & Contaminants**, n. 37, p. 1-10, 2020.

AMENTA, V. *et al.* Regulatory aspects of nanotechnology in the agri/food sector in EU and non EU countries. **Regulatory Toxicology and Pharmacology**, n. 73, p. 463-476, 2015.

BINTEIN, S. Proposal of ECHA (the European chemicals agency) for a restriction of intentionally-added microplastics and nanoplastics. **Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics**, 2019.

BOSNICK, K. **Nanomaterials for reducing food-related waste.** Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics.

BOUDREAU, M. *et al.* Differential effects of silver nanoparticles and silver ions on tissue accumulation, distribution, and toxicity in the Sprague dawley rat following daily oral gavage administration for 13 weeks. **Toxicological Science**, v. 150, p. 131-160, 2016.

BOVERHOF, D. R. *et al.* Comparative assessment of nanomaterial definitions and safety evaluation considerations. **Regulatory Toxicology and Pharmacology**, v. 74, p. 137-150, 2015.

BURGESS, R. **Overview of ecological studies on the fate and effects of nanomaterials in the marine environment.** Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

CHEN, H. **Observations of nano-agrochemicals and nanoplastics in food and agriculture research.** Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

CLIFFORD, C. **Normative and pre-normative activities for nanomaterials measurement and characterisation.** Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

COMANDELLA, D. *et al.* Quality of physicochemical data on nanomaterials: an assessment of data completeness and variability. **Nanoscale**, v. 12, p. 4695-4708, 2020.

CORRELA, M. *et al.* Analytical challenges and practical solutions for enforcing labelling of nanoingredients in food products in the European Union. In RUBIO, A. L. *et. al.* (orgs.) **Nanomaterials for Food Applications.** Amsterdã: Elsevier, 2019, p. 273-311.

CULLIS, P. **Nanomedicines innovation network (NMIN): Canada's national centre of excellence in nanomedicines**. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

DANA, D. A. Can the law track scientific risk and technological innovation? The problem of regulatory definitions and nanotechnology. **Faculty working papers, paper 113**, 2010. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/113>. Acesso em: 13 jul. 22.

DE JONG, W. **Safety assessment of nanomaterials as ingredients for cosmetic products**. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

DEVASAHAYAM, S. Nanotechnology and nanomedicine in market: a global perspective on regulatory issues. in MOHAPATRA, S. S. et. al. (orgs.) **Characterization and Biology of Nanomaterials for Drug Delivery; Micro & Nano Technologies Series**. Amsterdã: Elsevier, 2019, p. 488-522.

DE VLIEGER, J. **Science-based regulations for non-biological complex drugs (NBCDs), nanomedicines and their similar**. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

DINDA, A. **Challenges in the development of an Indian guideline for nanopharmaceuticals**. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

FERREIRA, A. P. ; SANT'ANNA, L. S. A Nanotecnologia e a Questão da sua Regulação no Brasil: Impactos à Saúde e ao Ambiente. **Revista Uniandrade**, v. 16, n. 3, p. 119-128, 2015.

FESSARD, V. **Genotoxicity of aluminium nanoparticles**. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

FRIEDERSDORF, L. **Leveraging advances in nanotechnology and international collaboration to address emerging contaminants**. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

GAJANAN, K.; TIJARE, S. N. Applications of nanomaterials. **Material Today**, v. 5, p. 1093-1096, 2018.

GEISS, O. *et al.* Characterisation of food grade titania with respect to nanoparticle content in pristine additives and in their related food products. **Food Additives & Contaminants**, vol. 37, p. 239-253, 2020.

GENCHI, G. G. *et al.* Smart materials meet multifunctional biomedical device: current and prospective implications for nanomedicine. **Frontiers in Bioengineering and Biotechnology**, v. 5, p. 80, 2017.

GIGAULT, J. *et al.* Current opinion: what is a nanoplastic? **Environmental Pollution**, v. 235, p. 1030-1034, 2018.

GILLILAND, D. What can the analytics of nanomaterials bring to the detection of nanoplastics? Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

GIUSTI, A. *et al.* Nanomaterial grouping: existing approaches and future recommendations. **NanoImpact**, v. 16, p. 100-182, 2019.

GOERING, P. Nanotechnology and medical devices: a regulatory science approach involving research, standards, and risk assessment. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

GONZALEZ, M. OECD work supporting the regulation of nanomaterials. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

GOTTARDO, S. *et al.* **NANoREG framework for the safety assessment of nanomaterials**. Ispra: European Union, 2017.

GREINER, R. Nano-sized delivery systems for food applications. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

HANTORO, I. *et al.* Microplastics in coastal areas and seafood: implications for food safety. **Food Additives & Contaminants**, v. 36, p. 674-711, 2019.

HARTMANN, N. B. Risks of micro- and nanoplastics to humans and the environment. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

HEALY, M. J. *et al.* Regulatory bioinformatics for food and drug safety. **Regulatory Toxicology and Pharmacology**, v. 80, p. 342-347, 2016.

HELD, A. Reference materials supporting legislation. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

HERZBERG, F. Towards grouping of nanomaterials: lessons learnt and remaining challenges. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

HODGE, G. et. al. **New Global Frontiers in Regulation. The Age of Nanotechnology. Monash Studies in Global Movements Series.** Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009.

KAH, M. Nanopesticides and their deliberate application in agriculture. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

KAISER, D. Nanotechnology standards: progress on GSRS16 needs and ASTM international committee E56. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

KOLTSOV, D. Nanotechnology standards for industry, regulators and other stakeholders. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

LAMPEN, A. Micro- and nanoplastics in food: oral uptake, toxicology and initial aspects of risk assessment. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

LIMA DA CUNHA, C. E. Safe by design: creating nanomaterials of tomorrow. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

LYNCH, I. Harmonising detection, quantification and impact assessment of micro/nanoplastics in freshwater environmental hotspots. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

MCNAMARA, K.; TOFAIL, S. A. M. Nanoparticles in biomedical applications. **Advances in Physics**, v. 2, p. 54-88, 2017.

MECH, A *et al.* Nano or not nano? A structured approach for identifying nanomaterials according to the European Commission's definition. *Small*, v. 16, p. 200-228, 2020.

MECH, A. *et al.* **The NanoDefine Methods Manual.** Ispra: European Union, 2020.

MIERNICKI, M. *et al.* Legal and practical challenges in classifying nanomaterials according to regulatory definitions. **Nature Nanotechnology**, v. 14, p. 208-216, 2019.

NALUBOLA, R. The FDA - Europe Office: our role and how you can engage with us. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

NELSON, B. Challenges in standardising in vitro assays for the evaluation of nano-enabled drug products. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

NGUYEN, B.; TUFENJI, N. Single particle-resolution fluorescence microscopy of nanoplastics. **Environmental Science & Technology**, v. 56, n. 10, p. 6426-6435, 2022.

OGAWA, K. Size-dependent toxicity of silver nanoparticles. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

OOMEN, A. *et al.* **Bionanotechnologie – een verkenning. RIVM Briefrapport 2019-0001**. Bilthoven: Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, 2019.

PATRA, J. K. *et al.* Nano based drug delivery systems: recent developments and future prospects. **Journal Nanobiotechnology**, v.16, 2018.

PEREZ DE LA OSSA, D. H.; BREMER-HOFFMANN, S. **Nanomedicines: EU regulatory experience, challenges and regulatory research work**. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

POTTIER, A. **NBTXR3, a first-in-class hafnium oxide nanoparticle radio-enhancer: journey from concept to clinical application**. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

PUCHNER, E. M. *et al.* Nanopores formed by DNA origami: a review. **FEBS Letters**, v. 588, p. 3564-3570, 2014.

RASMUSSEN, K. Developing OECD test guidelines for regulatory testing of nanomaterials to ensure mutual acceptance of test data. **Regulatory Toxicology and Pharmacology**, v. 104, p. 74-83, 2019.

RAUSCHER, H. *et al.* **An overview of concepts and terms used in the European Commission's definition of nanomaterials.** Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019.

RAUSCHER, H. *et al.* **Identification of nanomaterials through measurements.** Ispra: European Union, 2019.

RESEARCH AND MARKETS. **World Nanotechnology Markets to 2025: Robust R&D Scenario Characterizes Nanotechnology Industry,** 2020. Disponível em [www.prnewswire.com](http://www.prnewswire.com). Acesso em: 14 jul. 22.

ROEBBEN, G. *et al.* Reference materials and representative test materials: the nanotechnology case. **Journal of Nanoparticle Research,** v. 15, p. 1455, 2013.

SCHELLEKENS, H. *et al.* The therapeutic equivalence of complex drugs. **Regulatory Toxicology and Pharmacology,** v. 59, p. 176-183, 2011.

SCHOONJANS, R. Guidance on the human and animal risk assessment of the application of nanoscience and nanotechnology in the agri/food sector. Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

SIMAK, J. **Investigation of blood and endothelial toxicity of engineered nanoparticles using a PAMAM (polyamidoamine) dendrimer model.** Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

STONE, V. *et al.* A framework for grouping and read-across of nanomaterials supporting innovation and risk assessment. **Nano Today,** v. 35, 2020.

SUMREIN, A. **Safety assessment of nanomaterials under Reach.** Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

THAKKAR, S. *et al.* Regulatory landscape of dietary supplements and herbal medicines from a global perspective. **Regulatory Toxicology and Pharmacology,** v. 114, 2020.

TONG, W. *et al.* Genomics in the land of regulatory **Science Regulatory Toxicology and Pharmacology,** v. 72, p. 102-116, 2015.

TOUSSAINT, B. *et al.* Review of micro- and nanoplastics contaminations in the food chain. **Food Additives & Contaminants**, v. 36, p. 639-673, 2019.

URMANN, K. *et al.* Aptamer-modified nanomaterials: principles and applications. **BioNanoMaterials**, v. 18, 2017.

WACKER, M. **Translational nanomedicine how to predict clinical performance?** Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

ZOU, S. **Characterisation of nanomaterials and their cytotoxicity assessment.** Global Summit On Regulatory Science 2019 On Nanotechnology And Nanoplastics, 2019.

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA  
CIDADANIA**



# DIREITO À SAÚDE E POVOS INDÍGENAS: O ACESSO À SAÚDE PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA COVID-19

## *RIGHT TO HEALTH AND INDIGENOUS PEOPLES: ACCESS TO PUBLIC HEALTH IN TIMES OF PANDEMIC COVID-19*

Janaína Machado Sturza\*

Adriana Cristina Cury Azevedo\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O direito à saúde e a saúde pública no Brasil em meio à pandemia do coronavírus. 3 A saúde indígena no Brasil. 4 A pandemia e a invisibilidade das comunidades indígenas. 5 Conclusão.

**RESUMO:** O cenário contemporâneo, diante das adversidades provocadas pela pandemia, é de verdadeiro caos sanitário e humanitário. Neste contexto, o tema da política de saúde para os povos indígenas torna-se uma questão ainda mais polêmica e delicada, exigindo uma atenção redobrada aos setores responsáveis. Assim, o presente artigo tem como objetivo fomentar a reflexão acerca do impacto provocado pela pandemia de Covid-19 nas comunidades indígenas do Brasil. Seguindo este ideário, o problema de pesquisa indica a seguinte indagação: em que medida o Estado Brasileiro está (ou não) cumprindo suas responsabilidades legais de atenção ao acesso à saúde para os indígenas? Através de um estudo bibliográfico, seguindo o método dedutivo, verificou-se que, ainda que apresentadas inúmeras ações governamentais para a proteção à saúde dos povos indígenas, a consolidação deste direito ainda não é efetiva, ou seja, há atualmente um agravamento nas condições de saúde – para além dos problemas já enfrentados, sobreveio a pandemia e agravou a situação sanitária nas e das comunidades indígenas.

**Palavras-chave:** direito à saúde. pandemia de Covid-19. saúde indígena.

---

\* Pós-doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela Unisc. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijui, Lecionando na Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do Comitê Gestor da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital 05/2019. Endereço para acessar este cv: <http://lattes.cnpq.br/6189149330530912>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9290-1380>.

\*\* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Unjversidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - MINTER UNIJUI/UNESC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4581-7287>.

Artigo recebido em 21/06/2021 e aceito em 05/12/2022.

Como citar: STURZA, Janaína Machado; AZEVEDO, Adriana Cristina Cury. Direito à saúde e povos indígenas: o acesso à saúde pública em tempos de pandemia de COVID-19.

**Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 227, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**ABSTRACT:** *The contemporary scenario, in the face of the adversities caused by the pandemic, is one of true health and humanitarian chaos. In this context, the issue of health policy for indigenous peoples becomes an even more controversial and delicate issue, requiring increased attention from the responsible sectors. Thus, this article aims to encourage reflection on the impact caused by the Covid-19 pandemic on indigenous communities in Brazil. Following this idea, the research problem indicates the following question: to what extent is the Brazilian State (or not) fulfilling its legal responsibilities of attention to access to health for indigenous people? Through a bibliographical study, following the deductive method, it was verified that, although numerous governmental actions are presented for the protection of the health of indigenous peoples, the consolidation of this right is still not effective, that is, there is currently an aggravation in the conditions of health – in addition to the problems already faced, the pandemic came and worsened the health situation in and of indigenous communities.*

**Keywords:** *right to health. Covid-19 pandemic. indigenous health.*

## INTRODUÇÃO

Falar de Políticas Públicas em Saúde Indígena a partir da Constituição Federal de 1988, e mais especificamente a partir da Lei Arouca (Lei nº 9.836/99), é falar de um marco no reconhecimento da diversidade étnica, dos direitos dos povos indígenas, do respeito aos costumes e tradições de um povo originário destas terras. Mas é também falar de entraves e duras batalhas para efetivação desses direitos, mormente em tempos de crise, em que se constata o colapso do sistema de saúde pública, como ocorreu em função da pandemia de COVID-19.

A partir desta contextualização, o presente artigo tem como objetivo refletir sobre o impacto provocado pela pandemia de Covid-19 nas comunidades indígenas do Brasil, a despeito das muitas dificuldades e seus agravamentos no que diz respeito ao acesso à saúde. Para tanto, o estudo ora proposto aponta como problema de pesquisa: em que medida o Estado Brasileiro está (ou não) cumprindo suas responsabilidades legais de atenção ao acesso à saúde para os indígenas? Para a construção deste artigo, realizou-se um estudo bibliográfico, seguindo o método dedutivo, sendo que o texto, para fins de compreensão do tema, foi dividido em três capítulos.

Desta forma, no Capítulo 1, resgata-se as concepções de Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direito à Saúde, levantando o tema positivado na Carta Magna, chegando à criação do SUS (Sistema Único de Saúde), conquista de suma importância para os brasileiros, e ao desafio pela efetivação dos direitos sociais conquistados, com a intenção de evidenciar dificuldade de acesso à saúde na situação de pandemia enfrentada pelo Brasil e pelo mundo, e as respostas do Poder Público frente ao problema.

No Capítulo 2, descreve-se o nascimento do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASI), a partir da Lei n. 9.836/99, conhecida por

Lei Arouca, como forma de atender às diversidades geográficas, culturais e sociais dos povos indígenas, e, por meio de tratamento “desigual”, no sentido de “especial” chegar-se ao cumprimento do “acesso igualitário” descrito no artigo 196 da Constituição Federal que trata do direito à saúde. Ademais, na esteira do SASI, nascem também, entre outros, a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas e a Secretaria Especial de Saúde Indígena. Mais adiante, uma breve consideração é assinalada a respeito da divergência entre as concepções de saúde e cura entre os indígenas e não indígenas, refletindo a imprescindibilidade de compatibilização entre essas culturas, mantendo o maior respeito possível no momento de intervenção na saúde indígena.

Isto posto a respeito do Direito à Saúde e Direito à Saúde dos Povos Indígenas do Brasil assegurados pela Carta Magna e legislação infraconstitucional, será abordado, no Capítulo 3, em que medida, perante a pandemia, esses direitos e tudo o que foi construído em termos de legislação, políticas, programas e ações estão sendo efetivados ou não pelos órgãos competentes do Poder Público, bem como serão apresentadas as críticas feitas por instituições não governamentais engajadas com a questão indígena ao atual governo.

## **1 O DIREITO À SAÚDE E A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL EM MEIO À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS**

A saúde é tema de imensurável relevância e preocupação, tendo sido uma discussão atemporal e global, uma vez que acompanha a linha do tempo na história dos Direitos Humanos, no qual está inserido e se estende a todas as nações, não se restringindo a nenhuma localidade específica, ultrapassando as fronteiras, sobretudo na era de globalização.

Assim, o direito à saúde é constitucionalmente tutelado como um bem jurídico e está assegurado no título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, dentro do capítulo dos Direitos Sociais da Constituição Federal,<sup>1</sup> e garantido a todos (brasileiros) conforme disposto no artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>1</sup> Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

O conteúdo expresso no artigo 196 é bastante abrangente, pois declara a universalidade do acesso à saúde por parte de todos os brasileiros; constitui um dever ao Poder Público para a efetivação desse direito por meio da formulação e implementação de políticas sociais e econômicas que garantam não somente a cura, mas também a prevenção de doenças e ainda, determina o caráter igualitário, ou seja, que não se pode haver discriminação no acesso às ações e aos serviços de saúde.

Neste contexto, o direito à saúde é aquele que, dentro dos direitos fundamentais, oportunizará o exercício dos demais, como afirma Cretella Júnior (2002, p. 4.331) citando Zanobini:

nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo, saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

Na busca pela efetivação do mandamento constitucional do direito a esse bem maior, nasce o SUS: Sistema Único de Saúde, financiado com recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme artigo 195 da Constituição Federal<sup>2</sup> e composto pelo Ministério da Saúde, Estados e Municípios, cada ente com suas corresponsabilidades. A gestão nacional do SUS cabe ao Ministério da Saúde, que, em articulação com o Conselho Nacional de Saúde, é responsável por formular, fiscalizar, monitorar e avaliar as políticas e ações na área da saúde. As secretarias estaduais e municipais também participam da formulação das políticas e ações de saúde, cada qual dentro de suas atribuições e competências (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]

<sup>3</sup> Ministério da Saúde: Gestor nacional do SUS, formula, normatiza, fiscaliza, monitora e avalia políticas e ações, em articulação com o Conselho Nacional de Saúde. Atua no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) para pactuar o Plano Nacional de

O SUS é uma grande conquista da saúde pública no Brasil e é considerado um dos maiores sistemas de saúde do mundo, entretanto, apesar de inúmeras conquistas desde sua criação, tem enfrentado diversos desafios, como assevera Paim (2018, p. 1.725):

Apesar de a Constituição proclamar a saúde como direito de todos e dever do Estado, o Estado brasileiro através dos poderes executivo, legislativo e judiciário, não tem assegurado as condições objetivas para a sustentabilidade econômica e científico-tecnológica do SUS. Problemas de gestão como a falta de profissionalização, o uso clientelista e partidário dos estabelecimentos públicos, número excessivo de cargos de confiança, burocratização das decisões e descontinuidade administrativa, têm sido destacados, embora as alternativas acionadas impliquem a desvalorização dos trabalhadores de saúde, através das terceirizações e da precarização do trabalho.

Outros aspectos negativos na construção do SUS podem ser identificados nas políticas de medicamentos e de assistência farmacêutica, no controle do *Aedes* e na segurança e qualidade do cuidado. A insuficiência da infraestrutura pública, a falta de planejamento ascendente, as dificuldades com a montagem de redes na regionalização e os impasses para a mudança dos modelos de atenção e das práticas de saúde também comprometem o acesso universal e igualitário às

---

Saúde. Integram sua estrutura: Fiocruz, Funasa, Anvisa, ANS, Hemobrás, Inca, Into e oito hospitais federais. Secretaria Estadual de Saúde (SES): Participa da formulação das políticas e ações de saúde, presta apoio aos municípios em articulação com o conselho estadual e participa da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) para aprovar e implementar o plano estadual de saúde. Secretaria Municipal de Saúde (SMS): Planeja, organiza, controla, avalia e executa as ações e serviços de saúde em articulação com o conselho municipal e a esfera estadual para aprovar e implantar o plano municipal de saúde. Conselhos de Saúde: O Conselho de Saúde, no âmbito de atuação (Nacional, Estadual ou Municipal), em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. Comissão Intergestores Tripartite (CIT): Foro de negociação e pactuação entre gestores federal, estadual e municipal, quanto aos aspectos operacionais do SUS. Comissão Intergestores Bipartite (CIB): Foro de negociação e pactuação entre gestores estadual e municipais, quanto aos aspectos operacionais do SUS. Conselho Nacional de Secretário da Saúde (Conass): Entidade representativa dos entes estaduais e do Distrito Federal na CIT para tratar de matérias referentes à saúde. Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems): Entidade representativa dos entes municipais na CIT para tratar de matérias referentes à saúde. Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems): São reconhecidos como entidades que representam os entes municipais, no âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao Conasems, na forma que dispuserem seus estatutos.

ações e serviços de saúde. Verifica-se a reprodução do modelo médico hegemônico, centrado mais na doença que na saúde, no tratamento que na prevenção ou promoção, no hospital e nos serviços especializados, e menos na comunidade, no território e na atenção básica.

Neste contexto, percebe-se que há muito a fazer para tornar o SUS eficaz, porque além dos aspectos apontados pelo autor, acrescenta-se o fator orçamentário. Como apontam Sturza e Sippert (2019, p. 23):

No Brasil, destaca-se o acesso à saúde pública previsto na Carta Magna como direito social de todos e muito embora estejam positivados no ordenamento jurídico, a sua efetivação na prática está longe de ser implementada de forma eficaz, influenciada por diversos fatores, principalmente econômicos, políticos, operacionais, entre outros.

Na esteira deste entendimento, assevera Limberger (2016, p. 144): “dois direitos sociais têm por parte dos poderes públicos as chamadas “verbas carimbadas”, no sentido de que o percentual de recursos já se encontra previamente definido são: educação (art. 212, da CF) e saúde (art. 198, § 2.º, da CF)”.

Não adentrando aos “problemas sistêmicos” que assolam o Poder Público no país, a falta de investimentos na área da saúde não é novidade para nenhum brasileiro. É reportado, quase que diariamente pela mídia, o descaso na saúde pública, como falta de medicamentos, de leitos, de médicos e outros profissionais da saúde, atrasos nos atendimentos ou a infinita demora nos atendimentos que, muitas vezes, a inviabiliza. E assim, recorrer ao Poder Judiciário para tentar efetivar um direito assegurado constitucionalmente se torna, muitas vezes, a única saída (Sturza, 2008). Por esse motivo, o Judiciário nunca foi tão demandado quanto nos últimos tempos. Sob a ótica de Sturza (2008, p. 40):

[...] o Direito à Saúde é o segundo dos direitos sociais, conforme o art. 6º da Constituição Federal, logo após a educação. Surge como um direito subjetivo público que não pode ser negado a nenhuma pessoa sob pretexto algum, apesar de, na maioria das situações da vida diário, ele estar sendo constantemente negado, devendo ser assegurado pelo judiciário e não pelo sistema da saúde.

Esse triste cenário de ter que recorrer ao judiciário, por metáfora, é como pegar um atalho tortuoso quando se poderia seguir pelo caminho perfeito. Entretanto, por outro lado, essa dinâmica entre os Poderes

pode ser saudável, na medida em que, dentro de suas áreas de atuação, contribuam para a efetivação de direitos. Neste diapasão, Limberger (p. 185-6) assevera que:

Passados 200 anos de histórica política brasileira e mais de 25 anos da CF/88, a luta não é mais pela codificação de direitos, mas sim pela sua efetividade, por uma leitura madura que otimize os recursos orçamentários existentes, dos direitos sociais, em geral e do direito à saúde, em particular. O que torna o direito à saúde de maior complexidade para sua efetividade é a sua dependência com outras políticas públicas. A efetividade do direito social à saúde é diretamente relacionada à educação e informação, ambos se situam na esfera preventiva. A população com maior grau de instrução se alimenta melhor e tem mais cuidados com sua saúde. O direito à informação utilizado de uma maneira preventiva propicia o exercício do direito à saúde e também a fiscalização a respeito da execução orçamentária. A via a ser construída, aponta que os Poderes e organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, objetivando a informação recíproca, com o objetivo de melhorar a prestação do direito social à saúde, mediante a racionalização de rotinas e procedimentos, conferindo-lhe uma maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização. Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes comprometidos no seu papel, trabalhando de uma maneira integrada.

O desafio para efetivação dos direitos sociais, em especial a saúde, tem sido compartilhado pelos três poderes e ainda assim, tem muito a trilhar para que seja realizado na sua integralidade, sobretudo no momento em que o mundo todo luta contra um inimigo comum e invisível: o novo coronavírus (SARS-CoV-2),<sup>4</sup> que instaurou a pandemia, decretada pela OMS em março do corrente ano. Portanto, o início da pandemia de Covid-19 foi atribuído à cidade de Wuhan, na China, onde foram anunciados os primeiros casos em dezembro de 2019. Para o enfrentamento desta pandemia, a OMS publicou um Plano Estratégico de Preparação e Resposta à COVID-19 com as principais ações que os países precisam

<sup>4</sup> Segundo o Ministério da Saúde, os coronavírus causam infecções respiratórias e intestinais em humanos e animais e a maioria das infecções por coronavírus em humanos são causadas por espécies de baixa patogenicidade, com sintomas do resfriado comum, podendo, eventualmente, levar a infecções graves em grupos de risco, idosos e crianças. Sobre a COVID-19, especificamente, a clínica ainda não está completamente descrita e não se sabe muito sobre o padrão de letalidade, mortalidade, infectividade e transmissibilidade, bem como ainda não há vacina ou medicamentos específicos disponíveis, sendo que o tratamento é de suporte e inespecífico. (BRASIL, [2022]).

desenvolver. Esse plano, que serve como um guia para desenvolvimento de planos específicos para cada país, é atualizado à medida que novos dados e informações chegam à OMS e esta passa a ter uma melhor compreensão do assunto (ONU, 2020).

No Brasil, foram editadas diversas normativas, entre elas, portarias, decretos, e a Lei 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, na tentativa de combate ao avanço da doença no país. Entretanto, na história das epidemias e pandemias no Brasil, como a varíola, poliomielite e gripe espanhola, nunca antes a desarticulação na saúde foi tão exaustivamente noticiada como agora.

## 2 A SAÚDE INDÍGENA NO BRASIL

Muito embora não haja na Constituição Federal dispositivo específico para tratar da saúde indígena, os artigos 6.º e 196, conjugados com os princípios constitucionais, em particular o Princípio da Igualdade, autorizam a existência de um braço especializado dentro do sistema de saúde para atender as peculiaridades da saúde dos povos indígenas, uma vez que, para atingir a igualdade real, muitas vezes se tornam necessários tratamentos desiguais. Na lição de Nelson Nery Junior, “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (1999, p. 42).

No mesmo sentido, assevera Rui Barbosa em “Oração aos Moços” sobre o Princípio da Igualdade:

A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real (1999, p. 26).

Na esteira desse entendimento, é instituído o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena — SASI, pela Lei 9.836, de 23 de setembro de 1999 que acrescentou dispositivos à Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.<sup>5</sup>

<sup>5</sup>Poucos são os personagens que emprestam seu próprio nome a uma lei. Essa honraria só é dada àqueles que, por sua dedicação, abnegação e empenho, conseguiram o reconhecimento de seus pares como verdadeiros mentores de determinada causa. Nem mesmo a Lei Áurea ganhou o nome de quem a promulgou, a Princesa Isabel. Já o médico sanitarista e doutor em Saúde Pública Antônio Sérgio da Silva Arouca, paulista de Ribeirão Preto, mereceu tal

Com a criação do SASI, “a responsabilidade formal e de toda a estrutura de Estado relacionada ao atendimento à saúde indígena, incluindo as unidades de saúde, os funcionários, as funções de confiança e os recursos orçamentários, passou a ser da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), órgão executivo do Ministério da Saúde” (BRASIL, 2009, p. 10).

A Funasa é, portanto, gestora do SASI, e a sua missão institucional compreende duas vertentes: Saneamento Ambiental e Atenção Integral à Saúde Indígena, que são desenvolvidas por intermédio de elaboração de planos estratégicos e, dentre as unidades que a compõem, nas ações de atenção integral à saúde, estão os Distritos Sanitários Especiais Indígenas e as 26 Coordenações Regionais (Cores), instaladas em todos os estados, com exceção do Distrito Federal onde fica a sede da Funasa (BRASIL, 2009, p. 14).

Desta forma, o Ministério da Saúde é o responsável por estabelecer as políticas e diretrizes para promoção e recuperação da saúde do índio, e a FUNASA, é responsável pela coordenação e execução das ações de saúde.

A partir da criação do SASI, foi elaborada a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas – PNASPI, cujo propósito é:

garantir aos povos indígenas o acesso à atenção integral à saúde, de acordo com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, contemplando a diversidade social, cultural, geográfica, histórica e política de modo a favorecer a superação dos fatores que tornam essa população mais vulnerável aos agravos à saúde de maior magnitude e transcendência entre os brasileiros, reconhecendo a eficácia de sua medicina e o direito desses povos à sua cultura (BRASIL, 2002, p. 13).

Para coordenar e executar a PNASPI, no ano de 2010, foi aprovada a criação da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), que também é responsável por todo o processo de gestão do SASI, implementado, neste, um novo modelo de gestão e de atenção, de modo descentralizado, com autonomia administrativa, orçamentária, financeira e responsabilidade sanitária dos

---

privilégio. Por quatro anos, entre 1985 e 1989, Arouca presidiu a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e, em 1986, esteve à frente da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1996, em Brasília, e cuja principal conquista foi a elaboração de um projeto de reforma sanitária prevendo a criação de um Sistema Único de Saúde. Posteriormente, foi eleito deputado federal para os períodos de 1991/1994 e de 1995/1998. Durante a sua segunda legislatura, o parlamentar encaminhou o projeto de lei que veio a ser sancionado em 23 de setembro de 1999 e que, desde então, ficou conhecido como “Lei Arouca” (n. 9.836/99). Entre outras medidas, a lei transferiu as ações de saúde indígena para a Funasa (BRASIL, 2009, p. 13).

Distritos Sanitários Especiais Indígenas. São atribuições da SESAI entre outras: “desenvolver ações de atenção integral à saúde indígena e educação em saúde, em consonância com as políticas e os programas do SUS e observando as práticas de saúde tradicionais indígenas; e realizar ações de saneamento e edificações de saúde indígena” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Além dos trinta e quatro Distritos Sanitários Especiais Indígenas (Dseis), localizados em diversas regiões do território nacional, a estrutura da FUNASA compreende, ainda, Postos de Saúde, Polos-Base e Casas de Apoio à Saúde do Índio (CASAIS). Os Dseis “são responsáveis pelo conjunto de ações técnicas e qualificadas que têm por objetivo promover a atenção à saúde e as práticas sanitárias adequadas, estimulando também o controle social”, os Polos-Base, por prestar assistência à saúde, realizando a capacitação e supervisão dos Agentes Indígenas de Saúde, sendo estruturados como Unidades Básicas de Saúde. Nos Polos-Base atuam “Equipes Multidisciplinares de Saúde Indígena (EMSI) compostas, principalmente, por médicos, enfermeiros, nutricionistas, dentistas e técnicos de enfermagem, entre outros profissionais”. Os Postos de Saúde são responsáveis pela execução de atividades de atenção básica à saúde, como acompanhamento de crianças e gestantes, imunização, acompanhamento de pacientes crônicos e de tratamentos de longa duração, além de atendimentos de primeiros socorros e outros atendimentos básicos.

As Casas de Apoio - Casais - alojam e alimentam os pacientes indígenas encaminhados à rede do Sistema Único de Saúde, prestam assistência de enfermagem 24 horas por dia e são responsáveis por marcar consultas, exames complementares e internação hospitalar, enfim, prestam todo o apoio ao paciente indígena até seu retorno a sua comunidade. “Além disso, nas Casais são promovidas atividades de educação em saúde, produção artesanal, lazer e atividades para os acompanhantes e para pacientes em condições de participar desses eventos” (Brasil, 2009, p. 30-5).

Feitas essas primeiras considerações sobre a estrutura geral para o cumprimento da norma constitucional de direito à saúde (indígena, no caso), resta entender como compatibilizar o entendimento de saúde sob o ponto de vista do branco e sob o ponto de vista dos povos indígenas e se realmente toda essa estrutura tem cumprido sua missão, ou seja, tem sido efetiva.

A medicina tradicional indígena difere muito da convencional do não indígena. A concepção de doença e cura para o indígena está atrelada ao sobrenatural, tanto é que Orlando Villas Bôas (2000, p. 48),<sup>6</sup> afirma que:

<sup>6</sup>Orlando Vilas-Boas foi um sertanista e indigenista brasileiro. Ele integrou, ao lado dos

“os índios acreditam que os males que os atinge procedem sempre de dois fatores: o material, ou racional; e a ação de entidades espirituais que habitam um espaço que transcende a realidade” e ainda, sobre a cura, continua:

Como início de cura mágica, o pajé acende sua cigarrilha de folhas nativas e aspira-a fortemente inúmeras vezes soprando a fumaça sobre o corpo do doente. Terminada essa primeira operação de cura, o pajé principal convoca os demais curadores da aldeia para juntos começarem a atrair as mães.<sup>7</sup> Então, sacudindo energicamente um chocalho, ele começa a cantar. Com isso, o doente passa a sentir uma melhora, mas só ficará totalmente bom quando sua alma for resgatada de todo (2000, p. 48).

Nos casos mais comuns, como dores de cabeça, ouvido e barriga entre outras, a cura é feita pelo ervatário que utiliza as ervas da aldeia. Entretanto, ainda nas palavras de Villas Bôas (2000, p. 47):

A falta de defesa do organismo do índio contra infecções faz com que qualquer manifestação estranha seja levada para o vasto campo da medicina mágica. O tratamento sai da mão do ervatário e cai nas mãos dos pajés. Não conhecendo nem tendo a menor defesa contra esses males, os índios curadores - os grandes pajés - buscam no sobrenatural a maneira de aplacar o mal surgido.

Compatibilizar os saberes e práticas indígenas com os serviços de saúde que o Estado oferece é um desafio que impõe respeito à cultura, reconhecendo a eficácia da medicina tradicional indígena, buscando articulá-las entre si.

Quanto à efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais de saúde indígena, embora vasta, também não se mostra evidente. Como afirmam Scalco, Aith e Louvison (2018):

A análise das legislações reconhecidas como pertinentes ao tema indicam uma grande quantidade e diversidade de normas que tratam de forma segregada as temáticas indígenas e as

---

irmãos Leonardo e Cláudio, uma das mais importantes expedições feitas para desbravar o interior do Brasil, a expedição Roncador-Xingu, que teve início em 1943. Depois dessa expedição, os irmãos Vilas-Boas nunca mais abandonaram a causa indígena. Orlando dedicou quarenta anos de sua vida à defesa dos índios. Ele propôs a criação do Parque Nacional do Xingu (atual Parque Indígena do Xingu), criado em 1961. Foi presidente do parque durante seis anos, depois, foi trabalhar na Funai (Fundação Nacional do Índio), que também ajudou a criar. (Britannica Escola, 2020)

<sup>7</sup>Mamaés são espíritos, uns bons, outros maus, que vivem num universo paralelo ao do índio” (Villas Bôas, 2000, p. 49).

normas da política de saúde nacional. Demonstram para além da fragmentação legal e normativa, algumas iniciativas que avançam na integralidade da assistência, bastante pontuais como a criação de incentivos financeiros específicos. Destaca-se a complexidade para a articulação interfederativa considerando que a territorialização dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas, que se propõe a respeitar a relação cultural dos indígenas com a terra, não coincidem com os territórios de estados e municípios.

Assim, a atenção à saúde indígena promovida (ou não) pelo Estado, como desenhada no mundo das ideias e na legislação, tem sido alvo de duras críticas por pesquisadores e líderes indígenas. Como se constata em Mendes, Leite, Langdon, Grisotti (2018, p. 76):

Alguns autores têm descrito a presença de estruturas de saúde precárias e insumos e equipamentos escassos que, somados à alta rotatividade de profissionais e à complexidade logística encontrada em algumas regiões, têm reflexos negativos na qualidade da prestação de serviços dentro dos territórios indígenas. Cuidados paliativos e atenção emergencial têm sido priorizados, caracterizando o enfraquecimento da APS. Em relação à alta rotatividade dos profissionais, o não estabelecimento de vínculo tende a inviabilizar o reconhecimento das especificidades culturais que permeiam o cuidado em saúde desses povos.

Muitos são os desafios: efetivar a atenção à saúde indígena na sua integralidade, superar as diferenças culturais na área da saúde, respeitando seus saberes e tradições e ainda, desintegrar o preconceito e a discriminação em relação aos povos indígenas, que neste momento, não se adentrará, pois é assunto vasto e relevante, merecendo um olhar mais acurado, contendo-se apenas no olhar quanto à saúde, que já está bastante deficitária, principalmente em se tratando da pandemia.

### **3 A PANDEMIA E A INVISIBILIDADE DAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

Não obstante aos problemas para efetivação das políticas públicas da saúde no Brasil, principalmente em se tratando de saúde dos povos indígenas, a pandemia de Covid -19 veio a agravar ainda mais a fragilidade e o grau de vulnerabilidade desses povos, quer sejam aldeados ou vivendo nos centros urbanos. Vale lembrar que no Censo realizado pelo Instituto

Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano de 2010, 896 mil pessoas se declaravam ou se consideravam indígenas, sendo que 57,7% vivem em Terras Indígenas oficialmente reconhecidas e 36,2% residem em centros urbanos (IBGE, 2010).

É notório o maior grau de vulnerabilidade dos povos indígenas às doenças infectocontagiosas, dificuldade de acesso a saneamento básico nas aldeias, problemas de desnutrição, anemia e doenças crônicas agravam a saúde das comunidades indígenas. Não havendo vacina para combate à disseminação da doença, não havendo medicamento para cura oficialmente reconhecido como eficaz pela comunidade científica, não havendo leitos hospitalares para acolhimento dos casos graves resta apenas seguir as orientações das autoridades em saúde sobre as medidas de distanciamento, uso de máscaras e higienização constante das mãos. Entretanto, se essas medidas não são simples de serem aplicadas nos centros urbanos, muito menos nas aldeias indígenas por uma série de razões, pois os indígenas, como lembra Ana Lúcia Pontes, coordenadora do GT Saúde Indígena da Abrasco e pesquisadora da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP/Fiocruz), “têm um grau de convívio muito maior, seja em momentos de compartilhamento de comida, banho no rio, rituais que fazem parte do cotidiano da aldeia” e ainda, “se a grande estratégia de prevenção do coronavírus, além do isolamento, é a higienização de mãos e de produtos, eles [indígenas] têm desafios para conseguir garantir essas medidas” (Observatório do Terceiro Setor, 2020), ou seja, em outras palavras, possuem um modo de vida coletivo, compartilhado, a começar por suas moradas: uma habitação pode abrigar várias famílias.

Portanto, se faz necessário pensar uma maneira diferenciada de atenção à saúde indígena em tempos de pandemia. Muito embora o Ministério da Saúde, por meio do SESAI, tenha apresentado um Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (COVID-19) em Povos Indígenas, operacionalizar e realizar as ações não são tarefa fácil de sair do papel por diversos fatores, entre os já citados, a falta de materiais de higiene, materiais de insumo para prevenção do vírus, insumos laboratoriais para exames de diagnóstico, de equipamentos de comunicação como internet, de transporte para remoção de emergência, até mesmo falta de alimentos.

Considerando a situação da saúde indígena em tempos de pandemia, por um lado, na divulgação do governo, observa-se uma gama de normatizações sobre o enfrentamento da doença nas comunidades indígenas,

tal sua estrutura, seus fundamentos e princípios; por outro, a realidade vivida, mostra um cenário bem diferente: comunidades precariamente assistidas, enfrentando praticamente sozinhas o avanço do contágio da doença, não sendo respeitadas em suas peculiaridades culturais e, ainda, lutando com os velhos problemas: invasões de toda ordem em seus territórios, quer de empresas extrativistas de madeira, minério, garimpos e grileiros.

No comunicado de imprensa, emitido em junho de 2020, em forma de declaração conjunta do Representante da ONU em Direitos Humanos na América do Sul, do Representante da ONU em Direitos Humanos na Colômbia, do Coordenador da Missão ONU em Direitos Humanos na Bolívia, e do Secretário-Executivo da CIDH,<sup>8</sup> há um retrato preciso da real situação em que se encontram os povos indígenas da Amazônia. Na declaração, fazem um alerta ao número de infecções e mortes, à falta de acesso aos serviços de saúde, à infraestrutura; alertam para a situação específica da mulher indígena e fazem um apelo aos governos no sentido de intensificar a atenção a esses povos, inclusive garantindo a participação de representantes desses povos na formulação e implementação de políticas públicas, sob o risco de ver em extinção, todo um povo e sua cultura:

Habitada por mais de 420 povos indígenas - pelo menos 60 deles em isolamento voluntário -, a Amazônia é uma das regiões mais naturais e culturalmente diversas do mundo. Lá, a disseminação do COVID-19 cresceu exponencialmente, afetando povos que vivem na região [...] o coronavírus tornou mais evidente a ausência histórica ou presença limitada do estado em muitos territórios e sua capacidade insuficiente para atender às necessidades desses povos, levando também em consideração seus conhecimentos ancestrais, práticas de cura e medicamentos tradicionais, a partir de uma abordagem intercultural. [...] congratulamos as iniciativas dos Estados que incluem apoio socioeconômico, fortalecendo a autonomia alimentar e medidas de autocuidado para os povos indígenas [...] Compartilhamos a preocupação com a natureza insuficiente ou inadequada de algumas dessas medidas: às vezes os apoios são inacessíveis, não chegam aos territórios em tempo hábil ou as comunidades recebem

---

<sup>8</sup> A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo mandato surge a partir da Carta da OEA e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Comissão Interamericana tem como mandato promover a observância e defesa dos direitos humanos na região e atua como órgão consultivo da OEA na temática. A CIDH é composta por sete membros independentes, que são eleitos pela Assembleia Geral da OEA a título pessoal, sem representarem seus países de origem ou de residência. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [2023]).

alimentos inadequados para seus modos de vida, visão de mundo ou cultura. E os modos de distribuição nem sempre observam os regulamentos sanitários, causando multidões que podem contribuir para a disseminação do COVID-19. [...] pedimos às autoridades que promovam os direitos das mulheres indígenas, que correm um risco desproporcional durante a pandemia, devido ao seu papel de liderança na economia informal e como prestadoras de cuidados em casa. É preciso garantir que as mulheres indígenas se beneficiem igualmente de medidas de proteção social; prevenir e responder à violência que tem aumentado como resultado de medidas de confinamento doméstico; e garantir que a situação de sobrecarga dos sistemas de saúde não leve a um aumento alarmante nas taxas de mortalidade materna entre mulheres e adolescentes indígenas ou a dificuldades adicionais no acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva (OEA - CIDH, 2020).

Em relação aos cuidados básicos como distanciamento social, uma vez que isso se torna impraticável dentro das aldeias pelo modo de vida coletiva dos povos indígenas, ao isolamento de toda a aldeia com a comunidade externa, se torna imprescindível, entretanto, isso também não tem acontecido, como apontado na declaração:

Durante a crise, recebemos informações alarmantes de que algumas empresas (extrativistas, florestais e outras), sem respeito pelo direito dos povos a consultas livres, prévias e informadas, não cessaram suas atividades, mesmo em áreas onde há restrições quanto à circulação e outras medidas extraordinárias, expondo-os a um alto risco de contágio. Além disso, essas cidades estão expostas às operações de atores armados ligados ao crime organizado e ao tráfico de drogas. Por todas essas razões, exortamos os Estados a abster-se, no âmbito da pandemia de COVID-19, de promover iniciativas legislativas e / ou autorizar projetos extrativistas para exploração ou desenvolvimento em ou ao redor de territórios indígenas, devido à impossibilidade de realizar os processos de consulta prévia, livre e informada, de acordo com as normas internacionais aplicáveis (OEA - CIDH, 2020).

Corroborando com a exposição dessa dura realidade, vários artigos e reportagens, como a da Agência Pública, em abril deste, sobre o coronavírus, os invasores e a situação indígenas no Brasil: “O vaivém descontrolado de pessoas nos garimpos ilegais, segundo as entidades indigenistas [...] é

atualmente o grande desafio dos profissionais de saúde e das lideranças que lutam para evitar o contato” (Quadros e Anjos, 2020). Já na reportagem: Condições das aldeias geram preocupação coma saúde dos indígenas, realizada pelo Observatório do Terceiro Setor, o médico sanitaria, professor e pesquisador do Projeto Xingu da Universidade Federal de São Paulo afirma que um dos fatores para a alta taxa de mortalidade indígena pela COVID em comparação ao não-indígena dá-se pelo fato de que “as políticas públicas não chegam a eles com intensidade, eles têm dificuldade de acesso ao sistema de saúde”, e ainda, a coordenadora executiva da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB),<sup>9</sup> sugere a criação de casa de apoio específica no atendimento de casos da doença nas aldeias, e afirma: “as CASAIs, Casas de Saúde Indígena, [...] não têm condições nem de atender os casos que já existem de outras doenças, imagina atender coronavírus? Não suporta” (Observatório do Terceiro Setor, 2020).

A própria APIB, preocupada com a falta de atenção do governo federal frente à crise, encaminhou carta aos governos estaduais solicitando colaboração na adoção de medidas especiais, afirmando que “os povos indígenas não estão apenas expostos ao novo coronavírus, mas também à acentuada vulnerabilidade social que dificulta o enfrentamento do processo epidêmico, assim como a sustentabilidade alimentar (APIB, 2020)

Os ânimos se acirram diante das ações do governo federal no sentido contrário ao apoio necessário às comunidades indígenas e outras tradicionais, a ponto da Associação Brasileira de Saúde Coletiva expedir uma Carta Aberta ao Congresso Nacional (2020), na data de 13 de julho do corrente, expressando seu espanto diante da situação:

Nós, abaixo assinados, estamos em estado de perplexidade diante dos 22 dispositivos vetados de forma desumana no Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos Territórios Indígenas, comunidades quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais (PL nº 1142/2020) pelo Presidente da República ao sancionar a Lei nº 14.021, no último dia 7 de julho. Os vetos, que denotam desconhecimento e racismo estrutural, pretendem neutralizar a efetividade da nova Lei, que dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas, e de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento desse

---

<sup>9</sup> APIB é uma instância de aglutinação e referência nacional do movimento indígena no Brasil.

vírus invisível e mortal. Trata-se de afronta autoritária à Constituição Federal e à decisão soberana do Congresso Nacional, que aprovou nas duas casas legislativas, quase por unanimidade o Projeto de Lei. O texto é fruto de esforços coletivos de parlamentares, representações dos povos indígenas, quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais, além das organizações da sociedade civil. Os vetos agravam a ameaça de etnocídio contra esses povos, diante da pandemia e da invasão de seus territórios, e ocorre no momento em que no Brasil são contabilizados 13.241 indígenas infectados, 461 óbitos e 127 povos indígenas afetados, conforme o Comitê Nacional de Memória e Vida Indígena. Entre os quilombolas existem 3.034 infectados e 131 óbitos, monitorados pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq), até a presente data.

A SESAI emite Boletins Epidemiológicos, cujos números, em 07 de agosto, somam: 17.497 casos confirmados, 12.033 cura clínica, 5.123 infectados atualmente, 310 óbitos entre os indígenas do Brasil (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). Entretanto, lideranças e organizações indígenas como APIB, Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab) entre outras, alertam para as subnotificações de casos, a ponto do Ministério Público Federal recomendaram ao Ministério da Saúde a adoção de medidas operacionais para tornar obrigatório o preenchimento por autodeclaração o campo etnia nos seus sistemas, pois, no Amazonas:

[...] somente os casos notificados pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) vinham gerando registro dos casos de indígenas contaminados, de modo que grande parte dos pacientes indígenas de comunidades urbanas no Amazonas que buscaram atendimento diretamente nas unidades do SUS não foram identificados como indígenas, o que tem gerado inconsistências entre os dados registrados. Em razão dessa subnotificação que contribui para a invisibilidade dos indígenas que vivem nas cidades, organizações indígenas como a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab) passaram a fazer seus próprios levantamentos a partir do controle social, obtendo dados que revelam uma clara defasagem dos números de notificações oficiais de indígenas infectado (OBIND, 2020).

Por outro lado, a SESAI afirma no Relatório das Ações realizadas pela SESAI para Enfretamento da Pandemia da COVID-19, versão atualizada em 31 de julho, que “as controvérsias e orientações para que a SESAI atenda indígenas não aldeados não possuem suporte na legislação vigente” e cita as leis nº 8.080/199, modificada pela Lei nº 9.836/1999; o Decreto nº 3.156/1999 e a Portaria nº 70/2004, constante da Portaria de Consolidação nº 2/2017, afirmando, ainda, que ao SESAI cabe o atendimento dos indígenas aldeados, mas que aos não aldeados, “os atendimentos devem ser feitos diretamente pelos estados e pelos municípios onde moram” (SESAI, 2020), tentando explicar, assim, a controvérsia da subnotificação.

Enfim, aldeados ou não, casos notificados ou não, o bem maior, que é a vida, está garantido e consagrado na Carta Magna, portanto, dar concretude ao direito à saúde de todos os brasileiros, sem exceção, não é uma faculdade do Poder Público; é um dever.

Como bem sustenta Harari sobre a atual realidade mundial:

Hoje, a humanidade enfrenta uma crise aguda não apenas por causa do coronavírus, mas também pela falta de confiança entre os seres humanos. Para derrotar uma epidemia, as pessoas precisam confiar nos especialistas, os cidadãos precisam confiar nos poderes públicos e os países precisam confiar uns nos outros. Nos últimos anos, políticos irresponsáveis solaparam deliberadamente a confiança na ciência, nas instituições e na cooperação internacional. Como resultado, enfrentamos a crise atual sem líderes que possam inspirar, organizar e financiar uma resposta global coordenada (2020, p. 10).

De uma forma sem precedentes na história, a pandemia veio para descortinar todos os flagelos que assolam os mais vulneráveis, mostrando ao mundo quão invisíveis se torna parte da comunidade humana e até onde vai a irresponsabilidade dos líderes que deveriam garantir sua segurança e acolhimento. Não por sorte, como se costuma dizer, mas por dignidade, fraternidade ou outro atributo tão elevado quanto, vozes se levantam e mãos se estendem e fazem, pelos “invisíveis”, o que os verdadeiros (ir) responsáveis deveriam fazer.

## CONCLUSÃO

Diante do cenário desanimador que se encontra o Brasil no controle da pandemia pelo coronavírus, causador da COVID-19, uma questão ainda mais complexa emerge nesse meio, que é o agravamento da desatenção à saúde dos povos indígenas do Brasil, cuja situação no restante do mundo, não deve ser muito diferente. Instituições não governamentais e acadêmicas engajadas nas questões indígenas, denunciam a extrema vulnerabilidade e os impactos no contexto desses povos, mostrando o despreparo e descaso das autoridades públicas para com esses grupos.

Importante lembrar que não só o vírus invade as terras indígenas, mas outras invasões não cessaram, como as dos grileiros, garimpeiros e outros, e agora duplamente arrasador, ao descrever o avanço do vírus pelo interior das regiões. Desta forma, é urgente a necessidade de mudança de postura em relação à atenção indígena no Brasil não só na saúde, mas em outras áreas, pois como se percebe, a falta da efetivação de um direito (sobre suas terras) leva à ameaça de outro, o da saúde, uma vez que o necessário isolamento não é respeitado.

Em suma, talvez seja necessária a vinda de uma pandemia desse porte para que desperte nos cidadãos o grau de vulnerabilidade que todo o gênero humano, independente de raça, credo, posição social, se encontra, e assim, uma vez “na pele” daqueles que têm nisso uma constante, possam se posicionar perante às injustiças do dia-a-dia vivida pelos invisíveis.

Foram apresentadas inúmeras ações governamentais para a proteção à saúde dos povos indígenas durante a pandemia, todavia, a consolidação deste direito ainda não é efetiva, ou seja, há atualmente um agravamento nas condições de saúde para além das fragilidades evidenciadas durante a pandemia - é necessário e urgente um outro olhar para a saúde indígena, voltado à ações que privilegiem as particularidades destes povos.

## REFERÊNCIAS

ABRASCO. Pela vida dos povos indígenas, quilombolas, pescadores artesanais e demais povos e comunidades tradicionais. **Carta Aberta ao Congresso Nacional**. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/pela-vida-dos-povos-indigenas-quilombolas-pescadores-artesanais-e-demais-povos-e-comunidades-tradicionais-carta-aberta-ao-congresso-nacional/50165/>. Acesso em: 7 ago. 2020.

AGÊNCIA PÚBLICA. **Coronavírus de um lado, invasores de outro: como está a situação dos indígenas no Brasil.** Disponível em: <https://apublica.org/2020/04/coronavirus-de-um-lado-invasores-de-outro-como-esta-a-situacao-dos-indigenas-no-brasil/>. Acesso em: 6 ago. 2020.

APIB. **Coronavírus:** APIB articula com Governadores estratégias para proteção aos povos indígenas de todo Brasil. Disponível em: <http://apib.info/2020/04/07/coronavirus-apib-articula-com-governadores-estrategias-para-protecao-aos-povos-indigenas-de-todo-brasil/> Acesso em: 7 ago. 2020.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços.** Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999. Brasil.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. **Lei Arouca:** a Funasa nos 10 anos de saúde indígena / Fundação Nacional de Saúde. Brasília: Funasa, 2009.

BRASIL. **Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas.** 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico n. 3:** Doença pelo Novo Coronavírus 2019 - COVID-19. Brasília, 21 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Informes diários Covid-19.** [2022] Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/informes-diarios-covid-19>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde (SUS). **Estrutura, princípios e como funciona.** Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde (SUS). **Institucional.** Disponível em: <https://www.saude.gov.br/o-ministro/692-institucional/idades-do-ministerio/173-secretaria-especial-de-saude-indigena-sesai>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. MPF. **Para evitar subnotificação de casos de covid-19 em indígenas, MPF recomenda obrigatoriedade do preenchimento de campos de raça/cor e etnia em sistemas do SUS.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/para-evitar-subnotificacao-de-casos-de-covid-19-em-indigenas-mpf-recomenda-obrigatoriedade-do-preenchimento-de-campos-de-raca-cor-e-etnia-em-sistemas-do-sus>. Acesso em: 7 ago 2020.

BRITANNICA ESCOLA. **Orlando Vilas-Boas.** Disponível em: <https://escola.britannica.com.br/artigo/Orlando-Vilas-Boas/483634>. Acesso em: 4 ago. 2020.

CARTA ABERTA AO CONGRESSO NACIONAL. 2020. Disponível em: [https://rca.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Aberta-ao-Congresso-Nacional\\_vetos-ao-PL-1142-1.pdf](https://rca.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Aberta-ao-Congresso-Nacional_vetos-ao-PL-1142-1.pdf). Acesso em: 29 nov. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ESCOBAR, A. L. A interiorização da pandemia: potenciais impactos em populações em situação de vulnerabilidade na Amazônia. **Revista NAU Social: Fórum Democracia, Políticas Públicas & COVID-19** - v. 11, n. 20, 2020. p. 137-143 ISSN 2237-7840. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/nausocial/article/view/36614/21018>. Acesso em: 8 ago. 2020.

HARARI, Y. N. **Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-populacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia>. Acesso em: 29 de nov. 2022.

LIMBERGER, T. **Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa:** a tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. In: TEIXEIRA, A. V.; GUIMARÃES FILHO, G.; SIMÕES, S. A. S. (Orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas:** discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

MENDES, A. P. M. *et al.* O desafio da atenção primária na saúde indígena no Brasil. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 42, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2018.184>. Acesso em: 4 ago. 2020.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Indígenas amazônicos estão “em grave risco” frente ao COVID-19, alertam ONU Direitos Humanos e CIDH**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/126.asp>. Acesso em: 6 ago. 2020.

OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS E POLÍTICAS INDIGENISTAS (OBIND). **MPF: Para evitar subnotificação de casos de covid-19 em indígenas, MPF recomenda obrigatoriedade do preenchimento de campos de raça/cor e etnia em sistemas do SUS**. Disponível em: <http://obind.eco.br/2020/07/08/mpf-para-evitar-subnotificacao-de-casos-de-covid-19-em-indigenas-mpf-recomenda-obrigatoriedade-do-preenchimento-de-campos-de-raca-cor-e-etnia-em-sistemas-do-sus/>. Acesso em: 8 ago. 2020.

OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. **Condições das aldeias geram preocupação coma saúde dos indígenas**. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/poder-publico-ignora-a-saude-dos-povos-indigenas/>. Acesso em: 7 ago. 2020.

OMS. **What is a pandemic?** Disponível em: [https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently\\_asked\\_questions/pandemic/en](https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en). Acesso em: 25 jul. 2020.

ONU. **5 razões pelas quais o mundo precisa da OMS para combater a pandemia da COVID-19**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/5-razoes-pelas-quais-o-mundo-precisa-da-oms-para-combater-a-pandemia-da-covid-19/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **O que é a CIDH?** OEA, [2023]. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 29 nov. 2022.

PAIM, J. S. Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.23, n.6, p. 1723-1728, 2018.

SCALCO, N.; AITH, F.; LOUVISON, M. C. P. Os indígenas e a universalidade do direito a saúde. *In*: Anais do Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, 2018, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos**. Campinas, Galoá, 2018. Disponível em: <https://proceedings.science/saude-coletiva-2018/papers/os-indigenas-e-a-universalidade-do-direito-a-saude>. Acesso em: 4 ago. 2020.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHMIDT, J. P. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 25 jul. 2020.

SESAI. **Relatório Resumido SESAI Coronavirus**. Disponível em: [https://saudeindigena1.websiteseuro.com/coronavirus/pdf/Relatorio%20Resumido\\_SESAI\\_Coronavirus.pdf](https://saudeindigena1.websiteseuro.com/coronavirus/pdf/Relatorio%20Resumido_SESAI_Coronavirus.pdf). Acesso em: 7 ago. 2020.

STURZA, J. M. **O Direito à Saúde na Sociedade Contemporânea: A figura jurídica do dano biológico na Itália e a proteção à saúde no Brasil**. 2008. Disponível em: [https://www.unisc.br/images/mestrado/direito/dissertacoes/2008/janaina\\_machado\\_sturza.pdf](https://www.unisc.br/images/mestrado/direito/dissertacoes/2008/janaina_machado_sturza.pdf). Acesso em: 8 ago. 2020.

STURZA J. M.; SIPPERT, E. O acesso ao Direito Humano à Saúde na era da globalização: a ineficácia do Estado na prestação de direitos e a (des)necessária judicialização. In: STURZA, J. M.; SIPPERT, E. (Orgs.). **Estado, políticas públicas e direito à saúde: diálogos ao encontro dos direitos humanos**: vol. II Porto Alegre: Evangraf/Criação Humana, 2017.

VILLAS BÔAS, O. **A arte dos pajés**: impressões sobre o universo espiritual do índio xinguano. São Paulo: Globo, 2000.



# RESPOSTAS CONSTITUCIONAIS ADEQUADAS NO COMBATE CONTRA A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NAS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS

## *APPROPRIATE CONSTITUTIONAL RESPONSES IN THE FIGHT AGAINST RELIGIOUS INTOLERANCE IN AFRO-BRAZILIAN RELIGIONS*

Marcela Modesto Fermino\*

Edson Vieira da Silva Filho\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O Constitucionalismo contemporâneo e o princípio da liberdade religiosa. 3 A liberdade religiosa ao longo das constituições brasileiras. 4 Exemplos de intolerância religiosa e a alteridade constitucional. 4.1 A intolerância como fato presente. 4.2 O respeito baseado na alteridade como demanda constitucional. 5 Considerações finais.

**RESUMO:** Diante do cenário do Brasil atual, em que quadros de intolerância religiosa estão cada vez mais presentes, é preciso reavaliar a maneira que se é tratado o direito individual da liberdade de crença sob uma ótica constitucionalista, abrangendo o contexto histórico e o que dizem os doutrinadores sobre o tema. Para este trabalho, foi eleita uma metodologia descritivo-analítica fundada em pesquisas bibliográficas, sites informativos e matérias de jornais dos séculos XIX e XX. Buscou-se, em um primeiro momento, definir a evolução dos direitos individuais, para, em um segundo momento, apresentar a evolução do direito em questão desde a Constituição brasileira de 1824 até a atual. Por fim, será demonstrado que a intolerância religiosa ainda se opera como fato presente, havendo a necessidade da utilização da resposta fundamentada no respeito e baseado na alteridade como demanda constitucional.

Palavras-chave: direitos fundamentais. Direito Constitucional. intolerância religiosa. religiões afro-brasileiras. alteridade.

---

\* Graduada em Direito pela FDSM/Pouso Alegre/MG. Bolsista de iniciação científica FAPEMIG (2018-2019) e FDSM (2020-atual). Membro dos Grupos de Pesquisa Razão Crítica e Justiça Penal e Estado e Administração Pública, ambos da FDSM/Pouso Alegre/MG. Endereço eletrônico: marcela.modesto97@gmail.com.

\*\* Pós-Doutor pela UNISINOS; Doutor em Direito pela UNESA; Mestre pela Universidade Federal do Paraná; Mestre pela Universidade São Francisco (2002), Graduado em Direito pela PUC Belos Horizonte -MG (1986). Gestor do Núcleo de Atividades Complementares da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas em tempo integral (DE) e membro do Núcleo Docente Estruturante. Professor do PPGD da FDSM. Coordenador do Grupo de Pesquisa Razão Crítica e Justiça Penal. Endereço eletrônico: evsilvaf@globo.com.

Artigo recebido em 13/08/2021 e aceito em 06/12/2022.

Como citar: FERMINO, Marcela Modesto; SILVA FILHO, Edson Vieira da. Respostas constitucionais adequadas no combate contra a intolerância religiosa nas religiões afro-brasileiras. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 251, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**ABSTRACT:** *Given the current scenario in Brazil, in which religious intolerance is increasingly present, it is necessary to reassess the way in which the individual right to freedom of belief is treated from a constitutionalist perspective, covering the historical context and what the scholars say about the subject. For this work, a descriptive-analytical methodology was chosen based on bibliographical research, informative websites and newspaper articles from the 19th and 20th centuries. It was sought, at first, to define the evolution of individual rights, and, at a second moment, to present the evolution of the law in question from the Brazilian Constitution of 1824 to the current one. Finally, it will be demonstrated that religious intolerance still operates as a present fact, with the need to use respect based on alterity as a constitutional demand.*

**Keywords:** *fundamental rights. Constitutional Law. religious intolerance. african brazilian religions. alterity.*

## INTRODUÇÃO

No Brasil, o Estado laico é uma das características da composição de um Estado Democrático de Direito, protegido constitucionalmente. Porém, ao analisar a laicidade, é possível encontrar um déficit na proteção daquilo que seria o ponto de partida e pedra de toque da construção de um Estado que se propõe expressamente como sendo tolerante e includente. Buscou-se, portanto, realizar um estudo sobre intolerância religiosa, devido à preocupação quanto à sua presença na sociedade brasileira. Em um primeiro momento, foi apresentado o que é a Constituição, seus sentidos e de como a liberdade religiosa tornou-se uma garantia fundamental, para que assim, a opção constitucional seja por um projeto civilizatório.

Em um segundo momento, torna-se necessário delinear a evolução do direito à liberdade de crença no Brasil, através das constituições e momentos históricos de cada época. Além disso, também foi realizada uma comparação com a história da Umbanda. As contradições entre o que se define constitucionalmente como uma proteção mostram-se como um problema que se estrutura a partir de raízes profundas, em uma sociedade fundada em um sistema escravocrata. Portanto, uma de suas consequências sociais é o apagamento das identidades daqueles que foram escravizados, inclusive suas religiões, o que resultou na intolerância religiosa.

No último momento, buscou-se demonstrar a existência da intolerância como algo recorrente a partir do fim do séc. XIX até os dias atuais, de eventos coletados em sites jornalísticos e de informação. São situações reais que ocorreram (e ainda ocorrem) no Brasil, sendo, portanto, necessário que a Constituição seja observada e aplicada de maneira eficiente, seguindo ao indicado em seu preâmbulo.

Para a construção das bases históricas, utilizou-se a perspectiva de Boris Fausto (2019). Já em relação à maneira como a história da Umbanda era retratada na mídia ao longo dos anos, foi imprescindível a obra de Diamantino Trindade (2018). Quanto à intolerância religiosa no Brasil, foi adotada a perspectiva de Sidnei Nogueira (2020).

A relevância do assunto nos dias de hoje é notada especialmente quando, em um país conhecido pela ampla gama de diversidade, os direitos das minorias não são protegidos com eficácia. No Direito do Brasil de hoje, aspectos sociais de uma sociedade que se projeta comprometida no âmbito constitucional com ideais libertários, não deve possuir esse tipo de problemática, e caso ocorra, deveria ser em casos isolados, assim como ser efetivamente combatido pelo Estado.

A finalidade foi demonstrar que é um fato presente na sociedade que as religiões afro-brasileiras são alvo de intolerância religiosa, ainda que haja proteção constitucional expressa na Carta Magna de 1988. Buscou-se uma solução, com um viés humanitário voltado para a alteridade, para que o princípio da liberdade de crença seja efetivamente protegido, e que a intolerância seja substituída pelo respeito, tanto para as religiões quanto para seus praticantes.

## **1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA**

As concepções sobre o que é Constituição vêm se alterando com o tempo, conforme surgem estudiosos sobre o assunto e as mudanças na sociedade. Faz-se interessante traçar um brevíário, partindo dos modelos contratualistas, que é tema indispensável para a compreensão da formação do Estado Moderno, e conseqüentemente, da estrutura do Estado Constitucional, conforme pode ser observado:

Se denomina “contractualismo” a la corriente interpretativa según la cual el Estado es el producto de una decisión racional de los hombres destinada a resolver los conflictos generados por su instinto antisocial o bien a solucionar los problemas emergentes de la convivencia (ROSATTI, 2002, p. 14).

A partir de Hobbes, Locke e Rousseau, tem-se a ideia do Estado de Natureza, contrapondo ao conceito de Estado Civil, que seria o início de uma sociedade política (STRECK; MORAIS, 2019, p. 29). Embora seja um ponto em comum eles falarem sobre o comportamento do homem em

uma sociedade sem estrutura política adequada (um contrato, que é base da escola contratualista), cada um possui uma percepção diferente do que seria este Estado Natural.

Finalmente, no século XVIII, conjugam-se vários fatores que iriam determinar o aparecimento das Constituições e infundir-lhes a características fundamentais. Sob influência do jusnaturalismo, amplamente difundido pela obra dos contratualistas, afirma-se a superioridade do indivíduo, dotado de direitos naturais inalienáveis que deveriam receber a proteção do Estado. A par disso, desenvolve-se a luta contra o absolutismo dos monarcas, ganhando grande força os movimentos que preconizavam a limitação do poder dos governantes. Por último, ocorre ainda a influência considerável do iluminismo, que levaria a extremo a crença na Razão, refletindo-se nas relações políticas através da exigência de uma racionalização do poder (DALLARI, 1998, p. 72).

Hobbes trata o Estado de Natureza como algo que não existiu e não existirá jamais (BOBBIO; BOVERO, 1994, p. 49), não considerando, portanto, o comportamento de uma sociedade originária histórica, uma suposição do que poderia ser. Neste caso, há o Estado de Natureza parcial, que pode se apresentar de três maneiras diferentes (BOBBIO; BOVERO, 1994, p. 50): 1) nas relações entre grupos sociais independentes; 2) em casos de guerra civil, onde se dissolve o Estado Civil e entra o Estado de Anarquia; e 3) nas sociedades primitivas.

Como dissemos, o modelo hobbesiano sofreu muitas variações na literatura dos séculos XVII e XVIII, que podem ser agrupadas em torno de três temas fundamentais: o ponto de partida (o estado de natureza), o ponto de chegada (o estado civil) e o meio através do qual ocorre a passagem de um para outro (o contrato social). (BOBBIO; BOVERO 1994, p. 49)

Locke, quanto ao Estado de Natureza, possui um pensamento semelhante ao de Hobbes, ao afirmar que lá os homens são livres para buscar seu progresso pessoal, mas quando encontram outros homens com o mesmo objetivo, tornam-se ambiciosos e enciumados (ROSATTI, 2002, p. 19). O autor trouxe também a ideia de propriedade, podendo desfrutá-la junto a vida e a liberdade. Essa premissa fez com que John Locke ficasse conhecido como o pai do liberalismo (STRECK; MORAIS, 2019, p. 31), dando um enfoque maior ao homem racional e portador de bens.

Sua percepção de contrato social deriva da noção de que, para que haja proteção dos possíveis conflitos relacionados à ambição do homem, resguardando os direitos já existentes no Estado de Natureza (STRECK; MORAIS, 2019 p. 33), sendo dever do Estado garantir estes direitos. Sua obra influenciou fortemente a Revolução Inglesa de 1688 e a Revolução Americana de 1776, de tão marcante que eram suas ideias antiabsolutistas (DALLARI, 1998, p. 72).

Por fim, seguindo a linha cronológica, Rousseau teve igualmente grande importância para a formação de um Estado Constitucional, que, com o desenvolvimento desta teoria, este modelo estatal ficará conhecido como é hoje. Ao contrário dos outros dois, acredita que, na Natureza (em uma ocorrência histórica) o homem nasce bom e a sociedade o corrompe, seguindo o mito do bom selvagem:

Outros, como Rousseau, definem-no como estado histórico de felicidade – o estado primitivo da humanidade -, em que a satisfação seria plena e comum (mito do bom selvagem, sendo significativa a fase de abertura do Contrato Social: *os homens nascem livres e iguais e, em todos os lugares, encontram-se a ferros*), e o estabelecimento da propriedade privada joga papel fundamental. (STRECK; MORAIS, 2019 p. 30-31)

Apesar das diferenças entre as ideias, os três autores apresentaram um consenso relativo ao princípio das sociedades políticas (BOBBIO; BOVERO, 1994, p. 51): “As consequências destas atitudes díspares se mostrarão na configuração do estado civil proposta por cada um dos autores citados” (STRECK; MORAIS, 2019, p. 30-31). Todavia, era de comum acordo para que a sociedade funcionasse, garantindo os direitos dos indivíduos, sendo este um contrato entre cidadão e Estado.

Segundo Streck (2019), na segunda versão do Estado Moderno, marcado pela ascensão da burguesia no poder político e a implementação do modelo liberal, sendo mais influenciado por Rousseau (mas também com Locke sendo muito levado em consideração):

Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe [burguesia] não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal-racional, sustentando em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado (STRECK; MORAIS, 2019, p. 51).

Lembrando que neste trabalho se fala do surgimento de uma Constituição não apenas como documento, mas sim da maneira ela se apresenta como garantista de direitos. Neste sentido, Lassale apresenta a tese de que “uma Constituição *real e efetiva* a possuíram e possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso.” (LASSALE, 1985, p. 29).

O autor também traz a ideia de que a Carta Magna seja uma *lei fundamental*, diferente das outras leis, e que “uma Constituição deve ser algo muito mais sagrado, mais firme e mais incomovível de uma lei comum” (LASSALE, 1985, p. 33). Estas afirmações do autor apresentam as chamadas constituições rígidas, que “são as constituições cujo texto apenas pode ser alterado mediante procedimento mais rigoroso (mais exigente) do que aquele procedimento estabelecido para a alteração da legislação ordinária” (SARLET, 2016, p. 90).

Lassale (1985), ainda traça considerações sobre o poder constitucional e a Revolução de 1848 na França, também chamada de Primavera dos Povos, onde diferencia a Constituição Escrita, que descreve como mera folha de papel, da Constituição Real, que seria as verdadeiras forças vitais do país (LASSALE, 1985, p. 41-42). Assim, estipula também que a primeira deve representar a segunda, sob penalidade de possíveis consequências. Além disso, defende que os problemas constitucionais não são problemas do direito, mas sim do poder:

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar (LASSALE, 1985, p. 49).

Hans Kelsen apresenta a ideia de verticalidade das normas, sendo a Constituição a norma superior regente das demais (infraconstitucionais). Esta afirmação compreende à Carta Magna um sentido jurídico: “A estrutura hierárquica jurídica do um Estado é, grosso modo, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto dentro do direito nacional” (KELSEN, 1998, p. 182). Kelsen destaca que as Constituições podem ter dois sentidos, o formal e o material, e que, ao falar sobre o documento, ele se refere ao material.

Quanto ao formal, Kelsen compreende que pode ser definido como “certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais” (KELSEN, 1998, p. 182). Já a materialidade, assenta quais são as regras que servirão de base para a criação das normas jurídicas gerais. Ele diz, ainda, que o documento solene “geralmente contém também outras normas, normas que não são parte da constituição material” (KELSEN, 1998, p. 182).

Em um sentido político, neste trabalho foi adotada a definição de Carl Schmitt, na premissa de que “a essência da Constituição está no conjunto de decisões políticas fundamentais do poder constituinte, que refletem a realidade do povo” (CARVALHO, 2008, p. 53), diferenciando das leis constitucionais, que são os dispositivos inseridos no documento. Em um cenário na Alemanha pós-guerra, o autor apresenta a ideia de que os Tribunais, apesar de originalmente não possuírem essa característica, tornam-se guardiões de parte da Constituição:

[...] Aí reside, muito frequentemente, um risco para a independência judicial e deveria ser aprovado um direito de exame judicial (defensivo para a salvaguarda da posição constitucional da justiça, o que seria uma *autoproteção dos tribunais* contra intervenções não-autorizadas dos outros poderes públicos. Nesse aspecto, os tribunais podem ser guardiões de uma parte da Constituição, ou seja, daquela que diz respeito a sua própria base e posição, das determinações sobre a independência da justiça. (SCHMITT, 2007, p. 26)

O período pós 2ª Guerra Mundial obteve uma importância para compreender a Constituição, pois deixara uma herança de restrições de direitos que foram amparadas pela legalidade (STRECK, 2017, p. 145). A Carta Magna teve uma mudança de atribuições, deixando de ser mero documento político e passando a possuir força normativa. Este conceito começou a se expandir na Europa, mas “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80” (BARROSO, 2005, p. 6). Streck, em sua obra *Verdade e Consenso*, denomina esse novo sentido da Constituição de Constitucionalismo Contemporâneo:

A discussão do constitucionalismo implica o enfrentamento de um *paradoxo*, representado pelo especialíssimo modo como esse fenômeno é engegrado na história moderna-contemporânea. Com efeito, a *Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como*

*exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. (STRECK, 2009, p. 17)*

Hoje, a Constituição brasileira é tratada com constitucionalista de terceira geração (ROSA et al., 2012, p. 232), pois, após o período de ditadura militar, reuniu características de primeira (chamadas flexíveis, nos sécs. XVIII e XIX) e segunda geração (as rígidas do segundo pós-guerra supramencionada). É rígida e prevê um sistema de garantias e de instituições de garantias bem articulados, sendo, por causa disso, um modelo exemplar de Constituição.

Logo no preâmbulo constitucional é possível encontrar o projetar de um Estado Democrático dotado de garantias para o “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988). Assim, no art. 5º, VI, o direito à liberdade religiosa e de crença se tornou inviolável: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL, 1988).

No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio da qual se desenvolve o constitucionalismo. (...) Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. (STRECK, 2017, p. 37)

Apesar de a Constituição brasileira ser dotada de um rol extenso de garantias individuais e que, após sua promulgação, como aqui visto, ter se tornado uma versão aprimorada dos modelos europeus, o direito à liberdade religiosa possui uma proteção anêmica. Talvez pelo fato de os modelos europeus não possuírem uma previsão sobre uma pluralidade de culturas, e, conseqüentemente, religiões tão vastas como o Brasil possui. É um aspecto diferente não apenas em comparação às sociedades europeias, mas também do restante da América do Sul:

Observou-se que a entrada de escravos africanos no Brasil também em muito contribuiu para uma realidade social e religiosa bem distinta do resto do continente. Apesar de também existir escravagismo na América espanhola, é

um fenômeno bem menos significativo do que se observa no Brasil. A mão de obra escravizada trazida da África foi um pilar e a base de grande parte do período colonial brasileiro, de suas fazendas e, principalmente, dos engenhos. (BARBOSA, 2020, p. 112)

Nota-se, portanto, que para compreender a proteção constitucional à liberdade religiosa e de crença é necessário não apenas estudar os fatores inspiradores da Carta Magna brasileira e o Constitucionalismo a partir de 1988, mas também trazer um apanhado histórico-sociológico exclusivamente brasileiro para entender o porquê de sua ineficácia. Para este trabalho, será usada como referência a religião da Umbanda e como ela foi construída e tratada pelo Estado brasileiro desde a independência, momento em que a primeira Constituição nacional foi promulgada.

Assim, junto à contemporaneidade emerge a perspectiva plural, que se dá necessariamente por meio do respeito à diversidade, que por sua vez demanda a inclusão. É o ponto crítico da modernidade, quando, para além de uma postura individual ou de uma perspectiva particular de ideal social, democraticamente constitui-se uma sociedade sem preconceitos, fraterna e pluralista. O velho deve dar espaço para que o novo se concretize, daí a necessária busca de ruptura com as amarras históricas que retratam o passado a ser superado pelo novo projeto instituído em 1988.

## **2 A LIBERDADE RELIGIOSA AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

Ainda que em algumas épocas não tenham tido o mesmo poder normativo que a atual possui, não há dúvidas quanto importância das Constituições, que, em uma posição hierárquica superior, delimita e define nortes para o restante do ordenamento jurídico. Quando observadas as anteriores de 1988, é possível perceber que elas se alteram de acordo com o momento histórico e sociológico da época. Com o Direito à liberdade religiosa, não é diferente. Ao levar em consideração que a Constituição atual é a mais protetora a este direito, será possível observar neste trabalho que a intolerância religiosa contribuiu para que os documentos constitucionais anteriores não protegessem tal liberdade.

É possível afirmar que a intolerância religiosa não é algo recente na história da humanidade e muito menos na história do Brasil. Todavia, suas formas de manifestação têm sido modificadas de acordo com a organização política, cultural

e econômica de cada sociedade em determinado tempo e espaço. (NOGUEIRA, 2020, p. 15)

A crítica maior aqui estabelecida será como o Direito e a sociedade daqui respondem à pluralidade de religiões. Objetiva-se observar as respostas que as religiões africanas trouxeram em cada época, tendo como uma das principais características o sincretismo, que “abrange, no seu desenvolvimento como processo de interação cultural, e na sua função de prevenir, reduzir ou anular os conflitos” (VALENTE, 1955, p. 43).

Para este artigo, é interessante analisar somente as Constituições vigentes no Brasil após a proclamação da independência. Dom Pedro I teve dificuldades para fazer com que o país fosse reconhecido como Brasil independente pela Inglaterra, pois havia resistências à pressão inglesa de extinguir o tráfico de escravizados (FAUSTO, 2019, p. 124). Observação interessante, pois mesmo com a iminência de continuar sendo visto como colônia por uma das grandes potências da época, acabar com a escravidão não era uma opção, tanto que o Brasil recompensou a metrópole em agosto de 1825 (quase 3 anos após o grito da independência) em 2 milhões de libras pela perda da antiga colônia (FAUSTO, 2019, p. 124).

O primeiro texto trazido aqui é o da Constituição de 1824. Foi criada uma Assembleia Constituinte, fato que atribuiu temores a Dom Pedro I sobre o Brasil deixar de ser monarquia. Assim, “a Constituinte funcionaria, não por direito próprio, mas enquanto fiel ao sistema monárquico” (FAORO, 2012, p. 254). Vale-se ressaltar que nesse tempo ainda havia escravidão, e que qualquer manifestação cultural e/ou religiosa de origem africana era proibida, conforme pode ser observado no art. 5º da Constituição: “a Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo” (BRASIL, 1824).

Como as crenças diferentes da Católica Apostólica Romana deveriam ser praticadas escondidas, a liberdade religiosa, apesar de não ser expressa era vedada. Sendo assim, o sincretismo tem forte presença, não apenas pela proibição nas entrelinhas do texto constitucional, mas também pelo fato do ser humano negro escravizado não conseguir mais manter os rituais de seus ancestrais, característica importantíssima para o Candomblé, o que marca o início das mudanças nos cultos originais.

A parte ritual da religião original mais importante para a vida cotidiana, constituída no culto aos antepassados familiares

e da aldeia, pouco se refez, pois, na escravidão a família se perdeu, a tribo se perdeu. Na África, era o ancestral do povoado (*egungum*) que cuidava da ordem do grupo, resolvendo os conflitos e punindo os transgressores que punham em risco o equilíbrio coletivo. Quando as estruturas sociais foram dissolvidas pela escravidão, os antepassados perderam seu lugar privilegiado no culto, sobrevivendo marginalmente no novo contexto social e ritual. [...] Pois que sentido poderia fazer o controle da vida social para o negro escravo? Fora de suas assembléias religiosas, era o catolicismo do senhor a única fonte possível de ligação com o mundo coletivo projetado para fora do trabalho escravo e da senzala. (PRANDI, 1998, p. 151-167)

O apagamento da religião foi uma das maneiras de tentar extinguir qualquer traço de personalidade (ou humanidade) que existia na classe de escravizados. Assim, foi possível reduzir o *status* dos indivíduos para meros objetos, fato que legitimou a Carta Magna excluir os escravizados de seus dispositivos (FAUSTO, 2019, p. 128), pois não eram considerados seres humanos, tornando a aplicação dos direitos fundamentais relativa.

Passado o momento da regência e com a pressa dos liberais em subir Dom Pedro II ao trono da monarquia brasileira, a economia brasileira se baseava fundamentalmente no café, com a frase “o Brasil é o café e o café é negro” e popularizando, apesar de ser apenas parcialmente verdadeira (FAUSTO, 2019, p. 161). Com o aumento da produção e exportação cafeeira e somado ao fator de que os demais produtos de exportação do Brasil sofreram decadência, o tráfico de escravizados se intensificou, para suprir as demandas das fazendas, reforçando ainda mais o *status* de objeto para mão de obra:

A prosperidade, entretanto, alterou as bases da economia do fazendeiro, que se voltou ao crédito para a compra de mais escravos e para a compra de gêneros alimentícios, outrora cultivados no interior do latifúndio. Esta direção determinou o encadeamento do produtor ao comércio urbano, ao tempo que acelerou a importação de escravos. (FAORO, 2012, p. 293)

Com esse aumento do tráfico de escravizados, inevitavelmente ocorreu uma mistura de culturas e religiões, que, mais tarde, com a abolição da escravidão deu início a o que o historiador Diamantino Fernandes Trindade denominou de Macumba primitiva (TRINDADE, 2018, p. 27). Esta nova manifestação religiosa consistia em “uma amalgamação de elementos da Cabula, do Candomblé jê-jê nagô, dos cultos bantos, do

Catimbó, das tradições indígenas, do catolicismo popular, do Espiritismo e práticas mágicas” (TRINDADE, 2018, p. 27).

Nesse momento, três marcos históricos em uma pequena linha de tempo foram relevantes para se falar sobre o direito à liberdade religiosa, antes de analisar o dispositivo da próxima Constituição. Em 1888, houve a abolição da escravidão, que tornou os agora ex-escravizados juridicamente livres na sociedade brasileira. Em 1889, ocorreu a proclamação da república, fato que obrigou a promulgação de uma nova carta constitucional. Por fim, em 1890 foi publicado um novo Código Penal brasileiro.

Com a população negra livre, o temor sobre aquela religião desconhecida aumentou na sociedade, principalmente entre as elites. Esta afirmação se corrobora quando observado o art. 157 do então Código Penal, que, no capítulo dos crimes contra a saúde pública dispõe o seguinte: “Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias para despertar os sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública” (BRASIL, 1890).

Esta mistura de conceitos, que inclui espiritismo – que, nesta época, não se distinguia das religiões afro-brasileiras – magia, jogos de cartas, etc., colaborou para que a Igreja Católica permanecesse no centro da moralidade (e até no poder político) por muitos anos, ainda que as Constituições previssessem a liberdade religiosa, conforme será possível verificar no decorrer deste capítulo. Dessa forma, qualquer que fosse a crença ou rituais que a pessoa negra tivesse, poderia ser considerado crime, a depender da interpretação do julgador, o que, de fato, é problemático, pois havia uma ignorância pairando sobre a elite católica brasileira.

A Constituição de 1891 não estabelece mais uma religião oficial. A liberdade religiosa ampliou-se, sendo considerado direito inviolável e podendo ser exercido publicamente: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum” (BRASIL, 1891). Apesar disso, a pessoa negra ainda tinha dificuldade de se inserir na sociedade, tendo o catolicismo como uma válvula de escape, o que fez com que alguns abandonassem a religião africana e outros participassem das duas religiões:

O fim da escravidão, a formação da sociedade nacional, estruturada em classes, o extravasamento das populações pelas amplitudes geográficas, com a criação de oportunidades

sociais as mais diferentes, tudo isso só fez reforçar a importância do catolicismo para as populações negras. O próprio catolicismo, como cultura de inclusão, hegemônica, não fez oposições, que não pudessem ser vencidas, ao fato de o negro manter uma dupla ligação religiosa. (PRANDI, 1998, p. 151-167)

Segundo Prandi (1998), até os anos 30 as religiões mantinham vivas as tradições africanas, sendo formadas com diferentes nomes em diversas partes do Brasil: Candomblé na Bahia, Xangô em Pernambuco e Alagoas, Batuque no Maranhão e Pará, Batuque no Rio Grande do Sul e Macumba no Rio de Janeiro. Ainda nesse mesmo período, emergiu o movimento da Umbanda, resultado de uma “forma complexa de sincretismo, misto de africanismo, de amerindismo, de Catolicismo, de espiritismo e até de teosofismo” (VALENTE, 1955, p. 154).

Alguns registros em jornais<sup>12</sup> desta época comprovam o preconceito em torno das práticas religiosas. Em 15 de maio de 1926, o jornal *Correio da Manhã*, do Rio de Janeiro (capital), descreveu uma ação policial sobre uma batida que ocorreu durante uma sessão umbandista em um terreiro de Honório Gurgel, com o título “A Polícia do 23º Contra os Macumbeiros da Zona”. Destaca-se o seguinte trecho: “A polícia, nesta casa, deteve-se durante algum tempo, observando aquele espetáculo de malucos [...]” (TRINDADE, 2018, p. 42).

Ao analisar esse trecho, deve-se levar em consideração duas circunstâncias: a primeira é que, na data de postagem já havia se passado quase 50 anos da abolição da escravatura. A segunda é que jornalistas e redatores pertenciam a uma classe privilegiada, visto que foram alfabetizados e possuíam acesso à informação. Dito isto, não se deve reforçar a ideia de que os adjetivos pejorativos aos praticantes de religiões espiritualistas são resultado de ignorância por parte de quem os atribuiu, pois estes tinham condições para pesquisar e compreender sobre o que se tratava (diferentemente da população no geral).

Devido a esta falta da busca do conhecimento da área jornalística e de maior parte da população, as crenças supramencionadas sequer eram consideradas religião. Outro trecho do *Correio da Manhã*, na matéria *Praticava O Falso Espiritismo*, publicada em 25 de dezembro de 1929, é um retrato da ignorância sobre o espiritismo e também sobre as religiões africanas: “Seu pai, o velho Nascimento, era que ‘trabalhava’, mas morreu

<sup>12</sup> Todos os trechos de jornais aqui mencionados foram retirados da obra “História da Umbanda no Brasil – macumbas e perseguições religiosas” (TRINDADE, 2018).

um dia em via pública, lá em Madureira. Ele, então, respeitando a memória do pai e sendo também da ‘lei de santo’, que é como eles chamam a magia negra, não quis acabar com o terreiro” (TRINDADE, 2018, p. 43).

Aqui já é possível observar que há uma rotulação sobre o que é crença ou religião e práticas do mal, sendo magia negra um termo pejorativo para trabalhos e práticas que remetiam à cultura brasileira africanizada. É uma característica tão explícita, que quando a elite começou a frequentar os terreiros houve uma separação dos tipos de frequentadores, o tratamento dado foi como se a classe alta tivesse uma religião e o restante outra, ainda que no mesmo local. Este fato pode ser visto no relatório “A Polícia Varejou a Macumba do Honorato”, publicado também pelo Correio da Manhã, em 25 de janeiro de 1931:

Há dias o delegado geral de Niterói, Senhor Roberto Freire, quando em diligência, passou pela rua Marquês do Paraná, teve a sua atenção despertada para um numeroso grupo de pessoas, muitas de fidalga aparência, que saía de um matagal existente em um morro. [...] A Macumba do Honorato goza de tal prestígio, que os seus trabalhos se dividem em duas séries: a do luxo frequentada pela elite e da vizinha capital e a vulgar, frequentada pelos adeptos do terreiro, cuja função ia das 11 horas da noite ao romper da alvorada. (TRINDADE, 2018, p. 44, g.n.).

Nota-se a diferenciação entre aqueles encontrados durante a diligência pelos adjetivos utilizados: quando elite, as práticas são chamadas de luxo, porém a classe composta por minorias é chamada de vulgar e adeptos do terreiro (TRINDADE, 2018, p. 44) - como se os praticantes da classe alta fossem meros visitantes, não passíveis de serem seguidores da religião. Ainda sobre essas distinções entre os frequentadores do local, vê-se um exemplo de preconceito, enquanto “recusa da aceitação do outro como tal” (NOGUEIRA, 2020, p. 17).

Enquanto isso, no cenário político, o Brasil passava pelo Estado Getulista. Com o mandato iniciado em 1930 em um governo provisório que durou até 1935, Vargas teve uma rede de apoio da Igreja Católica. De acordo com o historiador Boris Fausto, “a colaboração entre a Igreja e o Estado não era nova, datando dos anos de 1920, especialmente a partir da presidência de Artur Bernardes” (FAUSTO, 2019, p. 284). Porém, com Getúlio na presidência, essa relação se estreitou, e foi sob seu governo que, em 1931, dois eventos importantes ligados ao catolicismo ocorreram no

Brasil: a inauguração do Cristo Redentor no Corcovado e a permissão do ensino religioso nas escolas públicas<sup>13</sup>.

A Carta Magna de 1934 autoriza a liberdade religiosa de forma condicional: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil” (BRASIL, 1934). A condicionalidade se encontra no fato de que os cultos deveriam obedecer aos bons costumes; a questão a ser levantada é que bons costumes são subjetivos e relacionados com as estruturas de poder da época.

O fato da imposição de um norte moral em um texto constitucional é completamente problemático, principalmente no Brasil, que é um país marcado por sua pluralidade cultural. Ao estabelecer determinados costumes, a tendência é que a parcela da população marginalizada permaneça nesta condição. Ao aproximar esta afirmação ao contexto da Constituição de 1934, percebe-se que, pela Igreja Católica possuir grandes influências na política pela sua aproximação com Vargas, acaba por determinar qual a moral que deve ser seguida: a da Igreja, o que exclui praticantes de outras religiões da concepção de bons costumes.

Mesmo mais de um século após a publicação da primeira Constituição do Brasil independente, o sincretismo e a busca do catolicismo como uma espécie fuga social ainda marcavam a sociedade da época: “não se pode negar que os ataques direcionados à questão religiosa, no bojo das relações sociais, começam e são reforçados por meio de um discurso legitimado pelo poder e por poderosos”. (NOGUEIRA, 2020, p. 15)

Com essas informações, pode-se inferir que o fato de governo e Igreja Católica possuírem uma forte aliança, legitimou-se que órgãos públicos repudiassem as crenças e religiões afro-brasileiras, levando a crer que os bons costumes citados na Carta Magna possam ser apenas aqueles semelhantes às práticas católicas. Sendo assim, o direito à liberdade religiosa e de crença não era devidamente protegido e garantido na sociedade.

Ressalta-se que, diante de uma preocupação em diferenciar a Umbanda de outras religiões espiritualistas, em 1941 foi fundado o Primeiro Congresso do Espiritismo de Umbanda. O movimento iniciou-se alguns anos antes, na intenção de “separar o *joio do trigo*, elucidando aos novos adeptos sobre as diferenças entre Umbanda, Espiritismo e Macumba”

---

<sup>13</sup> Conforme pode ser observado no Decreto nº 19.941, de 30 de Abril de 1931: “Art. 1º Fica facultado, nos estabelecimentos de instrução primária, secundária e normal, o ensino da religião”. (BRASIL, 1931, g.n.).

(TRINDADE, 2018, p. 36). Mesmo com essa tentativa de diferenciação, até os dias atuais encontra-se confusão quanto aos termos. Vale frisar que nessa época as práticas espíritas ou similares deixaram de ser crime.

Pode-se observar que, mesmo dentro das próprias religiões, ainda há a necessidade de diferenciação entre os termos. Isso ocorre porquê, mesmo aos adeptos, o entendimento de cada religião é limitado, muitas vezes, às crenças populares, como, por exemplo, sobre a Macumba. É válido lembrar que, por mais que a vontade de demonstrar as diferenças possa ter sido em virtude de expor conhecimento, é passível de uma interpretação segregacionista.

Com a promulgação do documento constitucional de 1946, manteve-se praticamente o mesmo texto da de 1934, com o acréscimo do fato que as associações religiosas terão, a partir daquele momento, personalidade jurídica: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil” (BRASIL, 1946). Até os momentos atuais as entidades religiosas devem ter personalidade jurídica<sup>14</sup>.

Nos anos 50, a Umbanda passava por uma expansão e também por um processo de branqueamento, apresentando-se como uma religião sem *status* ou qualquer tipo de distinção. Seus frequentadores eram a maioria de classe média e pobres, negros e brancos, mas mesmo com a tentativa de branqueamento, em alguns momentos a cultura negra preponderou, o que manteve as respostas preconceituosas sobre ela.

Assim, até o final dos anos 50, a história das religiões afro-brasileiras é uma história de apagamento de características de origem africana e sistemático ajustamento à cultura nacional de preponderância européia, que é branca. Mas, no processo de branqueamento, muitas práticas rituais e concepções religiosas negras impuseram-se na sociedade branca. [...] Mas as religiões afro-brasileiras como estavam constituídas até essa época podem ser consideradas ainda como religiões de negros. Ainda eram até mesmo controladas pela polícia e pela saúde pública. A própria umbanda, que fez um enorme esforço para se apresentar à sociedade branca como religião branca (Ortiz, 1978), ainda era olhada com muito preconceito. (PRANDI, 1998, p. 151-167)

---

<sup>14</sup> Apesar de não serem mais consideradas associações, agora possuem um ente jurídico próprio (PICCININI, 2017).

Assim, as religiões de matrizes africanas e suas representações passaram a ocupar espaços jamais imaginados anteriormente: segundo a reportagem *Macumba na Torre Eiffel*, do jornal O Cruzeiro, de 31 de julho de 1954, o Ballet brasileiro surpreendeu estrangeiros de vários locais ao se apresentar na Europa. Mesmo que em um primeiro momento pareça uma evolução para a liberdade religiosa, compreende-se que as roupas e músicas típicas das religiões afro-brasileiras permanecem no âmbito do espetáculo, com as práticas enquanto religião e crença serem ainda motivo de segregação. Para elucidar, o brasileiro aceita o samba, mas não as suas raízes. Observe a maneira como a apresentação foi retratada:

Repetindo os sucessos alcançados em Londres, Espanha e Portugal, o Ballet Brasileiro (Teatro Folclórico Brasileiro) fez vibrar, com nossos ritmos, as plateias parisienses [...] Os trajes exóticos de filhas de santo chamavam a atenção. Em Paris, para quem um traje chama a atenção, Santo Deus, é necessário ser mesmo exótico. (TRINDADE, 2018, p. 58)

Na época da promulgação da Constituição de 1967, o Brasil vivia um momento de ditadura; o período foi marcado pelas mudanças das instituições nacionais através de Atos Institucionais (AI) (FAUSTO, 2019, p. 397). Após um mês com o Congresso Nacional fechado, este foi reconvoado pelo AI-4 e o texto constitucional foi obrigado a ser aprovado durante o governo Castelo.

Apesar disso, o direito à liberdade religiosa permaneceu garantido, agora, em dois parágrafos do art. 150: “§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas” (BRASIL, 1967) e “§ 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” (BRASIL, 1967).

É preciso observar que, nessa época, parte da população nordestina migrava em busca de emprego nas indústrias das grandes cidades do Sudeste, principalmente São Paulo. A expansão industrial, e consequentemente da cidade, desafiou vários aspectos urbanos – transporte, saneamento básico, moradia, etc. Junto com os migrantes, veio sua cultura, e com ela a necessidade da criação de associações e sindicatos que protegessem seus interesses, inclusive religiosos:

Os sindicatos foram um dos eixos da forte associatividade dos trabalhadores, mas o fenômeno não ficou restrito a eles, nem exclusivamente ao embate entre operários e industriais. Ao

contrário, associações de bairro, recreativas, educacionais, beneficentes, étnicas, mutualistas, cooperativistas, religiosas e artístico-culturais formaram uma gama complexa e heterogênea de organizações que claramente expressavam o processo formativo de uma classe multifacetada, com diferentes valores comunitários. (FONTES, 2018, p. 18)

Por isso é interessante reiterar quanto à problemática de inserir no texto constitucional a moral e os bons costumes como centro gravitacional de modelo para a liberdade religiosa. Com a ocorrência das migrações, culturas de regiões brasileiras diversas se chocaram, e as vias da aceitação da pluralidade passaram a se estreitar. No caso do Sudeste, as religiões que estavam começando a ser conhecidas pela sociedade passaram por um processo de mudança em seus rituais devido às novas influências, o que não é por si só um problema, porém ao analisar como um todo, tornou-se mais um obstáculo para o direito à liberdade religiosa.

Assim, iniciou-se o processo chamado por Prandi de africanização. Este foi caracterizado pela Umbanda “remetida de novo ao candomblé, sua velha e ‘verdadeira’ raiz original, considerada pelos novos seguidores como sendo mais misteriosa, mais forte, mais poderosa que sua moderna e embranquecida descendente” (PRANDI, 1998, p. 151-167). Todavia, segundo o autor, as religiões afro-brasileiras nunca deixaram de ser consideradas pela sociedade como uma religião de negros, apensar do enorme esforço da Umbanda em rotular suas práticas como de pessoas brancas.

Com a implementação do AI-5 em 1969, no art. 30, “c”, o direito se estendeu para a proibição de publicação de pronunciamentos que envolvam preconceitos de religião, configurando-se crime contra a honra: “não será autorizada a publicação de pronunciamentos que envolverem ofensas [...] de preconceito de raça, de religião ou de classe, configurarem crimes contra a honra ou contiverem incitamento à prática de crimes de qualquer natureza” (BRASIL, 1969).

Neste momento, houve um crescimento considerável dos adeptos às religiões de matrizes africanas no Brasil, principalmente da Umbanda: “dados do IBGE apresentam uma taxa de crescimento de 324% entre 1964 e 1969 da umbanda no Brasil” (SOUZA, 2016, p. 13-32). O modo como as religiões começaram a ser vistas e as interações com elas também se alterou, sempre de acordo com o momento histórico e social em que o país se encontrava.

Ao longo do processo de mudanças socioculturais aqui esboçado, o culto aos orixás primeiro misturou-se ao culto dos santos católicos para ser brasileiro – forjou-se o sincretismo;

depois apagou elementos negros para ser universal e se inserir na sociedade geral – gestou-se a umbanda; finalmente retornou às origens negras para fazer parte da própria identidade do País – o candomblé foi se transformando em religião para todos, iniciando um processo de africanização e dessincretização para recuperar sua autonomia em relação ao catolicismo. (PRANDI, 1998, p. 151-167)

Realmente, alguns movimentos Umbandistas ganharam força e obtiveram apoio, inclusive da mídia. Duas reportagens do jornal Diário da Tarde, de Curitiba, chamam a atenção em relação ao assunto. A primeira, publicada em 19 de abril de 1972, com o título “Umbandistas Terão Congresso no Domingo”, anuncia uma reunião de cerca de mil e quinhentos adeptos à religião, contando com a presença do Deputado Átila Nunes Filho da Guanabara, escritores da Editora Eco e os redatores do Jornal Tribuna de Umbanda (TRINDADE, 2018, p. 168).

A segunda matéria possui o título “Em Curitiba, Cemitério Apenas para Umbandistas” e foi publicada em 31 de março de 1975. Este cemitério foi criado com um intuito além de apenas enterrar praticantes da religião, mas para que os vivos possam realizar livremente seus trabalhos e despachos no local, sem nenhum tipo de repressão: “no país do mundo onde mais cresce esse tipo de religião, é compreensível o surgimento de cemitérios como este, por vários motivos” (TRINDADE, 2018, p. 169).

Por fim, a Constituição de 88 consagra o direito à liberdade religiosa como um direito inviolável em seu art. 5º, inciso VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL, 1988). Necessário observar que não se fala mais em bons costumes, não havendo brechas para que haja, por parte do Estado, algum tipo de segregação. No entanto, isso não significa que a intolerância cessou neste país.

### **3 EXEMPLOS DE INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E A ALTERIDADE CONSTITUCIONAL**

Na tentativa de delimitar o que corresponderia à intolerância religiosa, percebe-se que toda situação depende de um contexto, e que o interlocutor faz total diferença para caracterizá-la. A exemplo das palavras macumba ou macumbeiro, que podem ser proferidas tanto como apenas uma referência entre os praticantes da religião, quanto uma ofensa. Neste

sentido, é relevante mencionar um trecho da obra *A Crítica da Razão Indolente* (SANTOS, 2002), em que o autor apresenta a ideia de que a religião, enquanto instituição, é um dos espelhos sociais de uma sociedade; dessa forma, ela estabelece hierarquias e identificações que, quando reiteradas, podem se transformar em identidades. Nas palavras do autor:

[...] os espelhos sociais, porque são eles processos sociais, têm vida própria e as contingências dessa vida podem alterar profundamente a sua funcionalidade enquanto espelhos. Acontece com eles o que aconteceu com o espelho da personagem da peça *Happy Days* de Samuel Becket: “Leva meu espelho, ele não precisa de mim”. Quanto maior é o uso de um espelho, maior é a probabilidade de que ele adquira vida própria. Quando isso acontece, em vez da sociedade se ver reflectida no espelho, é o espelho a pretender que a sociedade o reflecta. (SANTOS, 2002, p. 48)

Compreende-se, portanto, que a modernidade deixou um legado de maniqueísmo, metaforicamente representado por espelhos anteriormente, pois se a sociedade não se comporta da maneira esperada, é causada estranheza. Demarcado o caminho que passa o dualismo moderno e enfatizando que suas marcas ainda se mostram presentes nos dias de hoje, faz-se necessária a busca da demonstração de que o constitucionalismo contemporâneo tem no outro uma nova perspectiva que se desdobra em expectativas que se mostram presentes em toda a sua existência.

Ninguém negará que o reconhecimento do Outro como seu semelhante ou como um igual sempre foi um problema; renegar o Outro é de certa forma afirmar a própria identidade a partir dessa negação. Por conta da negação da religião e da cultura do Outro, a humanidade assistiu, no decorrer de sua história, a violações frequentes à chamada liberdade religiosa. (NOGUEIRA, 2020, p. 18-19)

No presente trabalho, a diversidade religiosa e sua proteção são os objetos de estudo, uma vez que sobre elas recaem (ainda) as iras da intolerância, buscando-se a supressão de identidades que não sejam compatíveis com a que se tem como socialmente aceitável, reproduzindo a filosofia da consciência assujeitadora que teve seu apogeu no séc. XIX, em busca de modelos sociais ideais a serem impostos como únicos, em uma manifestação de intolerância excludente.

### 3.1 A intolerância como fato presente

A escolha da Umbanda como objeto de pesquisa foi pelo fato dela ser uma das poucas vertentes religiosas tipicamente brasileiras e, ao mesmo tempo, amplamente conhecida atualmente. Entretanto, por ainda ser comumente confundida com as demais religiões afro-brasileiras, aqui também se generalizou quanto à intolerância. Além disso, há também maior facilidade em encontrar fontes que sustentem o trabalho, atribuindo-lhe um caráter mais científico do que opinativo. Conforme ressalta Barbosa:

Coloquialmente (ordinariamente) quando se pensa em liberdade religiosa no Brasil se pensa nas religiões de matriz africana. A própria abundância (novamente, relativa) de pesquisas voltadas para a realidade dos afrodescendentes e sua herança religiosa, comparada com a quase inexistente (relativamente, por óbvio) voltada para a questão da tradição religiosa ameríndia [...]. (BARBOSA, 2020, p. 257)

O catolicismo foi a crença que mais exerceu influência no Brasil, principalmente pelo fato da colonização ter ocorrido por países europeus em que a religião era a predominante. Apesar da Igreja Católica não deter mais poder político no governo, é possível encontrar manifestações públicas contra o Estado Laico. Em um artigo postado no blog do Padre Paulo Ricardo, intitulado como “A Farsa do Estado Laico”, é explícito suas intenções ao criticar a laicidade do Brasil hoje e, que, segundo o texto, o catolicismo deve retornar ao poder político, como a única religião aceita na sociedade:

Se o ambiente social não é católico, ele será preenchido, ao longo do tempo, por elementos pagãos e anticatólicos. **A sociedade, assim como a natureza, abomina o vácuo.** Nós temos visto mais confirmações do que nunca desta verdade que os grandes Papas do século XIX ensinaram: *não existe isso* de um espaço público religiosamente neutro, uma sociedade que não privilegie um credo. **O espaço público será ou religioso ou irreligioso, ou cristão ou anticristão.** O laicismo sempre se autodestrói em ideologia intolerante. (KWASNIEWSKI, 2018, g.n.)

Importante ressaltar que, nesta vertente de pensamento, ser cristão é, necessariamente, ser católico, como pode ser observado no seguinte trecho, ao estabelecer que espíritas não podem ser cristãos: “além de crer nas verdades cristãs, um cristão autêntico não pode crer no que a Igreja claramente condena. E a condenação da Igreja Católica ao espiritismo não é recente, pelo contrário” (RICARDO, 2012, n.p. ). Por mais absurdas que

sejam essas ideias, a intolerância presente em suas palavras é replicada nos comentários pelos seus seguidores:

Na real, um estado ideal é aquele em que a igreja dirige o estado, como no caso do Vaticano e em alguns países islâmicos, ou seja, um país ideal deve ter como constituição as regras e normas de uma religião. Por exemplo, nos países cristãos, a constituição tem que ser a bíblia, nos países islâmicos, a constituição tem que ser o alcorão, e assim por diante. E isso inclui a pena de morte de acordo com o crime cometido (caso o crime exija pena de morte), pois a impunidade só aumenta a criminalidade. (KWASNIEWSKI, 2018, g.n.)

Por mais que se apresente como apenas um comentário em um *blog*, não se pode deixar de ser preocupante estas manifestações intolerantes contra as demais religiões, buscando evitar um processo de normalizar estes pensamentos. Outros exemplos podem ser encontrados nos noticiários. Chama-se a atenção para um problema que ocorre recentemente no Rio de Janeiro, em que traficantes do Terceiro Comando Puro (TCP) e evangélicos se unem no *Bonde de Jesus* (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2019); os ataques variam de ameaças até cerceamento de liberdade de umbandistas e candomblecistas:

Na Baixada Fluminense, traficantes passaram a ditar regras dos terreiros, como horários das cerimônias e uso de fogos de artifício e fogueiras. Eles também proíbem as pessoas de andarem com roupas brancas ou de santo nas ruas. As invasões a terreiros são cada vez mais frequentes, com destruição de oferendas e imagens sagradas. Há uma semana, o terreiro Ilê Axé de Bate Folha, em Duque de Caxias, foi invadido por traficantes - no 10.º caso da região. Eles quebraram todas as imagens e oferendas e ameaçaram de morte a mãe de santo, que está fora do Estado, na casa de parentes. (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2019)

Percebe-se que é comum utilizar o nome de Jesus, Deus, ou qualquer outra divindade para fundamentar e (tentar) legitimar as ações contra outras religiões. A intolerância chegou ao ponto de infringir os limites e escolhas particulares. Em agosto de 2020, uma mulher de Araçatuba/SP perdeu a guarda de sua filha após ela participar de um ritual de iniciação no Candomblé (MOURA, 2020). Quem fez a denúncia foi a avó da menina, que é evangélica, e que, segundo a reportagem, tentou converter a criança: “a manicure [mãe] diz que a filha relatou que

estava sendo forçada a abandonar os preceitos que está seguindo em sua iniciação no candomblé” (MOURA, 2020, n.p. , obs. dos autores).

O caso não é isolado. Em Olinda, também em agosto de 2020, um pai denunciou a mãe e conseguiu a guarda da filha, sob a alegação que a criança sofria maus tratos, com a justificativa que ela frequentava um terreiro de Candomblé (UOL, 2020), e “além disso, destacou que a mãe leva a filha para as cerimônias em que se bebe sangue de animais, o que também foi desmentido” (UOL, 2020). Vê-se, então, duas notícias muito semelhantes, o que deixa claro que a intolerância religiosa presente em ambas são representações de um problema social com maiores dimensões.

Não apenas no âmbito particular e em Igrejas, agentes do próprio governo brasileiro também já realizaram manifestações públicas de preconceito religioso. O presidente da república Jair Messias Bolsonaro publicou em seu Twitter o seguinte texto: “o Estado é laico. Respeitamos a todos. Mas o nosso Governo é CRISTÃO” (BOLSONARO, 2020). Ao realizar esse tipo de declaração, desprezando a importância histórica e social do Estado Laico, configura-se um ato de intolerância, pois sabendo a diversidade que há no Brasil, nomear o governo com uma religião específica é como excluir as demais. Sendo a principal representação do Estado brasileiro, o Presidente da República deve obedecer e respeitar a constituição, e quando isso não acontece, legitima discursos semelhantes dentro da própria sociedade.

Outra ação que representa intolerância religiosa foi a substituição da obra *Orixás* do Palácio do Planalto por uma réplica de outra obra que já estava em exposição no mesmo prédio (VALENTE, 2020). O quadro da artista Djanira se encontrava no local desde os anos 60, e agora está no arquivo do Planalto, sem previsão de retorno de exposição. Afinal, qual seria a grande problemática de uma representação religiosa em um local público, onde se encontram referências à outras religiões? A resposta para esta pergunta é sobre a intolerância silenciosa, em que não há ataques explícitos, mas sim atitudes que demonstram um descontentamento com a mera convivência a uma obra de arte.

O Estado Laico não se deve apenas proteger a liberdade religiosa, mas impedir que esta seja cerceada socialmente. Ou seja, além do dever de não interferir na liberdade dos indivíduos, é também sua obrigação atuar quando este princípio for violado. Infelizmente, como se demonstrou, isso não acontece.

### 3.2 O respeito baseado na alteridade como demanda constitucional

A pluralidade religiosa no Brasil é marcante: conforme estatísticas do IBGE, totalizam-se 75 da variável de população residente (IBGE, 2010). Esta variedade fez com que o Estado fosse proclamado laico na Constituição de 1988, tornando o direito à liberdade religiosa um princípio constitucional. No entanto, mesmo após mais de 30 anos da publicação da Carta Magna, ainda é possível encontrar manifestações intolerantes contra as religiões de matrizes africanas. Algumas delas, intencionais. Outras, não, apresentando-se em forma de piadas ou comentários arcaicos. Apesar da possível não-intenção, ainda se caracteriza a intolerância, pois, de acordo com Lévinas:

É assim que somos responsáveis para além de nossas intenções. É impossível ao olhar que dirige o ato evitar a ação por inadvertência. Temos um dedo preso na engrenagem, as coisas voltam-se contra nós. Isto significa que nossa consciência e nosso domínio da realidade pela consciência esgotam nossa relação com ela, que nós estamos aí presentes com toda a espessura do nosso ser (LÉVINAS, 1991, p. 24).

A intolerância não surge do nada. É fruto de uma longa construção histórica, sociológica, política, e, por óbvio, religiosa (como se demonstrou no capítulo anterior). Em terras brasileiras, foi possível observar que a Igreja Católica exerceu grande influência na sociedade brasileira. Este fato, junto com a escravidão e suas consequências, fez com que as religiões afro-brasileiras fossem alvo de constantes manifestações preconceituosas (tratando-as como algo anormal, assim como seus praticantes), que se estendem até os dias atuais.

No cerne da noção de intolerância religiosa, está a necessidade de estigmatizar para fazer oposição entre o que é normal, regular, padrão, e o que é anormal, irregular, não padrão. Estigmatizar é um exercício de poder sobre o outro. Estigma-se para excluir, segregar, apagar, silenciar e apartar do grupo considerado normal e de prestígio. (NOGUEIRA, 2020, p. 15)

Na busca de uma proposta no combate à intolerância, instintivamente cogita-se fazer com que a tolerância seja uma resposta constitucionalmente adequada para ser aplicada no Estado Democrático de Direito. Porém, diferentemente do que é comum, a tolerância está longe de ser a melhor saída: primeiramente, ao analisar o contexto histórico, a tolerância entre

religiões é um discurso antigo da Igreja Católica, como pode ser observado na obra *Carta sobre a Tolerância*, de Locke, em que o autor compartilha a sua ideia sobre como a Igreja, o magistrado civil e os cristãos devem se portar frente às religiões diferentes:

A tolerância para com os defensores de opiniões distintas acerca dos temas religiosos está tão de acordo com o Evangelho de Jesus Cristo e com a genuína razão humana que parece monstruoso que haja homens tão cegos que não percebam a necessidade e a vantagem dela sob uma luz tão clara. (LOCKE, 2019)

Porém, o que se pretende neste trabalho não é apresentar uma ideia de benevolência para os praticantes de religiões de matriz africana, longe disso. Nas palavras de Nogueira, “A tolerância é o ato de agir com condescendência e aceitação perante algo que não se quer ou que não se pode impedir” (NOGUEIRA, 2020, p. 26). Portanto, a pretensão aqui é exigir respeito e o cumprimento efetivo do princípio constitucional da liberdade de crença.

Após mais de 30 anos da promulgação da Constituição da República de 1988, já é tempo de reiterar cada vez que for necessário sobre a importância de se proteger os princípios nela impostos. A liberdade religiosa é uma das diversidades da sociedade brasileira, e deve ser tanto preservada quanto respeitada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intolerância religiosa se opera na sociedade brasileira, ainda que tenha uma proteção constitucional quanto à liberdade de crença. Ao observar suas nuances, no entanto, percebe-se que há raízes históricas e sociológicas que sustentam este preconceito. O déficit de proteção passa por uma má compreensão cultural da questão, o que nos leva em boa parte a um aporte jurídico inadequado que transporta, conseqüentemente, a um baixo grau de efetividade na proteção do direito reconhecido constitucionalmente.

Diante disto, o caminho aqui proposto, que é a promoção do respeito, é uma condição para se tornar possível a efetivação dos direitos fundamentais. A questão central é que só se respeita algo ou alguém a partir de uma compreensão adequada sobre eles, sob as premissas sociais de validação das perspectivas. Não mais sobre o simples ato de tolerar as diversidades, é necessário compreender-se que o modelo plural passa necessariamente

pela questão do respeito à diversidade, e conseqüentemente com a inclusão como fim social inerente ao que se propôs constitucionalmente para o Brasil que se projeta para além do séc. XX.

O mero ato de tolerar não se faz suficiente em uma democracia do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, religiosidade e suas práticas devem ser aceitas e respeitadas também em ambientes privados, não apenas em espaços públicos. Não se deve normalizar discursos de ódio contra determinada religião, independentemente da situação e/ou objetivo do locutor, não devendo ser aceitável em qualquer situação. O papel do Estado não se restringe a vedações no sentido de se construir uma religião oficial, sendo necessária a defesa da liberdade das práticas religiosas sem qualquer tipo de discriminação a partir de políticas públicas.

Isso não significa que cada um deverá seguir determinada religião, mas sim que poderá ser fiel àquela que quiser sem sofrer algum tipo de discriminação, ou, inclusive, ter a opção de não seguir nenhuma, nas mesmas condições. Tem o presente estudo a proposta de um debate esclarecedor sobre o tema, especialmente em um país que possui uma população que, em sua maioria, é cristã (católica ou evangélica), trazendo a pauta para o meio acadêmico faz-se importante para que haja uma visão científica e pouco acalorada sobre o assunto, tratando-se apenas sobre a necessidade de proteção ao supracitado princípio, na busca de uma melhor efetivação de proteções jurídicas.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, R. P. **Laicidade e hermenêutica**: compreendendo o estado laico no Brasil contemporâneo em busca de uma resposta adequada à Constituição. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BOBBIO, N.; BOVERO, M. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

BOLSONARO, J. M. **O Estado é laico. Respeitamos a todos. Mas o nosso Governo é CRISTÃO.** Brasília, 16 de setembro de 2020. Twitter: @jairbolsonaro. Disponível em: <https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1306349474592194566>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988.** Assembleia Constituinte. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ: 25 mar. 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o código penal. Presidência da república. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1. 17 de outubro de 1969.** Presidente da República. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm#:~:text=Art.,em%20seu%20nome%20%C3%A9%20exercido](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm#:~:text=Art.,em%20seu%20nome%20%C3%A9%20exercido). Acesso em: 8 de mar. 2021.

CARVALHO, K. G. **Direito constitucional.** - 14 ed. rev. atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DALLARI, D. A. **Os elementos de teoria geral do estado.** 2ª ed. atual. - São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** - 5 ed. - São Paulo: Globo, 2012.

FAUSTO, B. **História do Brasil.** Colaboração de Sérgio Fausto. 14 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.

FONTES, P. **Um nordeste em São Paulo: trabalhadores migrantes em São Miguel Paulista (1945-66).** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

IBGE. **Tabela 137.** Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/137>. Acesso em: 21 jun. 2021.

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Polícia prende ‘Bonde de Jesus’ que atacava terreiros de umbanda e candomblé.** Publicado em 18 de agosto de 2019. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/08/18/interna\\_nacional,1078089/policia-prende-bonde-de-jesus-que-atacava-terreiros-de-umbanda-e-can.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/08/18/interna_nacional,1078089/policia-prende-bonde-de-jesus-que-atacava-terreiros-de-umbanda-e-can.shtml). Acesso em: 24 jun. 2021.

KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KWASNIEWSKI, P. **A farsa do “Estado laico”.** Tradução da Equipe Christo Nihil Praeponere. 18 set. 2018. Disponível em: <https://padrepauloricardo.org/blog/a-farsa-do-estado-laico>. Acesso em: 21 jun. 2021.

LASSALE, F. **A essência da constituição.** Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LÉVINAS, E. **Entre nós: um ensaio sobre Alteridade.** Editora Vozes: 1991. p. 24

LOCKE, J. **Carta sobre a tolerância.** Tradução de Adail Sobral. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

MOURA, R. **Mãe perde guarda da filha após jovem participar de ritual do candomblé.** Colaboração para o UOL. 7 ago. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/08/07/mae-perde-guarda-da-filha-apos-jovem-participar-de-ritual-do-candomble.htm>. Acesso em: 25 jun 2021.

MOURA, R. **Pai mente sobre candomblé e ganha guarda de filha que raramente via.** Colaboração para a Universa. 22 out. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/22/filha-e-tirada-da-mae-apos-pai-denunciar-maus-tratos-em-ritual-de-candomble.htm>. Acesso em: 25 jun. 2021.

NOGUEIRA, S. **Intolerância religiosa.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2020.

PICCININI, T. A. A. A natureza jurídica das entidades religiosas. **Migalhas**, 24 fev. 2017. em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/254649/a-natureza-juridica-das-entidades-religiosas>. Acesso em: 8 mar. 2021.

PRANDI, R. **Referências sociais das religiões afro-brasileiras: sincretismo, branqueamento, africanização.** Horizontes antropológicos, Porto Alegre, ano 4, n. 8, p. 151 – 167, jun. 1998.

RICARDO, P. **Um espírita é ou não cristão? A Resposta Católica.** Publicado em 26 de maio de 2012. Disponível em: <https://padrepauloricardo.org/episodios/um-espirita-e-ou-nao-cristao>. Acesso em: 21 jun de 2021.

ROSA, A. M. *et al.* **Garantismo, hermenêutica, e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROSATTI, H. D. **El origen del estado.** Prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi. Rubinzal: Culzoni Editores, 2002.

SANTOS, B. S. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHMITT, C. **O guardião da constituição.** Tradução de Geraldo Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA, F. A. T. **Umbanda e ditadura civil militar: relação, legitimação e reconhecimento.** Revista Angelus Novus. USP – Ano VII, n. II, p. 13-32, 2016.

STRECK, L. L. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito.** – Belo Horizonte (MG). Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. **Ciência política e teoria do estado.** 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TRINDADE, D. F. **Macumbas e perseguições religiosas.** Limeira: SP, Editora do Conhecimento, 2018. [História da Umbanda no Brasil, v. 7].

VALENTE, R. **Planalto colocou a réplica de outro quadro no lugar de “Orixás”, de Djanira.** UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/08/31/palacio-do-planalto-obras-de-arte-transferencia-orixas.htm>. Acesso em: 25 jun. 2021.

VALENTE, W. **Sincretismo religioso afro-brasileiro.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1955.

# A LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A COMPREENSÃO DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA À FILOSOFIA HERMENÊUTICA NO PROCESSO

*LANGUAGE AS A CONDITION OF POSSIBILITY FOR  
UNDERSTANDING THE CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS  
OF THE CIVIL/2015 PROCESS CODE: FROM THE  
PHILOSOPHY OF CONSCIENCE TO THE HERMENEUTIC  
PHILOSOPHY IN THE PROCESS*

Márcio de Souza Bernardes \*

Edenise Andrade da Silva\*\*

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2017), Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2005), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA (2003), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2000). Advogado, foi membro do conselho de subseção da OAB/RS, Subseção de Santa Maria (entre 2009-2018). Foi presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RS - Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Santa Maria - RS (entre 2014-2016). Professor do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. Professor Substituto no Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2018). Professor em cursos de pós-graduação lato sensu junto à FADISMA, UCS, UNIVALI e UFN. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Direito Ambiental, Constitucionalismo, atuando principalmente nos seguintes temas: desenvolvimento sustentável, ecologia política, teoria do estado e constitucionalismo contemporâneo, teoria do comum, democracia contemporânea.

\*\* Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Franciscana. Advogada, com graduação em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (2015). Atuação com ênfase em Direito Civil, especialmente no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões. Graduada em Filosofia (habilitação Licenciatura Plena) pela Universidade Federal de Santa Maria (2009), com experiência na área de educação voltada para o ensino de filosofia no ensino médio. Técnico Administrativo da Universidade Franciscana desde 2013, com atividades exercidas no Núcleo de Prática Jurídica/NPJ. Membro do Grupo de Pesquisa, cadastrado no CNPQ, Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais, denominado GPDA, da Universidade Federal de Santa Maria.

Artigo recebido em 17/08/2021 e aceito em 09/12/2022.

Como citar: BERNARDES, Márcio de Souza; SILVA, Edenise Andrade da. A linguagem como condição de possibilidade para a compreensão dos fundamentos constitucionais do Código de Processo Civil/2015: da filosofia da consciência à filosofia hermenêutica no processo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 281, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Fundamentos do Código de Processo Civil e o novo Constitucionalismo. 3 Da filosofia da consciência à filosofia no processo: uma transformação paradigmática no direito processual. 4 As (im)possibilidades de uma hermenêutica jurídica para uma filosofia no processo. 5 Conclusão.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo investigar os novos fundamentos do Código de Processo Civil de 2015, visto que a lei 13.105/2015 foi inovadora ao trazer de forma expressa a obrigatoriedade de observância das diretrizes principiológicas da Constituição Federal de 1988 e como, para tal compreensão, deve-se mudar o foco hermenêutico, de um filosofia da consciência, que ainda domina o pensamento processualista, para um filosofia da linguagem incluída no processo. Assim, através da metodologia hermenêutico-crítica, busca-se responder ao problema de como a hermenêutica poderá auxiliar na construção de uma filosofia no processo de modo que o CPC de 2015 possa ser interpretado e aplicado de acordo com os princípios constitucionais condizentes com o Estado Democrático de Direito. Deste modo, com o uso de uma matriz teórica hermenêutica e através do método de procedimento histórico e monográfico, conclui-se que a hermenêutica é imprescindível para a construção de novos rumos para o processo civil porque ela reconhece que a linguagem não é apenas um instrumento, mas sim condição de possibilidade para inserir o mundo prático dentro do processo, o que possibilita a superação do esquema sujeito-objeto e viabiliza o alcance da resposta constitucionalmente correta, tal qual é o objetivo do CPC de 2015.

**Palavras-chave:** hermenêutica. princípios constitucionais. linguagem. filosofia no processo.

**ABSTRACT:** *This article aims to investigate the new foundations of the 2015 Code of Civil Procedure, as Law 13.105/2015 was innovative in expressing the obligation to observe the principle guidelines of the Federal Constitution of 1988 and how, to In such an understanding, the hermeneutic focus must be shifted from a philosophy of consciousness, which still dominates procedural thinking, to a philosophy of language included in the process. Thus, through the hermeneutic-critical methodology, we seek to answer the problem of how hermeneutics can help to build a philosophy in the process so that the 2015 CPC can be interpreted and applied in accordance with constitutional principles consistent with the State Democratic Law. Thus, with the use of a theoretical hermeneutics matrix and through the method of historical and monographic procedure, it is concluded that hermeneutics is essential for the construction of new directions for the civil process because it recognizes that language is not just an instrument, but rather a condition of possibility to insert the practical world into the process, which makes it possible to overcome the subject-object scheme and enables the achievement of the constitutionally correct answer, as is the objective of the 2015 CPC.*

**Keywords:** *hermeneutics. constitutional principles. language. philosophy in the process.*

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou uma nova dinâmica na ordem processual civil brasileira, ao pautar de forma explícita, já em seu art. 1º, a leitura de seus dispositivos a partir de uma matriz constitucional, com especial atenção aos princípios elencados na Constituição Federal de 1988. Esta nova dinâmica tem sido objeto de inúmeros estudos que buscam descortinar as possibilidades interpretativas e, sobretudo, verificar o papel deste “novo” processo civil na atual quadra da sociedade brasileira.

Num tempo em que o Estado de Democrático de Direito passa a ser alvo de ataques, com tentativas reiteradas de esvaziamento

constitucional por parte de forças políticas e sociais retrógradas, torna-se urgente o resgate das discussões sobre o problema da concretização de direitos fundamentais, especialmente a partir da perspectiva da chamada “constitucionalização” do Direito<sup>1</sup>, do pós-Segunda Guerra Mundial.

Neste cenário, as discussões sobre o processo e sua influência direta na realidade mostra-se fundamental. É urgente e necessário refletir sobre os rumos do processo civil, considerando o perfil do Estado democrático de direito instituído pela Constituição Federal de 1988, posto que o processo e a atuação jurisdicional, devem estar para além do positivismo jurídico estreito, do protagonismo e solipsismo judicial, e dos métodos processuais universalizantes que nada dizem a respeito do caso concreto e que dão suporte a esta perspectiva reacionária que, hoje, ameaça o próprio Estado de Direito.

Nesta linha, este estudo busca contribuir com as análises desta nova sistemática processual, especialmente no que se refere ao rompimento com traços, ainda significativos, de um positivismo jurídico estreito e formalista, presentes no direito processual brasileiro. Para tanto, parte-se de uma matriz teórica hermenêutica, com uma metodologia hermenêutico-crítica, e com a adoção do método de procedimento histórico e monográfico.

Na primeira parte, analisa-se os fundamentos do Código de Processo Civil de 2015 e a nova dinâmica processual, ancorada na obrigatoriedade de observância dos preceitos constitucionais, e faz-se uma breve análise sobre o princípio da cooperação judicial, que, além de ser uma novidade processual, é também um princípio que guarda relação com vários outros e, sobretudo, tem a capacidade de retirar do juiz o protagonismo sem lhe deixar como mero expectador, permitindo refletir sobre as possibilidades hermenêuticas de superação de um solipsismo judiciário.

Na segunda parte, enfrenta-se a discussão sobre a possibilidade de superação da filosofia da consciência, para que com isso se torne possível a construção de uma filosofia *no* processo e, a partir daí, as possibilidades de mudanças sociais concretas propostas pela Constituição Federal de 1988 através do processo civil e de sua intervenção na realidade, sem, contudo, cair no protagonismo judiciário e numa perspectiva solipsista do julgador.

---

<sup>1</sup> Com o fenômeno da constitucionalização do Direito é que as Constituições ganham papel central no sistema jurídico, de modo que todas as demais normas infraconstitucionais passam a guardar, obrigatoriamente, simetria com a base principiológica que legitima o *status quo* da Lei Maior. Em virtude disso é que se afirmará que o Código de Processo Civil de 2015 é o primeiro a se aproximar mais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porque o então Código de 1973 apenas reproduzia fórmulas que contribuíam(ram) para manutenção de um modelo processual apegado à ordinariedade e ao protagonismo/solipsismo judicial, os quais são responsáveis pela insegurança que, atuando em conjunto, deflagram um déficit de legitimidade democrática.

Para tanto, serão analisadas a filosofia da consciência como fundamento hegemônico do direito e a virada hermenêutica, a partir da incorporação do paradigma da intersubjetividade, no século XX, especialmente através de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Por fim, será explorada a(s) (im)possibilidade(s) de uma hermenêutica jurídica com o objetivo de responder ao problema proposto: como a hermenêutica poderá auxiliar na construção de uma filosofia no processo de modo que o CPC de 2015 possa ser interpretado e aplicado de acordo com os princípios constitucionais condizentes com o Estado Democrático de Direito?

Com esta investigação, portanto, procura-se compreender como a hermenêutica torna-se fundamental, na medida em que reconhece que a linguagem não é mero instrumento, mas sim condição de possibilidade para inserir o mundo prático dentro do processo e, além disso, como a hermenêutica torna possível a resposta constitucionalmente correta, tal qual preceituam os fundamentos CPC de 2015.

## **1 OS FUNDAMENTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO**

O Código de Processo Civil de 2015, cujos fundamentos estão ancorados, a partir da leitura direta de seu art. 1º, nos valores e normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reivindica um novo olhar. Reclama do intérprete uma outra perspectiva que rompa com o histórico processualista pautado, por um lado, em um positivismo formalista e, por outro, num solipsismo do julgador. Este novo olhar acompanha as discussões contemporâneas sobre o papel das normas fundamentais, no segundo pós-guerra, e seu papel na estruturação de ordem jurídica. É neste sentido que ganha destaque a normatividade dos princípios, que possuem papel imprescindível na compreensão dos fundamentos do diploma processual brasileiro.

Os princípios, segundo Bonavides (2001) são considerados normas que traduzem valores fundamentais e “governam a própria Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”. Mais precisamente a partir da segunda metade do século XX, os princípios passaram a ter a afirmação de sua normatividade com o propósito organizar e orientar todo o sistema jurídico, e hoje aparecem

“como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional” (BONAVIDES, 2001, p. 260).

Mas o reconhecimento dessa normatividade a que se refere Bonavides (2001) teve que superar algumas barreiras históricas ou, conforme o autor, fases distintas, até sua consolidação na teoria jurídica contemporânea. A primeira fase a que se refere o autor, denominada de jusnaturalista, corresponde ao período em que os princípios exerciam apenas uma função inspiradora à noção de justiça, ou seja, os princípios tinham apenas um caráter ético-valorativo, sendo restritos ao plano abstrato.

Já na fase denominada positivista, os princípios eram tomados como fonte subsidiária das normas positivadas, possuíam dimensão extra normativa, conforme bem ilustra o Decreto-Lei 4.657 de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que no art. 4<sup>o</sup> faz menção ao uso dos chamados princípios gerais de direito apenas quando a lei fosse omissa, ou seja, os colocava como um último recurso após a analogia, os costumes, etc.

Somente na terceira fase, chamada pós-positivista segundo Bonavides (2001) e outros autores, os princípios adquiriram caráter normativo. Por conseguinte, tem-se que o período histórico em que são incluídos os princípios na ordem jurídica, efetivamente como normas, acompanha o que na teoria jurídica é denominado como pós-positivismo, que, segundo Luiz Roberto Barroso (2006, p. 27), não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional, apesar de ainda guardar relação com o positivismo.

Ronald Dworkin (1997), um dos grandes responsáveis por esta viragem teórica dos princípios, é um dos importantes filósofos do direito que passa a reconhecer os princípios pela característica da normatividade, tratando os princípios, portanto, como direito, ou seja, como uma obrigação jurídica a ser cumprida pelo jurisdicionado e que pode ser a ele imposta. É de Dworkin (1997) a já tornada clássica distinção entre regras e princípios, ambas consideradas espécies do gênero norma.

Neste sentido, a partir de Ronald Dworkin, inaugurou-se um período de profundas discussões sobre o alcance da aplicação dos princípios na ordem jurídica, na medida da sua normatividade. Além disso, ganharam força importantes discussões quanto ao papel destes princípios na interpretação da ordem jurídica realizada pelo julgador, posto que,

<sup>2</sup> Art. 4<sup>o</sup> Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

segundo Dworkin (2001), na obra *Uma questão de princípio*, a análise jurídica é fundamentalmente interpretativa e dela pode-se extrair uma “resposta correta”, mesmo para casos concretos considerados controversos.

Enfrentando este problema e atento às armadilhas que esta mudança teórica pode representar, Lênio Streck (2014b) afirma existirem duas formas para lidar com a questão dos princípios: a tese da continuidade e a da descontinuidade. Na primeira, os princípios são formas gerais do direito e carregados de valores morais, fato que, segundo o autor, abre possibilidade para que os princípios sejam a porta aberta para importação de valores no direito. Desse modo, abrem-se as portas para o solipsismo judicial e a discricionariedade, pois os princípios passam a ser utilizados como “capas de sentido” (STRECK, 2014b, p. 67). Já a segunda forma de lidar com os princípios, a da descontinuidade, que seria a mais adequada de acordo com o autor, passaria por entender que “os princípios constitucionais instituem o mundo prático do direito”. Nas suas palavras:

Essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta que venho defendendo. Isso é assim porque, em Dworkin, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nessa perspectiva, são vivenciados (‘faticizados’) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status de constitucionalidade. Por isso, os princípios são deontológicos (STRECK, 2014b, p. 67).

Portanto, a partir desta leitura, é possível afirmar que por traz de toda regra jurídica há um princípio norteador, circunstância que obsta a existência de conflito entre regras e princípios, porque uma regra jamais terá preponderância em face de um princípio, pelo simples fato de que são eles que indicam como a regra deverá ser aplicada. Além disso, é

justamente a partir da interpretação da norma-princípio à norma-regra que o intérprete poderá chegar, com vistas à integridade de todo o sistema jurídico, na resposta correta.

Sendo assim, ressalta-se que as normas de direito não possuem validades isoladas porque, além de estarem conectadas aos princípios, devem também estar em harmonia com a norma fundamental – a Constituição, a condição de possibilidade e validade das normas. É desta forma, portanto, que a hermenêutica filosófica institui seus objetivos, pois, conforme afirma Eros Grau (2004), a Constituição não pode ser compreendida senão em sua totalidade, isto é, não se interpreta a “Constituição em tiras, aos pedaços”. (2004, p. 56), assim como, é inadmissível para a hermenêutica jurídica a cisão entre compreensão, aplicação e interpretação.

A nova compreensão dos princípios na ordem jurídica, nesta fase chamada pós-positivista, é responsável por uma série de transformações no campo do direito, dentre elas a chamada constitucionalização dos direitos. Paulo Lôbo (2010, p. 100) enfatiza que a “constitucionalização” do Direito trouxe significativas alterações aos obreiros do direito, pois os códigos passam a, obrigatoriamente, ser interpretados segundo a Constituição e não mais a Constituição segundo os códigos, como era próprio do século XIX a meados do século XX, com a sobreposição do direito privado sobre o direito público.

Verifica-se, portanto, que os princípios se tornaram a essência das constituições, de tal modo que não há possibilidade de se compreender o novo constitucionalismo<sup>3</sup>, senão através da ideia de que os princípios são o fundamento de toda ordem jurídica. Como consequência, conclui-se que a relação entre processo e Constituição se dá de forma direta, porquanto é na Constituição onde estão consolidadas as garantias e os direitos processuais fundamentais, ao passo que as normas infraconstitucionais são

---

<sup>3</sup> Importante referir que não há uma unanimidade acerca do significado/extensão do termo novo constitucionalismo, tanto que algumas nomenclaturas, para muitos pesquisadores, são usadas como sinônimas, tais como: neoconstitucionalismo, novo constitucionalismo, dentre outros. Além disso, o termo aqui utilizado nada tem a ver com o novo constitucionalismo latino americano, que nos últimos anos desponta como outra perspectiva teórica do constitucionalismo. Neste estudo o emprego do termo se refere a ideia de constitucionalização do ordenamento jurídico, tal qual define Lênio Streck ([20--]) ao referir que: “Considero esse novo constitucionalismo, portanto, como proporcionador de uma verdadeira revolução copernicana no plano da teoria do direito e do Estado. O novo constitucionalismo – que aqui será denominado de neoconstitucionalismo – representa a real possibilidade de ruptura com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista, formal-burguês), a partir de uma perspectiva normativa e, por vezes, fortemente diretiva (especialmente em *terrae brasilis*), valendo lembrar, nesse sentido, a determinação constitucional, em textos constitucionais de Portugal, Espanha, Brasil, Colômbia, para citar apenas alguns, de efetivação dos direitos fundamentais-sociais.”

os mecanismos pelos quais tais garantias materiais são asseguradas aos jurisdicionados. O processo, portanto, é meio e não fim.

É nesse sentido que deve ser conduzida a leitura do Código de Processo Civil de 2015, razão pela qual no seu primeiro artigo, conforme já se apontou, se lê que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. (BRASIL, 2015)

Do mesmo modo, os onze artigos que sucedem ao primeiro, apontam para as novas diretrizes processuais na medida em que retomam garantias fundamentais já consagradas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que, portanto, devem estar presentes quando da leitura/interpretação de toda Lei 13.105/2015. Esta nova fase do direito processual é indispensável à jurisdição, sob pena de uma jurisdição anacrônica, destemporalizada, conforme aponta Cristiano Becker Isaia quando refere:

Tradicionalmente manteve-se o direito processual civil, dessa forma, distante da realidade constitucional, razão pela qual parafraseando François Ost, corre o risco de rumar à destemporalização. Uma ameaça que, sem dúvidas, irá se fortalecer se o CPC/2015 não for lido constitucionalmente (ISAIA, 2017, p. 31)

Deste modo, e por ter a Constituição Federal e suas normas fundamentais como ponto de partida para uma compreensão adequada da essência do processo civil é que o legislador elencou, logo na primeira parte do código, quais são os fundamentos da nova legislação processual. Este fenômeno é chamado por Darci Guimarães Ribeiro (2014, p. 17) de “processualização das garantias fundamentais insculpidas no art. 5º da CF/1988”.

Esta nova perspectiva processual deve-se ao fato de que o processo civil deixa de ser mero instrumento da jurisdição, utilizado para resolução de demandas individuais, tornando-se, assim, meio de legitimação das dimensões principiológicas dos direitos fundamentais. O processo converte-se, portanto, na instituição jurídica que assegura aos sujeitos processuais o diálogo, o contraditório efetivo, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, a correta aplicação dos princípios processuais constitucionais, entre outras garantias. Neste sentido, para que seja efetivada tal pretensão é que, conforme já referido, ganha força a dimensão principiológica do processo, compreendida como condição de possibilidade à realização da justiça, não apenas em um plano ideal, mas como concretude no e pelo processo.

Como consequência destas transformações havidas no campo principiológico constitucional e processual, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 também torna imperiosa a reflexão acerca da crise jurisdicional em que está situado o processo, se lido de forma desconectada de seus fundamentos. O alto índice de litigiosidade entre as partes, que gera o imenso volume e congestionamento processual, os obstáculos materiais e formais<sup>4</sup> (ativismo judicial, solipsismo judicial, ausência de fundamentação de decisões, etc.) para que haja prestação de mérito, dentre outros fatores, denunciam a necessidade de retomada dos fundamentos constitucionais do processo civil.

No entanto, estas reflexões apontam para outros problemas que devem ser enfrentados para a efetiva compreensão dos fundamentos constitucionais do processo, e que estão vinculados à tradição da hermenêutica processual. Trata-se de buscar compreender qual é o alcance e quais são os limites da linguagem na interpretação e aplicação dos fundamentos constitucionais do processo civil brasileiro. Para tanto, é necessária a compreensão da mudança de paradigmas que aponta para superação da filosofia da consciência, ainda hegemônica, para uma filosofia hermenêutica.

## **2 DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA À FILOSOFIA NO PROCESSO: UMA TRANSFORMAÇÃO PARADIGMÁTICA NO DIREITO PROCESSUAL**

Feitas as considerações acerca dos fundamentos do Código de Processo Civil de 2015, bem como sobre a importância dos princípios constitucionais, os quais ganharam significativa atenção pela Lei 13.105/2015, o objetivo agora é alertar que a processualística brasileira ainda está fortemente ligada aos preceitos processuais derivados daquilo que Ovídio Araújo Baptista da Silva chamou de “mito da ordinaryness.” Em outras palavras, é necessário demonstrar que a mudança legislativa não terá o alcance necessário se continuar sendo interpretada a partir dos mesmos paradigmas vinculados ao que chamamos de filosofia da consciência que, no processo civil, resultou nesta ordinaryness processual.

---

<sup>4</sup> Importa referir, desde já, dado que ao longo do trabalho serão tecidas várias críticas ao formalismo, mas de forma alguma, se estará propondo a extinção de procedimentos inerentes a prestação jurisdicional. Ao contrário disso, defende-se que o processo deve servir ao direito material e que para tanto, devem ser abolidos os excessos procedurais que retirem a razão de ser do processo civil.

Segundo Ovídio Baptista da Silva (2006, 2008), a ordinariiedade está relacionada ao entendimento de que o processo não passa de um método capaz de lidar com todo tipo de situação. Não importa o tipo de direito material discutido, sendo obrigatório percorrer o caminho da cognição exauriente, para que somente após isso o juiz possa emitir sua decisão baseada num juízo de certeza. Streck (2017) afirma que isso é algo presente “no senso comum teórico dos juristas” [...] em que o processo é “um método que na melhor acepção cartesiana, acaba transformando o processo em um fenômeno incapaz de lidar com as peculiaridades do caso concreto” (STRECK, 2017, p. 319).

Lênio Streck (2017) salienta que este tipo de prática, nos dias atuais, é corriqueira e chama a atenção para os perigos do que denomina como “cultura jurídica *standard*”, isto é, aquela que é padronizada e simplificada por conta da ausência do saber crítico-reflexivo (2017, p. 81-82). E a solução para resolução desses problemas não é outra que não a hermenêutica.

Por outro lado, no que diz respeito ao direito brasileiro, ressalta-se que os embaraços para superar o paradigma calcado na filosofia da consciência estão, em parte, atrelados às dificuldades de romper com a ideologia sob a qual se estruturou a sociedade brasileira. Raimundo Faoro, ao discorrer sobre isso, afirma que o Brasil possui raízes nos “estamentos patrimoniais<sup>5</sup>” (FAORO, 2001, p. 107) em que a concepção jurídico-legalista do Estado é pautada na filosofia política do Estado burguês do Século XVIII, em que a lei era entendida como instrumento regulatório do exercício do poder.

Não obstante, o processo civil também encontrou e ainda encontra barreiras na ideia de que as questões jurídicas pode(ria)m ser solucionadas a partir da dedução, sendo tão claras e lógicas como se fossem mero teorema matemático. Tal concepção, igualmente, guarda relação com a formação social e histórica do indivíduo moderno, em que interpretar e compreender eram coisas distintas e, principalmente, onde o conhecimento adquirido pelos sentidos precisavam passar pelo filtro da racionalidade para serem ‘descontaminados’ da influência que os mesmos erroneamente

<sup>5</sup> Na obra intitulada Os Donos do Poder (2001) Faoro assinala que o “atraso” do Brasil se deve graças a herança ibérica implantada aqui desde a colonização. Afirma que por seis séculos o Estado brasileiro se configurou como autônomo em relação à sociedade, privilegiando a racionalidade burocrática em detrimento da racionalidade moderna e legal. E é justamente a partir dessa autonomia que será desenvolvido um projeto de realização dos interesses particulares de seus dirigentes, ou como ele vai chamar, dos estamentos, transformando a máquina pública em patrimônio pessoal. O estamento, na visão da Faoro, seria então, uma organização político-administrativa, uma corporação de poder, um grupo que se torna árbitro da nação e das classes sociais, que regula da economia e é proprietário da soberania nacional, que atua em nome próprio, mas faz uso indiscriminado dos instrumentos oriundos de sua posse do Estado.

exerciam. Em virtude disso é que ocorreu o afastamento entre a atividade intelectual desenvolvida pelo sujeito e a realidade exterior. Streck aponta que foi René Descartes, na obra *Discurso do Método*, quem introduziu a questão do método como possibilidade de obtenção de certezas absolutas e inabaláveis (2017, p. 321).

Com isso, se pode dizer que o pensamento moderno considerou a observação como estágio preliminar para a obtenção do conhecimento, sendo que o desenvolvimento da ciência, por intermédio de métodos científicos, foi quem definiu uma série de critérios a serem seguidos na busca do conhecimento, os quais transformaram-se em máximas a serem seguidas afim de que se tornasse possível a construção de verdades absolutas acerca do universo. Ocorre que esses critérios deixaram o processo de compreensão mais distanciado da realidade, reduzindo-o a uma espécie de conhecimento de laboratório, sob o pretexto de que o conhecimento advindo da experiência jamais poderia revelar o conhecimento universal, a verdade absoluta, atribuindo à razão humana toda origem do conhecimento correto, confiável.

Evidentemente que o direito não ficou isento dessa concepção, bem como o processo civil, que cada vez mais ficou desconexo à realidade da causa. Exemplo disso é a doutrina kelseniana, cujo objetivo era conferir ao direito o *status* científico, primando pelo formalismo, de modo que fosse possível encontrar um conceito de Direito universalmente válido.

No campo da filosofia, o rompimento com a filosofia da consciência começa acontecer por volta do século XX, com o chamado giro linguístico<sup>6</sup>, em que a linguagem passa ser vista como condição de possibilidade para obtenção e compreensão das coisas e não mais mero instrumento de comunicação.

Dito de outro modo, a linguagem passa a ser uma das formas de “controlar” a possibilidade de o sujeito atribuir significados aleatoriamente aos objetos, visto que a linguagem traz consigo uma série de significados que adquirem importância e aplicabilidade diante do contexto histórico e prático-social:

Enfim, o que efetivamente importa é que a linguagem passou a ser condição de possibilidade do próprio filosofar. O conhecimento não vem antes do compreender. Antes

---

<sup>6</sup> Conforme Habermas (1990, p. 15), a partir disso a linguagem, antes vista como mero instrumento de representação, adquire, como reino intermediário dos significados linguísticos, uma dignidade própria. As relações estabelecidas entre sujeito e objeto são substituídas pela relação entre linguagem e mundo. A subjetividade transcendental não é mais responsável pela constituição do mundo, eis que ela passa ser uma subjetividade baseada nas estruturas gramaticais.

disso, como bem acentua Ernst Schnädelbach, há uma ‘razão hermenêutica’. Por isso, como veremos mais adiante, a importância de se falar em uma ‘dobra da linguagem’ [...] e que não interpretamos para compreender (e, sim, compreendemos para interpretar). O compreender se dá na e pela linguagem; logo, o conhecimento, que somente ocorre na linguagem, não mais tem a linguagem como veículo ou terceira coisa. Eis a chave do problema. (STRECK, 2013. p. 252)

Heidegger e sua filosofia hermenêutica é quem adiciona o mundo prático na filosofia e quem faz uma das críticas mais contundentes à metafísica<sup>7</sup>. Conforme detalha Ernildo Stein, Heidegger se propôs desconstituir a metafísica a partir da hermenêutica da facticidade, retirando o lugar da fundamentação que antes era tido no sujeito e na consciência para a concepção de mundo, de ser-no-mundo, restringindo a metafísica ao campo da finitude humana (STEIN, 2001, p. 46).

Observa-se, assim, que a filosofia heideggeriana é a grande responsável pela percepção da finitude humana e que o homem é um ser que possui espaço de compreensão, sendo a linguagem a condição de possibilidade para alcançar o conhecimento. Em Heidegger há o abandono da concepção de um sujeito absoluto e transcendental. Assim, a atividade intelectual não reside mais na consciência do ser, na reflexão subjetivista, mas sim na facticidade das coisas, na interpretação que pressupõe antes de tudo o compreender. Ao relacionar as contribuições do filósofo alemão ao direito processual civil, Cristiano Isaia afirma que,

a contínua fixação do processualismo moderno pelo ser do procedimento como legitimador da atividade inerente ao dizer o direito não acompanhou a *ontological turn* (a invasão da filosofia pela linguagem), assim como não acompanhou o surgimento dos novos direitos oriundos do movimento neoconstitucionalista compromissário e dirigente, tornando-se uma ferramenta pouco democrática e pouco realizadora. Tem se mantido um déficit de realidade produzindo principalmente pelo subjetivismo do magistrado e pela supervalorização do processo de conhecimento e seu corolário método ordinário-plenário, o que distanciou da própria Constituição. (2011, p. 188)

---

<sup>7</sup> Quando há referência ao termo metafísica se está querendo fazer referência ao tipo de conhecimento que guarda relação com o que é imutável, universal, com a verdade absoluta, que não permite outro tipo de interpretação e que relega a linguagem a um segundo plano, como mero instrumento. O termo quando referendado, portanto, está sendo empregado a partir da concepção idealista e pela filosofia da consciência.

Também é necessário enfatizar que nessa dinâmica de superação da metafísica clássica moderna, Hans Georg Gadamer, seguindo a filosofia de Heidegger, ganhou papel de destaque quando “sua obra mais importante – *Wahrheit und Methode* – veio para desferir o golpe final no método cartesiano” (STRECK, 2017, p. 328).

Gadamer, assim como Heidegger, parte da ideia de que a linguagem é condição de possibilidade para o conhecimento, mas mais do que isto, para ele é “a linguagem que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico” (STRECK, 2013, p. 296). Stein esclarece que a filosofia de Gadamer se aproxima muito da heideggeriana, porém a diferença está no fato de que esta última centrou seus estudos na questão do ser<sup>8</sup> vindo trabalhar no campo da fenomenologia e, com uma nova concepção do *Dasein*<sup>9</sup>, passou a buscar uma nova compreensão desse ser a partir do conceito de tempo. Assim, fala-se que Heidegger introduziu a concepção de uma hermenêutica de facticidade (STEIN, 2015, p. 13-14).

Enquanto isso, Gadamer vai falar acerca da historicidade do ser e sua autonomia, de modo que a historicidade<sup>10</sup> é a condição para a compreensão, ou seja, uma autoconstrução da razão através da tradição. Para ele as interpretações não podem ser tomadas como questões isoladas devendo sempre fazer parte da historicidade que já é antecessora. Streck (2017) explica que no “espaço que o filósofo reservou ao estudo do Direito, sempre rechaçou a equivocada ideia de que se busque “a vontade da lei” ou de que o Direito seja aplicado por meras deduções” (2017, p. 330).

Portanto, verifica-se que a filosofia de Heidegger estruturou-se sob o entendimento de que toda atividade humana guarda relação com uma estrutura prévia de pré-compreensão, condição que rompe com a ideia de verdades absolutas e transcendentais. Da mesma forma, Gadamer sustenta que, nessa estrutura heideggeriana a linguagem assume papel decisivo, de modo que ela passa ser condição de possibilidade para que o sujeito se relacione com os objetos e com outros sujeitos.

Assim, nesse contexto em que emerge essa nova forma de compreensão que, necessariamente, perpassa pela hermenêutica filosófica, o Direito e o ambiente processual civil, também precisam se ressignificar,

<sup>8</sup> Para maior compreensão consultar a obra *Ser e Tempo* de Martin Heidegger

<sup>9</sup> Trata-se de uma expressão heideggeriana, usada no livro *Ser e Tempo*, para se referir ao ser-no-mundo, o ser-aí.

<sup>10</sup> Quando o autor faz referência ao termo historicidade está se referindo a nossa formação pessoal, aos valores, a cultura, a língua, enfim, tudo que se refere ao contato do ser com o mundo. Cada ser possui determinado conjunto de referências que é utilizado na busca da construção de sentido: os pré-juízos, referências que, para Gadamer, não representam algo necessariamente negativo.

afim de que quando transportado ao mundo jurídico o magistrado consiga se dar conta de que, para cada caso, há um contexto histórico a ser analisado e que é este contexto que vai trazer a singularidade de cada processo. E aí emerge a postura hermenêutica, visto que para além das formas é necessário analisar a construção substancial do direito material posto em discussão.

Contudo, são inegáveis as raízes tradicionais da filosofia da consciência, tanto que o direito processual culminou em um processo desvirtuado do sentido dos fatos apresentados ao magistrado, que por sua vez adotou como método de análise o racional-subsuntivo ao aplicar a lei, distanciando-se de todos os sujeitos processuais que integram um processo judicial. Com a finalidade de exemplificar, de uma forma prática, como essa cultura aparece nas decisões dos tribunais, colaciona-se a seguir o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros proferido no AgReg em ERESP nº 279.889-AL:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (BRASIL, 2002).”

Através do voto do Ministro do STJ, acima externado, é indiscutível a necessidade de superar essa lógica processual, este tipo de prática deteriorada e, para além disso, faz-se necessário que o rumo (o sentido) do Direito seja mudado e que o processo civil abandone a fixação, ou melhor a fitchização, pelo procedimento enquanto método exauriente

que conduzirá o intérprete (o juiz) à verdade. É preciso desmistificar a falsa assimilação de que juízes, desembargadores e ministros não estão submissos à lei, em especial ao texto constitucional, quando proferem seus julgamentos. Definitivamente, tais sujeitos processuais não mais são os senhores do direito e do processo.

Desapegar do paradigma da filosofia da consciência e falar sobre o que Cristiano Isaia (2017) chama de “filosofia *no* processo” é medida indispensável para que se torne possível pensar hermeneuticamente o processo civil. Do mesmo modo, é também basilar a compreensão de filósofos como Heidegger e Gadamer, bem como, o sobre as significativas mudanças trazidas pela da viragem ontológico-linguística<sup>11</sup>.

Por essas razões é que o uso da hermenêutica filosófica se torna crucial, pois o projeto de uma filosofia *no* processo “funda-se na tentativa de substancialização do direito processual civil, valorizando a Constituição enquanto instrumento vinculante e programático, enquanto base de toda juridicidade (ISAIA, 2011, p. 163). À vista disso, ratifica-se a pergunta sobre como a hermenêutica poderá auxiliar na edificação de um novo processo civil: democrático, preocupado com a concretização dos princípios constitucionais, menos formalista, que se atente à causa posta em discussão, que admita a finitude do próprio conhecimento em detrimento das supostas verdades absolutas? É o que será visto no tópico seguinte.

### **3 AS (IM)POSSIBILIDADES DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA UMA FILOSOFIA *NO* PROCESSO**

Nos tópicos anteriores ficaram demonstrados alguns dos problemas pelos quais passa o processo civil, bem como a necessidade de pensar novas formas para o direito, a fim de que o processo venha a se adequar definitivamente a um modelo processual condizente com o Estado democrático de direito e, conseqüentemente, que os provimentos judiciais guardem consonância com a Constituição Federal e com os princípios (constitucionais/processuais) contemplados no Código de 2015.

Com base nessa necessidade é que o direito, cada vez mais, avoca para si uma perspectiva hermenêutica, que tem na linguagem uma condição de possibilidade para superar a cisão entre sujeito-objeto. Deste modo, falar

<sup>11</sup> Em síntese, viragem ontológico-linguística é o começo de uma nova perspectiva de constituição de sentido, com a introdução de estruturas que antecedem e condicionam o conhecimento. Sobre o tema consultar: STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. Ver. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun.2008.

sobre a constituição de uma filosofia *no* processo pressupõe, sobretudo, a valorização da constitucionalização processual, movimento para o qual apontam os estudos acerca do neoconstitucionalismo. Com isso,

[...] a hermenêutica filosófica assumirá um importante lugar nessa construção, já que com ela é possível falar, a partir do modo-de-ser-no-mundo do intérprete, na possibilidade de “ontologizar” a jurisdição processual, a Constituição e o Estado democrático de direito [...] Logo, pensar o CPC/2015 diante da lente de uma filosofia *no* processo é, antes de qualquer outra coisa, levar a cabo o projeto constitucional (ISAIA, 2017, p. 191).

Não há dúvidas de que o CPC/2015 traz forte apelo à observância da Constituição. Diante deste fato, emerge a obrigatoriedade do direito processual ser criado, interpretado e aplicado com base no que determinam os princípios que emanam da Constituição, pois é desta forma que serão concretizados os direitos fundamentais indispensáveis ao exercício da cidadania.

Contudo há de se ter o cuidado ao transpor para o direito a hermenêutica filosófica<sup>12</sup>, isto porque para a hermenêutica não é possível dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, posto que a lei contém limites semânticos a serem respeitados (e isso não significa, de forma alguma, retroagir ao espectro legalista, positivista), mas avançar na compreensão da linguagem como forma de balizamento interpretativo.

Neste sentido Cristiano Isaia diz que a “hermenêutica filosófica não se confunde com a hermenêutica clássica e seu desiderato técnico-interpretativo” (2017, p. 193). Ao contrário do que pressupunha a teoria do conhecimento (método adotado pela filosofia da consciência) em que o interpretar representava uma espécie de método (como se houvesse uma receita de bolo a ser seguida) e que no final deste processo se chegaria a compreensão, a hermenêutica não separa a interpretação e a compreensão. Ambas estão interligadas, andam juntas, razão pela qual “o método sempre chega tarde, atrasado, porquanto para interpretar tenho que, ao mesmo tempo, compreender” (STRECK, 2013, p. 215). Frise-se que, sob a ótica gadameriana, a hermenêutica é anti-metodológica.

---

<sup>12</sup> Cristiano Becker Isaia (2017) ressalta que a palavra hermenêutica classicamente guarda relação com a atividade interpretativa de algo, como por exemplo, um gesto, um texto. Que etimologicamente está relacionada à figura mitológica de Hermes, responsável pelas mensagens de Zeus aos homens, de onde atribui-se a descoberta da linguagem. Portanto, a palavra hermenêutica está relacionada ao processo de tornar algo compreensível, a forma de explicar as coisas.

Assim, a tarefa do hermenauta não pode sucumbir à tradição exaustivamente denunciada neste texto, tampouco às práticas forenses postas à primeira vista. Ao contrário disso, a atitude hermenêutica exige espírito crítico, devendo sempre questionar para alcançar boas respostas a partir do caso concreto apresentado, pois somente desta forma o hermenauta estará livre das reproduções do conhecimento prê-à-porter<sup>13</sup>. No tocante ao processo civil, a resposta hermenêutica correta é aquela que guarda consonância com a Constituição, ou seja, é um “dar-se em conta de que todo caso apresentado exige “a” resposta constitucionalmente correta àquela situação contenciosa (fática), que não é e nem pode ser fruto da repetição” (ISAIA, 2017, p. 192). Isaia ainda chama a atenção para o fato de que a condição de possibilidade para se pensar uma filosofia no processo passa pelo entendimento dos próprios fundamentos do Código de 2015, dentre os quais elenca:

1) o lugar ocupado pelo caso concreto e pela Constituição no ambiente processual; 2) à importância da presença histórica e da tradição no processo, especialmente quando se fala em precedentes judiciais devidamente justificados (em respeito à tradição autêntica); 3) à necessidade de ultrapassar a construção de conhecimento isolado [...]; 4) a relação entre processo e verdade, bem como à proteção constitucional relacionada à tempestividade (duração razoável) do processo, o que se coaduna a temática das tutelas provisórias; 5) à correta aplicação dos princípios constitucionais em sua potencialidade normativa; 6) à participação democrática em processo e a boa-fé dos participantes; 7) à cooperação processual e o contraditório como garantia de influência, da não surpresa e do resultado do processo; 8) à compreensão do sistema de litigiosidade repetitiva; 9) à importância das noções de coerência e integridade e sua relação com a jurisprudência; 10) à importância do desvelamento da conciliação e da mediação; 11) ao redimensionamento do modo de decidir em processo civil, principalmente diante do novo sistema de fundamentação estruturada das decisões (ISAIA, 2017, p. 192-193).

Por esse motivo é que se faz necessária a “inserção do intérprete na situação hermenêutica, através da linguagem”, posto que esse é “um passo

<sup>13</sup>Não querendo contribuir para perpetuação da cultura do prê-à-porter, mas sim no intento de auxiliar na compreensão do que o jurista Lênio Luiz Streck quis dizer ao empregar o termo para fazer uma crítica à ‘cultura’ jurídica dos dias atuais, consultar: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-08/senso-incomum-direito-mastigado-literatura-facilitada-agora> e <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/senso-incomum-saber-nenhum-textoes-letrinhas-crise-direito>

fundamental para a interpretação do próprio caso concreto e para a busca da resposta constitucionalmente correta em processo” (ISAIA, 2017, p. 228). Neste sentido, a hermenêutica surge como um freio ao problema do decisionismo, do decido conforme minha consciência e obriga o julgador a buscar a resposta hermenêuticamente correta, isto é, vincula o juiz à análise da concretude do direito material de acordo com as determinações constitucionais.

Entretanto, quando se fala na busca pela(s) resposta(s) constitucional correta(s), objetivo a ser perseguido pelo magistrado, não é possível admitir interpretações no sentido de que cabe o juiz decidir de acordo com o seu ponto de vista interior. Sublinhe-se que isto vai de encontro aos objetivos da hermenêutica, assim como, constituiu afronta aos esforços de juristas, como Lênio Streck, em denunciar e apontar caminhos para que tal postura seja, por completo, abolida do sistema jurídico. Tanto é verdade que o termo empregado por Lênio Streck, ao se referir ao protagonismo judicial e a prática de discricionariedades, é “solipsismo judicial” o qual denuncia as arbitrariedades por parte do Poder Judiciário, visto que a sombra dessa postura ‘justificam’ a postura autoritária e inconstitucional (STRECK, 2019, p. 25).

Mais do que isso, o protagonismo judicial é nocivo ao Estado democrático de direito na medida em que deixa de observar os pressupostos básicos indicados pela Constituição e, no caso do processo civil em si, porque viola os pressupostos acima elencados, os quais devem ser observados como uma das formas para se chegar na concretude de uma filosofia no processo.

Do mesmo modo, o endeusamento da figura do juiz vai de encontro ao que pressupõe o princípio da cooperação, na medida que tal princípio se mostra como valioso instrumental processual para se chegar a decisões coerentes e justas. Além disso, o protagonismo judicial contribui significativamente para a crise Hermenêutica no Brasil, como aborda o autor:

[...] na hermenêutica de corte gadameriano, afirma-se na interpretação um caráter criativo/produtivo. Mas, atenção: essa afirmação de Gadamer não pode ser lida como uma supervalorização do papel da subjetividade do intérprete ou como qualquer espécie de relativismo. Aliás, essa é uma leitura comumente feita – equivocadamente – da obra de Gadamer. A hermenêutica – como já repetido ad nauseam – é antirrelativista! Do mesmo modo, a forma como o pensamento é organizado nesse novo paradigma se projeta para fora da subjetividade encapsuladora do mundo. Assim,

a hermenêutica é um poderoso remédio contra as teorias que pretendam reivindicar um protagonismo solipsista do Judiciário (STRECK, 2014a, p. 329)

Nesta lógica, a hermenêutica mostra-se capaz de questionar as motivações das decisões judiciais, afim de que estas possam atingir um grau mais elevado de coerência e legitimidade, pois a decisão somente será adequada/satisfatória, quando houver respeito a autonomia do direito, o que implica a abolição da discricionariedade (prática reiterada pelos tribunais):

Numa palavra: a resposta correta (adequada à Constituição e não à consciência do intérprete) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos: mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da constituição (STRECK, 2013, p. 111).

Assim, não se pode admitir decisões judiciais não fundamentadas, dado que a nova lógica processual tem como pressuposto a observância de princípios que garantidores da integridade e da coerência. Em síntese, a superação da discricionariedade é um dos deveres fundamentais do magistrado. Destarte, um dos caminhos para responder ao questionamento sobre como a hermenêutica poderá auxiliar na edificação de um novo processo civil passa pela blindagem contra o solipsismo, pelo abandono da busca por um método capaz de responder a todas as demandas de igual modo<sup>14</sup> e de antemão abarcar diversas interpretações de uma norma, pela abolição de atitudes arbitrárias que deixem de observar princípios processuais-constitucionais, como por exemplo, da participação democrática e da boa-fê, os quais podem ser traduzidos através do princípio da cooperação.

Gadamer denunciou o equívoco cometido pela “velha tradição hermenêutica”, em que era nutrida convicção de que interpretar é retirar a essência das coisas, fato que possibilita(va) atribuir livremente o sentido que mais interessasse a determinado(s) indivíduo(s) em certo tempo e espaço, e disse que o problema hermenêutico se dividia da seguinte forma: “uma *subtilitas intelligendi* – compreensão, *subtilitas explicandi* - a interpretação, e *subtilitas applicandi* - a aplicação” (GADAMER, 1999,

<sup>14</sup> Sobre este assunto, vide a discussão a respeito das súmulas vinculantes, que são exemplos de uma espécie de retorno (ou manutenção) ao paradigma metafísico em que se quer abarcar de antemão as diversas interpretações de uma norma para aplicá-la, indistintamente, a todos os casos que possuem “o mesmo” objeto a ser discutido.

p. 459). O que o autor quis dizer é que não há interpretação anterior ao explicar, e depois aplicar porque sempre aplicamos.

É por isso que a filosofia gadameriana adotou a ontologia fundamental de Heidegger, que em síntese, defende que interpretar não parte de um grau zero, isto é, sempre há uma pré-compreensão (GADAMER, 1999, p. 491) formada a partir das vivências de cada indivíduo com o mundo.

Em função dessa nova perspectiva trazida pelo giro linguístico e, pela hermenêutica jurídica, pode-se afirmar que o processo de compreender não é algo controlável, o que significa dizer que não há um procedimento específico a ser seguido para que se chegue a uma resposta universal, válida para qualquer situação. Por isso, a hermenêutica se torna fundamental dentro do processo civil, visto que com ela não se busca uma técnica para ser aplicada à causa. Antes disso, o hermeneuta tem a obrigação de considerar o que Heidegger pontuou, o modo-de-ser-no-mundo. Tem que levar em conta a relação histórica do homem com a complexidade dos acontecimentos, de modo que apenas a resposta buscada na Constituição poderá ser considerada a ideal.

Não obstante, a hermenêutica jurídica surge como uma possibilidade de superar esse paradigma que reflete sintomaticamente na forma pela qual o judiciário se cercou de técnicas, métodos, procedimentos, acreditando com isso ser capaz de dar respostas adequadas às demandas. Em virtude disso é que surgiram tantas hermenêuticas (constitucional, processual, tributária e etc), todas oriundas das tentativas de criar métodos, supostamente, capazes de dar a resposta correta em direito.

Mas, ao contrário do pretendido, a tecnização da hermenêutica está relacionada ao processo de esquecimento do próprio direito enquanto ciência social aplicada, de modo que o direito deixou de ser entendido como algo que está para além do mundo da norma jurídica escrita e que é constituído por sua existencialidade rica e profunda historicamente.

O fato é que sempre haverá demandas judiciais porque o conflito é inerente à natureza humana. Dessa forma, sempre depararemos com a figura do juiz, encarregado de decidir o(s) litígio(s), de modo que aí reside uma das principais possibilidades de uma hermenêutica jurídica, visto que se o Estado-juiz sempre fará parte das relações processuais, tona-se indispensável a construção de um caminho diferente, o da filosofia *no* processo, capaz de suplantar o desgastado e ineficaz esquema (metafísico) sujeito-objeto.

Portanto, a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, de uma filosofia *no* processo, está em primeiro lugar na eliminação das raízes

do positivismo jurídico. Em segundo lugar, na construção desse novo caminho de modo que o processo civil deixe de ser mero instrumento, assim como a linguagem. Com efeito, isso será possível por intermédio de uma postura hermenêutica que impõe ao hermeneuta a obrigação do questionamento, a crítica e o rompimento do emprego de termos e conceitos criados no dia a dia da prática jurídica forense, onde se criam falsas camadas de sentido, fato que possibilita o desvio da interpretação correta e original dos institutos jurídicos. Deste modo, a hermenêutica jurídica é quem se mostra capaz de revelar o sentido e da Constituição através de sua aplicação e é aí que reside a importância dos princípios constitucionais elencados no CPC de 2015, pois a observância dos mesmos conduzirá o intérprete à resposta constitucionalmente correta porque o orientam em face das peculiaridades do caso em particular.

## CONCLUSÃO

Em apertada síntese, é possível afirmar que a sociedade brasileira até agora continua em fase de afirmação do seu projeto democrático instituído pela Constituição Federal de 1988. Contudo, ainda se verifica traços de práticas sociais que, de forma negativa, marcaram nossa história. Em que pese seja difícil aceitar, o cárcere ainda continua sendo a “solução” de todas as mazelas sociais, a fome ainda produz mortes e muitos dos juristas não se deram conta de que o Direito – e aqui o ponto que nos interessa, o Processo Civil brasileiro – não é algo que lhes pertença, tampouco algo que admita o aprisionamento às funções reducionistas que ignorem sua historicidade, e que o sentido da norma não pertence ao intérprete.

Entretanto, é necessário reconhecer que a Constituição de 1988 representa novas possibilidades, as quais são capazes de conduzir o julgador à tomada de decisões íntegras e coerentes, conforme pressupõe o Estado Democrático de Direito instituído pela própria Constituição. Mas para que isso se torne possível, faz-se necessária a compressão de que ela é capaz de produzir aplicação vinculante dentro de todo ordenamento jurídico. Logo, inviável considerá-la como mero instrumento porque é (deverá ser) norteadora de toda decisão judicial, pois como afirma Lênio Streck (2004, p. 306), a Constituição é “o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é na medida em que é interpretada”.

Durante a redação deste artigo se tentou deixar claro que interpretar a Constituição não é uma tarefa baseada em procedimentos alheios à sua facticidade e historicidade. Ao contrário. O processo interpretativo exige a compreensão de que sua historicidade é indispensável para as expectativas futuras em relação ao sentido do direito. Em função disso é que a hermenêutica filosófica denuncia o problema da percepção do jurista que está inserido no paradigma racional, visto que enquanto refém da filosofia da consciência, não consegue estabelecer um novo olhar sobre o processo civil, olhar que reconheça a força normativa do texto constitucional.

Com este estudo também foi possível apurar que a Crítica Hermenêutica do Direito, criada por Lênio Luiz Streck e baseia todo estudo hermenêutico a partir da filosofia de Martin Heidegger e Hans-George Gadamer, assim como, utiliza os critérios de integridade e coerência de Ronald Dworkin. Indubitavelmente, a mudança do paradigma filosófico – da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem – alterou a forma de ver o Direito. Conforme visto, a linguagem passou de mero instrumento à condição de possibilidade para superação do esquema sujeito-objeto na medida em que refundou a relação do ser-no-mundo a partir da consideração de um sujeito transcendental histórico.

Com isto verificou-se que a linguagem pertence a uma estrutura social comum, razão pela qual por ela e com ela se dá a ação, o sentido e a compreensão. Em outras palavras, significa dizer que é através da linguagem que o mundo prático é inserido dentro do processo, pois a resposta buscada no processo não deriva da consciência isolada do julgador, mas sim do texto normativo que está alicerçado em uma facticidade e em uma historicidade que carregam uma série de significados linguísticos, os quais são apresentados pelo texto normativo.

Neste sentido, viu-se que cumprir o texto da lei não é uma postura positivista, se forem respeitados seus limites semânticos. Ao contrário disso, o descumprimento de previsões legais é que configura uma postura legalista, porquanto isso deixa ao encargo do sujeito (magistrado) a liberdade para dizer o que entende ser aplicável ao caso concreto. Eis aí os perigos do solipsismo judicial.

Assim, diante dessa nova perspectiva de construção de uma filosofia *no* processo, a hermenêutica se torna fundamental, porquanto, por intermédio dela é que será possível buscar a resposta constitucionalmente correta. À vista disso, a observância dos princípios

constitucionais elencados no CPC de 2015 se mostram importantes balizadores desta busca, pois por intermédio da observância deles será possível conferir integridade e coerência ao sistema jurídico, conceitos que estão diretamente relacionados a construção de decisões do ponto de vista legal-constitucional. Contudo, é preciso ratificar que não é qualquer princípio que tem capacidade para sustentar a perspectiva acima mencionada, porque nenhuma decisão judicial pode contrariar norma vigente baseando-se em princípio escolhido aleatoriamente (subjetivamente, de acordo com os próprios valores morais) pelo juiz, sob o “argumento” do uso da ponderação. Assim, conforme Streck (2014a, p. 67) são os princípios que introduzem o mundo prático no Direito, na medida que são capazes de produzir o fechamento interpretativo porque representam a tradição jurídica de uma sociedade.

Por isso é que na primeira parte do trabalho debruçamo-nos sobre os fundamentos do Código de Processo Civil de 2015, pois este foi o primeiro código de processo civil brasileiro a dar atenção especial aos princípios já contemplados na Constituição Federal de 1988. Como se pode ver, o novo código (já não tão novo) torna oportuna a reflexão e convida reconhecer a crise estabelecida na função jurisdicional, de modo que a proposta de construção de uma filosofia *no* processo se mostra coerente com a possibilidade de novas práticas.

Portanto, se os fundamentos do CPC de 2015 baseiam-se em princípios constitucionais, estes devem ser encarados como normas dirigentes, as quais permitem a compreensão da Constituição, da coerência e da integridade, à luz da hermenêutica jurídica, posto que assim serão respeitadas as peculiaridades do caso concreto ditadas pela facticidade. Se assim for, da filosofia da consciência passaremos, de fato, à filosofia *no* processo, afastando-se, com isso, o solipsismo, as discricionariedades e decisões “conforme a consciência” do julgador.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **El Concepto y la Validez del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1994.

ÁVILA, H. Neoconstitucionalismo(s): entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, C. P. ; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 8 maio. 2020.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BATISTA DA SILVA, O. A. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 3 maio 2020.

CARBONELL, M. (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006.

DWORKIN, R. **Los Derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1997.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes: 2001.

FAORO, R. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3ª edição, revista, 2001.

GADAMER, H. G. **Verdade e método**. Petrópolis. Ed. Vozes. 1999.

GRAU, E. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, J. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de janeiro: Ed. Brasileiro, 1990.

ISAIA, C. B. **Processo civil e hermenêutica**: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017.

ISAIA, C. B. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do direito processual civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito:** a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo. 2011. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, RS, 2011.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. Trad. J. Cretella Jr. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do direito civil. **Informação Legislativa:** v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em: 3 maio 2020.

NUNES, D. J. C. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, ISSN 2447-8709, v. 27, p. 13-30, edição especial, 2008. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e6e2f27a187cdf92f1b8300b4dc8a8a4.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2020.

NUNES, D. J. C.; BAHIA, A. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, ISSN: 2359-5736, Belo Horizonte, v. 101, p. 61-96, 2010. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118>. Acesso em: 6 maio 2020.

RIBEIRO, D. G. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo: RePro**, v. 39, n. 232, p. 13-35, jun. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77417>. Acesso em: 11 abr. 2020.

SANTIAGO, N. E. A.; COITINHO, J. P. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do estado democrático de direito e sua incidência sobre o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 41, n. 254, p. 45-71, abr. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101203>. Acesso em: 15 maio 2020.

STEIN, E. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STEIN, E.; STRECK, L. L. (Org.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. São Paulo, 2014b.

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, L. L. A luta da crítica hermenêutica do direito contra o solipsismo judicial. In: SEGUNDO, E. P. L.; MENDES, B. C. A. (Orgs). **Diálogos sino-luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e crítica hermenêutica do direito de Lênio Luiz Streck**. Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, L. L. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 15 maio 2020.

STRECK, L. L. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”. In: **Ânima**: Revista eletrônica do Curso de Direito da UniOpet, n. 1, *online* [20--]. Disponível em: [http://anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf). Acesso em: 4 jun. 2020.

STRECK, L. L.; RAATZ, I.; DIETRICH, W. G. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem? **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, 2017. v. 13, n. 2, p. 317-335. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1874>. Acesso em: 9 jun. 2020.

THEODORO JUNIOR, H.; NUNES, D.; BAHIA, A. M. F.; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR., H. **Código de Processo Civil anotado**. 20. ed. revista e atualizada –Rio de Janeiro: Forense, 2016.