V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017
ISSN 2317-6172

FGV DIREITO SP

27

Revista DIREITO GV

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

V. 13 N. 2 MAIO-AGO 2017

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

APOIO:

CNPq
Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

Ministério da
Ciência, Tecnologia
e Inovação

CAPES

Ministério da
Educação

BRASIL
GOVERNO FEDERAL

REVISTA DIREITO GV [RECURSO ELETRÔNICO] / FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. - VOL. 1, N. 1 (MAI. 2005) - SÃO PAULO : FGV DIREITO SP, 2005-
V.

QUADRIMESTRAL
EDITORES: CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, 2014-[ATUAL]; JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, 2005/2014.
VERSÃO DIGITAL E PERIODICIDADE QUADRIMESTRAL A PARTIR DE 2016
DISPONÍVEL EM: HTTP://BIBLIOTECADIGITAL.FGV.BR/OJS/INDEX.PHP/REVDIREITOGV/INDEX

ISSN 2317-6172

1. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. 2. RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO. 3. DIREITO - PERIÓDICOS. I. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. II. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO.

CDU 34
CDD 340

A REVISTA DIREITO GV ADOTA A LICENÇA **CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO-NÃO COMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL**, EXCETO ONDE ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E REPRODUÇÕES, NO TODO OU EM PARTE, DESDE QUE PARA FINS NÃO COMERCIAIS E COM IDENTIFICAÇÃO DE SUA FONTE.

CC BY-NC

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR – BELA VISTA
CEP 01330-000 – SÃO PAULO – SP – BRASIL
TEL. (11) 3799-2172
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR
DIREITOSP.FGV.BR

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172 v. 13 n. 2 MAIO-AGO 2017

EDITORA-CHEFE

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

CONSELHO EDITORIAL

ALBERTO DO AMARAL JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

ÁLVARO P. PIRES – *UNIVERSITY OF OTTAWA (CANADÁ)*

CHARLES FREDERICK SABEL – *COLUMBIA UNIVERSITY (EUA)*

DAMIAN CHALMERS – *THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (INGLATERRA)*

DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

DAVID TRUBEK – *UNIVERSITY OF WISCONSIN (EUA)*

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

GREGORY SHAFFER – *UNIVERSITY OF CALIFORNIA (EUA)*

HANS-JÖRG ALBRECHT – *MAX-PLANK INSTITUTE (ALEMANHA)*

JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO – *UNIVERSITAT DE BARCELONA (ESPANHA)*

JOSÉ EDUARDO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – *UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA (PORTUGAL)*

JOSÉ MARÍA DE AREILZA CARVAJAL – *ESADE, UNIVERSIDAD RAMON LLULL (ESPANHA)*

JOSEP JOAN MORESO – *UNIVERSITAT POMPEU FABRA (ESPANHA)*

JUDITH HOFMEISTER MARTINS-COSTA – *UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (BRASIL)*

KEITH S. ROSENN – *UNIVERSITY OF MIAMI (EUA)*

MARCOS SEVERINO NOBRE – *UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (BRASIL)*

MARIA TERESA SADEK – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

MARTÍN FEDERICO BÖHMER – *UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (ARGENTINA)*

MIGUEL POIARES MADURO – *EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (ITÁLIA)*

MIGUEL REALE JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

RAFFAELE DE GIORGI – *UNIVERSITÀ DEL SALENTO (ITÁLIA)*

ROGELIO PÉREZ-PERDOMO – *UNIVERSIDAD METROPOLITANA (VENEZUELA)*

SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN – *UNIVERSIDAD CATÓLICA NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCIÓN (PARAGUAI)*

REDAÇÃO

ASSISTENTES EDITORIAIS

BRUNO BORTOLI BRIGATTO, JULIANA SILVA PASQUA E MAYARA LUIZA PEREIRA

PREPARAÇÃO E REVISÃO DE TEXTOS

CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS, DENISE KATCHUIAN DOGNINI E ELIANE SIMÕES PEREIRA

TRADUÇÃO DO EDITORIAL

GLOBAL TRANSLATIONS.BR

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO

ULTRAVIOLETA DESIGN

BASES DE DADOS E INDEXADORES

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL | CITEFACTOR | DIADORIM | DOAJ – DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS | EZB ELECTRONIC JOURNALS LIBRARY | HEINONLINE | IBSS – INTERNATIONAL BIBLIOGRAPHY OF THE SOCIAL SCIENCES | LATINDEX – SISTEMA REGIONAL DE INFORMACIÓN EN LÍNEA PARA REVISTAS CIENTÍFICAS DE AMÉRICA LATINA, EL CARIBE, ESPAÑA Y PORTUGAL | PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES | REPOSITÓRIO FGV DE PERIÓDICOS E REVISTAS | SCIELO – SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE | SHERPA/ROMEO | ULRICHSWEB

SUMÁRIO

EDITORIAL
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI **: 386**

ARTIGOS / ARTICLES

ÉTICA & INCENTIVOS: DEVEMOS RECOMPENSAR QUEM DENUNCIA CORRUPÇÃO?
MORAL & INCENTIVES: SHOULD CORRUPTION WHISTLEBLOWING BE REWARDED?
MAURÍCIO SOARES BUGARIN E TOMÁS TENSHIN SATAKA BUGARIN **: 390**

SOBRE A PROTEÇÃO CONTRA A CONDUTA DESLEAL DOS ESTADOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL: AS AMBIGUIDADES DE SUA DISCIPLINA JURÍDICA E DE SEUS FUNDAMENTOS NO DIREITO DA OMC
ON UNFAIR STATE ACTS IN INTERNATIONAL TRADE IN ACCORDANCE TO THE WTO LAW: THE AMBIVALENCE OF ITS DISCIPLINE AND ITS JUSTIFICATIONS
DANIEL DAMÁSIO BORGES **: 428**

DIREITO À SAÚDE E PRIORIDADES: INTRODUÇÃO A UM DEBATE INEVITÁVEL
RIGHT TO HEALTHCARE AND PRIORITIES: INTRODUCTION TO AN INEVITABLE DEBATE
ANA PAULA DE BARCELLOS, FÁBIO SOUZA, HUMBERTO LAPORT DE MELLO, JULIANA FLORENTINO, SÉRGIO DE SOUZA E TÉCIO BIANCO **: 457**

OS VALORES DA CORRUPÇÃO: ADMINISTRAÇÃO DE BENS APREENDIDOS E CONFISCADOS
THE VALUES OF CORRUPTION: ADMINISTRATION OF SEIZED AND CONFISCATED ASSETS
RICARDO ANDRADE SAADI E DIOGO DE OLIVEIRA MACHADO **: 484**

INVESTORS PROTECTION IN THE U.S.: THE ISSUE OF MANDATORY ARBITRATION CLAUSES IN CONTRACTS BETWEEN INVESTORS AND BROKERAGE/ADVISORY FIRMS
PROTEÇÃO DOS INVESTIDORES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A QUESTÃO DAS CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM OBRIGATÓRIA EM CONTRATOS ENTRE INVESTIDORES E CORRETORAS DE VALORES/EMPRESAS DE ACONSELHAMENTO EM INVESTIMENTO
DÉBORA CHAVES MARTINES FERNANDES **: 520**

AVALIAÇÃO APRECIATIVA DE UM NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
APPRECIATIVE EVALUATION OF A LEGAL PRACTICE CENTER
REZILDA RODRIGUES OLIVEIRA E FRANCINETE PAULA ALVES PEREIRA **: 537**

CORRELAÇÃO ENTRE DEMANDA, QUANTIDADE DE JUÍZES E DESEMPENHO JUDICIAL EM VARAS DA JUSTIÇA FEDERAL NO BRASIL
CORRELATION BETWEEN CASELOAD, NUMBER OF JUDGES AND JUDICIAL PERFORMANCE IN BRAZILIAN FEDERAL COURTS
ADALMIR OLIVEIRA GOMES E MARIA EDUARDA MENDONÇA DE FREITAS **: 567**

LAW, INSTITUTIONS, AND INTERPRETATION IN JACQUES DERRIDA
DIREITO, INSTITUIÇÕES E INTERPRETAÇÃO EM JACQUES DERRIDA
JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES E JOSÉ ANTONIO REGO MAGALHÃES **: 586**

AS MÁCULAS DA PRISÃO: ESTIGMA E DISCRIMINAÇÃO DAS AGENTES PENITENCIÁRIAS
THE PRISON BLOTS: STIGMA AND DISCRIMINATION ON CORRECTIONAL OFFICERS
DANI RUDNICKI, GILBERTO SCHÄFER E JOANA COELHO DA SILVA **: 608**

A MEDIDA DE SEGURANÇA NA CONTRAMÃO DA LEI DE REFORMA PSIQUIÁTRICA: SOBRE A DIFICULDADE DE GARANTIA DO DIREITO À LIBERDADE A PACIENTES JUDICIÁRIOS
THE DISTANCE BETWEEN DETENTION ORDER AND PSYCHIATRIC REFORM LAW: THE DIFFICULTY TO GUARANTEE TO LEGAL PATIENTS THE RIGHT TO FREEDOM
ALESSANDRA MASCARENHAS PRADO E DANILO SCHINDLER **: 628**

ADMISSIBILITY OF EVIDENCE BEFORE THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS
ADMISSIBILIDADE DE PROVAS PERANTE À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
ÁLVARO PAÚL **: 653**

UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL PARA GARANTIR OS DIREITOS DEMOCRÁTICOS E OS DIREITOS HUMANOS
AN INTERNATIONAL COURT TO ENSURE DEMOCRATIC RIGHTS AND HUMAN RIGHTS
QUÊNIDA DE REZENDE MENEZES **: 677**

Editorial

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201715

É com satisfação que apresentamos o segundo número da **Revista Direito GV** em 2017 (v. 13, n. 2, maio-ago. 2017). Este número traz doze artigos inéditos, bastante diversos tematicamente, sendo dois artigos estrangeiros e dez nacionais.

Um ponto deste número chama a atenção e merece ser comentado. Do total de artigos publicados, 25%, ou seja, três artigos, foram submetidos em inglês. Temos observado um aumento do número de submissões originais em inglês, tanto de autores brasileiros, quanto de estrangeiros. Tendo em vista a recomendação da plataforma SciELO – de que as revistas brasileiras da área de ciências sociais aplicadas passassem a publicar ao menos 25% de artigos em inglês já a partir de 2016 –,[1] este dado é interessante, pois demonstra a convergência entre as ações da **Revista Direito GV** e as políticas da plataforma SciELO.

Argumentamos, em Editorial anterior (v. 12, n. 2, maio-ago. 2016), que a mera mudança da língua não necessariamente gera aumento da inserção internacional, e tampouco implica em maior impacto do periódico brasileiro, seja em número de *downloads*, seja de citações. Sobretudo porque a produção acadêmica, em determinadas áreas, pode ter um indiscutível interesse local. Ao publicar pesquisas cujas temáticas e problemas não interessam a outros países – principalmente ao norte global –, a opção das revistas pela publicação em inglês pode impor um custo que não trará o benefício esperado. A área do direito poderia obter mais benefícios se buscasse uma intensa troca com os países da América Latina e Espanha. Nessa perspectiva, faria sentido incentivar a publicação em espanhol, para além do português. Ou seja, consideramos que a adoção irrestrita do inglês em substituição ao português como língua de publicação na área do direito ainda é discutível.

Dito isso, é inegável a existência de artigos que, graças à temática, se beneficiariam da publicação em inglês, possibilitando a exposição a um público leitor mais amplo, inclusive estrangeiro. Assim, guardadas as especificidades de cada área ou mesmo subárea do conhecimento jurídico, temos visto com entusiasmo a submissão de artigos originais em inglês. Convidamos outros autores e autoras a submeter artigos nesta língua no futuro.

1 Vide Tabela 4 (p. 16) em *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos científicos na Coleção SciELO Brasil*. São Paulo: SciELO, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/avaliacao/20141003NovosCriterios_SciELO_Brasil.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2017.

Por fim, aproveitamos para agradecer aos pareceristas anônimos que, com seu trabalho silencioso, porém fundamental, ajudaram autoras e autores no desenvolvimento dos textos ora publicados.

Boa leitura!

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editora-Chefe

EDITORIAL

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201715

We are pleased to introduce the second issue of ***Direito GV Law Review*** *in 2017 (Vol. 13, No. 2, May-Aug. 2017). This issue brings together twelve unpublished articles; two foreign and ten national, covering substantially different topics.*

One aspect of this issue is noteworthy and deserves attention. Of the total number of articles published here, 25% (that is, three articles) were submitted in English. We have seen an increase in the number of original submissions in English, both by Brazilian authors and by foreign authors. Considering the recommendations of the SciELO platform – that Brazilian journals in the applied social sciences should publish at least 25% of their articles in English from2016 onwards[1] *– this is an interesting development, as it shows a convergence between the actions of* ***Direito GV Law Review*** *and the policies of the SciELO platform.*

We argued in a previous Editorial (Vol. 12, No. 2, May-Aug. 2016) that a mere change in the language does not necessarily imply an increase in international submissions, nor does it imply a greater international impact of the Brazilian journals, either in the number of downloads or citations. Especially because academic production in certain areas may have an undeniable local interest. By publishing research on issues and problems which do not interest other countries – especially the Northern Hemisphere – the publishing of articles in English may incur an expense that will not result in the expected benefits. The area of law could benefit more by seeking a greater exchange with Latin American countries and Spain. According to this perspective, it would make more sense to encourage publication in Spanish, in addition to Portuguese. That is to say we consider that the unrestricted adoption of English in publications as a substitute for Portuguese in the area of law is still arguable.

That being said, it is undeniable that there are articles that would benefit from publication in English, due to their subject, facilitating exposure to a wider readership, including foreign readers. Thus, given the specificity of each area or even sub-area of legal knowledge, we have enthusiastically welcomed the submission of original articles in English. We invite other authors to submit articles in this language in the future.

Finally, we would like to thank the anonymous reviewers who, through their silent but fundamental

1 *Please refer to Table 4 (p. 16) in* Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos científicos na Coleção SciELO Brasil. *São Paulo: SciELO, 2014. Available at: <http://www.scielo.br/avaliacao/20141003NovosCriterios_SciELO_Brasil.pdf>. Accessed on: June 26, 2017.*

work, have helped authors in the development of the published texts.

Enjoy your reading!

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editor-in-chief

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 17.08.2014
Aprovado: 26.04.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201716

Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?

MORAL & INCENTIVES: SHOULD CORRUPTION WHISTLEBLOWING BE REWARDED?

Maurício Soares Bugarin[1] *e Tomás Tenshin Sataka Bugarin*[2]

Resumo
Tendo como objeto o Projeto de Lei n. 857/2012, aprovado pela Câmara Legislativa do Distrito Federal em 2013, este artigo analisa o princípio da compensação pecuniária ao cidadão que denuncia a corrupção, sob a ótica da Teoria de Desenhos de Mecanismos e do Direito. Um modelo de Teoria da Decisão estabelece um potencial conflito para o cidadão entre a satisfação com o benefício monetário auferido pela denúncia ("incentivo pecuniário") e a insatisfação com o sentimento de estar sendo pago para exercer seu dever cívico ("desincentivo moral"). Mostra-se que, quando há heterogeneidade na sociedade, o efeito do incentivo pecuniário predomina e a introdução da compensação é benéfica para a sociedade. Além disso, propomos uma alteração no PL que transforma o desincentivo moral em incentivo à dedicação ao controle da corrupção. Finalmente, por meio da análise de leis e de estudos de casos, confirmamos que, além de compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, esse mecanismo já é efetivamente aplicado em diferentes situações no país.

Palavras-chave
Análise econômica do Direito; controle social da corrupção; incentivos; dever cívico; ética.

Abstract
This article presents an applied mechanism design and a legal analysis of a Bill proposed into law by the Brazilian Federal District House of Representatives in 2013. The Bill offers monetary rewards for citizens that denounce corruption. In our decision-theoretic model, corruption control may give the citizens utility due to their civic responsibility feeling. The main trade-off brought about by the reward mechanism is that, by receiving compensation, citizens' civic impulse to dedicate effort to curb corruption may be reduced. However, our model shows that if society is heterogeneous enough, the monetary reward motive prevails and the Bill fosters social involvement. Furthermore, we propose a mechanism that transforms the moral dissatisfaction of receiving money into a moral incentive to dedicate to corruption control. Finally, a careful analysis of the Law and of a series of case studies in Brazil suggest that such a mechanism does not violate the Constitution and, furthermore, has actually been used under different forms in the Brazilian legal system.

Keywords
Law and Economics; social control of corruption; incentives; civic duty; moral.

1 Universidade de Brasília
Brasília – DF – Brasil

2 Economics and Politics Research Group (UnB/CNPq)
Brasília – DF – Brasil

CC BY-NC

Introdução

No dia 5 de agosto de 2013, foi publicado no *Diário Oficial da Câmara Legislativa do DF* projeto de lei aprovado em 27 de julho que "concede prêmio à pessoa que comunicar às autoridades competentes a prática de crime contra a Administração Pública do Distrito Federal, de que resulte a efetiva recuperação de valores do Erário" (DISTRITO FEDERAL, 2013).

A publicação do PL, cujo objetivo era estimular a sociedade a se envolver com maior afinco no controle da corrupção, gerou imediata repercussão na mídia, nem sempre favorável.

O *Correio Braziliense*, por exemplo, em reportagem de 6 de agosto de 2013, inicia seu texto afirmando que "No que depender da Câmara Legislativa, o Distrito Federal voltara a época do Velho Oeste americano" (COSTA, 2013) e apresenta argumentos de especialistas contra o PL. Segundo a reportagem,

> [p]ara o cientista político Leonardo Barreto, retirar parte do recurso roubado dos cofres públicos e entregá-lo para um delator e desviar o dinheiro duas vezes. Barreto comparou a situação a um roubo de caminhão de carga, no qual a pessoa que teve conhecimento do crime e entregou os ladrões às autoridades leve certa quantidade do carregamento para casa, como recompensa pelo ato. (COSTA, 2013)

O artigo cita a seguinte frase do cientista político Leonardo Barreto: "Se quer incentivar um comportamento mais correto, talvez, sim, com uma premiação, mas nunca com o produto do roubo" (apud COSTA, 2013).[1]

A reportagem também chama a atenção para a possibilidade de o PL ser inconstitucional e acrescenta o posicionamento do fundador e secretário-geral da Organização Não Governamental Contas Abertas, Gil Castelo Branco, segundo o qual "a obrigação de todo cidadão e agir contra o que e errado. Recompensar quem age corretamente, segundo o especialista, não e uma atitude ética" (COSTA, 2013). Ainda, o secretário-geral sustentou a contrariedade da proposta aos princípios da cidadania.

Em semelhante linha de raciocínio, Dworkin e Near (1997) afirmam consubstanciar-se a denúncia em atitude informada por valores admiráveis e pela boa consciência do denunciante, sendo certo que tal ato não deve ser motivado por considerações financeiras.

No entanto, em seu editorial de 9 de agosto de 2013, a *Folha de S. Paulo*, reconhecendo que, em tese, "qualquer pessoa que tome conhecimento de um crime tem o dever moral de denuncia-lo às autoridades competentes", também lembra que "[n]o mundo real, delatar um crime envolve riscos. No mínimo, de ser tachado de alcaguete. Na pior das hipóteses, a própria vida e ameaçada". Por essa razão, o editorial argumenta que "a sociedade precisa

1 Comunicação oral.

reconhecer que, dentro de certos limites, determinadas medidas pragmáticas constituem um avanço". E conclui com uma visão positiva do PL, afirmando: "Se bem regulamentada, a recompensa pode representar importante ferramenta – e impulsos morais automáticos não deveriam impedi-la" (FOLHA DE S. PAULO, 2013, p. A2).

Não obstante essa última visão favorável, o governador do Distrito Federal, Agnelo Queiroz, entendeu por bem vetar o PL em 30 de agosto de 2013. Segundo reportagem no *Portal R7 Notícias*, "Agnelo também disse que denúncias envolvendo políticos devem ser feitas pelos cidadãos de bem como obrigação cívica e não podem estar vinculadas às possibilidades de conseguir vantagens financeiras" (FRASÃO, 2013). Cita ainda as palavras do governador Agnelo Queiroz: "O crime e nocivo a toda a comunidade. Não pode ser causa de lucro para absolutamente ninguém, nem mesmo aos que o denunciam" (apud FRASÃO, 2013).

A reportagem do *R7 Notícias* inclui parecer de Marcelo Neves, professor titular da cadeira de Direito Público da Universidade de Brasília (UnB). Ele "explicou que a proposta [seria] inconstitucional desde a criação porque fere o princípio da Moralidade Administrativa" (FRASÃO, 2013). Nas palavras do professor,

> O Estado jamais poderá vincular pagamento de valores a produtos da corrupção. Se a lei fosse sancionada, quem fizesse a denúncia se tornaria tão criminoso quanto, porque receberia um valor em cima da própria criminalidade e estaria se beneficiando da própria corrupção. (apud FRASÃO, 2013)

Os posicionamentos citados desvelam a grande polêmica a revestir o assunto, especialmente ao incorporar considerações de ordem moral ao debate. Como a discussão envolve recursos públicos, surge naturalmente a questão de se a teoria econômica teria alguma contribuição a oferecer ao debate. O objetivo deste artigo é justamente revisitar os argumentos oferecidos acima com o instrumental teórico e prático da economia dos incentivos e da teoria de desenhos de mecanismos, sem desconsiderar as teses jurídicas subjacentes ao debate. Para tanto, o artigo se encontra dividido em outras cinco seções.

A seção 1 discute de forma mais geral os argumentos propostos pelos detratores do PL à luz da economia dos incentivos. A seção 2 lança mão do instrumental de desenho de mecanismos para avaliar os incentivos com os quais se defronta um cidadão ao decidir como alocar seu limitado tempo entre as atividades de trabalho (geradoras de renda), de lazer (proporcionadoras de satisfação pessoal) e de controle da corrupção (que pode gerar satisfação cívica e/ou retorno pecuniário caso o mecanismo do PL esteja presente). Os modelos de teoria da decisão avaliados sugerem a existência de um *trade-off* entre satisfação cívica e benefício pecuniário, de modo que o mecanismo de premiação se torna mais desejável em sociedades mais heterogêneas nas quais a premiação não gere grande desincentivo cívico, como parece ser o caso do Brasil. Mais fundamentalmente, propõe-se ainda uma alteração

no mecanismo a fim de alinhar os incentivos dos cidadãos, fazendo que a lei estimule tanto a satisfação cívica como a satisfação do benefício pecuniário e, portanto, induza maior envolvimento do corpo social no esforço de controle da corrupção.

A seção 3 discute o enquadramento do mecanismo proposto na literatura existente. Em seguida, a seção 4 apresenta uma análise legal do PL n. 857/2012, enfrentando os argumentos segundo os quais o mecanismo previsto no diploma legal padeceria de inconstitucionalidade e, em última análise, conflitaria com o ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Finalmente, apresentamos as considerações finais do estudo.

1 Ética, obrigação cívica e custos: uma análise sob a ótica da Economia dos Incentivos

Considere inicialmente o argumento da *cidadania*: todo cidadão tem a "obrigação cívica" de denunciar a corrupção, portanto, não há razão para recompensar quem assim o fizer. Aqui a teoria econômica chama a atenção para a distinção entre a conduta e os imperativos morais, cívicos e até legais. De fato, todo cidadão está constantemente buscando tomar boas decisões num mundo repleto de limitações. Essa realidade pode levá-lo a preferir não cumprir seus deveres cívicos, optando por uma ação que, dadas as limitações existentes, lhe pareça melhor. Um exemplo mundano diz respeito ao lixo nas ruas. Não há obrigação cívica mais fundamental do que não sujar nossas cidades. No entanto, apesar de termos feito muito progresso nessa direção, ainda deparamos com muito entulho nas ruas. De forma semelhante, com que frequência ouvimos notícias de cidadãos contribuindo no combate à corrupção?

Resta indagar por que nem todos os brasileiros guardam seu lixo ou denunciam práticas corruptas. A razão é muito simples, e foi muito bem apresentada no supracitado editorial da *Folha de S. Paulo*: *custo*.

É desagradável, custoso, para o transeunte carregar resíduos por dezenas de metros até encontrar uma lata de lixo. Por isso, na ausência de outros incentivos, ele talvez prefira deixar o lixo na via. Quais outros incentivos poderia ele ter? Naturalmente, se houvesse um benefício pecuniário, talvez ele guardasse os resíduos para recebê-lo. Nos Estados Unidos, por exemplo, há estações de reciclagem perto de estabelecimentos comerciais em que as pessoas depositam latas de cerveja e, em troca, recebem alguns centavos por isso. Há também os incentivos negativos. A multa por jogar um resto de cigarro pela janela do carro no estado americano de Washington pode chegar a US$ 1.000,00, segundo Orlando Sentinel (GONZÁLEZ, 2011). Procedimento similar foi implantado em 2013 pela Prefeitura do Rio de Janeiro, com multas de até R$ 3.000,00 (BORGES, 2013). É natural especular que a expectativa de punição explique o baixo volume de lixo jogado nas ruas nos EUA. Analogamente, especula-se que a mesma expectativa de elevada punição possa explicar que o programa "Lixo Zero" tivesse, em três meses, reduzido em 50% a quantidade

de detritos nas ruas do Rio de Janeiro, de acordo com matéria publicada no jornal *O Globo* (BORGES, 2013).

Em suma, a Teoria dos Incentivos explica que, quando existe um custo para executar certa tarefa, os agentes necessitam ser de alguma forma motivados a fazê-lo, seja por meio de incentivos positivos, como remuneração ou algum tipo de premiação, seja por meio de incentivos negativos, como punição.

O "custo", no caso da lata de cerveja, é bem primário e se reduz a ter de carregá-la consigo. No caso particular da denúncia à corrupção, no entanto, existem pelo menos dois tipos de custo muito importantes. O primeiro foi ressaltado no supracitado editorial da *Folha de S. Paulo*, bem como pelo próprio autor do PL, o deputado distrital Professor Israel Batista, que asseverou que a recompensa "expressa de forma física o reconhecimento de que o denunciante prestou um serviço de importância extremada, ao se arriscar e arriscar a sua família" (SARRES, 2013). De fato, existe um risco à integridade física ao denunciar um crime de corrupção. Esse risco já seria suficiente para desestimular muitas pessoas, contrabalançando o sentimento de dever cívico.

Mas e se não houver risco, como no caso de uma denúncia anônima? Será que os cidadãos, imbuídos do dever cívico, se dedicarão à tarefa de descobrir e denunciar os crimes de corrupção? A própria existência do PL sugere que não, uma vez que os telefones anônimos para denúncia estão disponíveis à sociedade. De fato, parece haver evidência de que esse mecanismo anônimo é pouco usado. Estudo do Ministério do Turismo, por exemplo, revela que em 2014 apenas 30 casos de turismo sexual infantil foram denunciados por meio do "Disque 100" no estado do Acre (RODRIGUES, 2015). No primeiro semestre de 2015, não houve mais que oito registros. O aparentemente limitado uso desse mecanismo relativamente seguro de denúncia anônima está associado ao segundo tipo de custo, qual seja, o custo de oportunidade.

De fato, já existe literatura econômica sobre a questão da recompensa ao esforço do cidadão que decide denunciar corrupção.[2] O artigo de Bugarin e Vieira (2008) analisa essa questão, modelando cuidadosamente a decisão do cidadão quanto a se envolver no esforço social de combate à corrupção. O artigo chama a atenção para o fato de que o tempo e o esforço dedicados pelo cidadão ao controle da corrupção competem com suas outras atividades, em particular o trabalho, que lhe gera renda, e o lazer, que lhe gera felicidade. Em outras palavras, para dedicar-se ao controle da corrupção, o cidadão deve abrir mão do tempo de trabalho, reduzindo sua renda, ou do tempo dedicado ao lazer. Sem dúvida, ele será beneficiado indiretamente por sua ação, pelo benefício que será gerado para a sociedade como um todo, pelo uso apropriado do recurso público recuperado. No entanto,

2 A seção 3 discute a questão paralela de proteger o denunciante, conhecido na literatura como *whistle blower*.

esse último benefício é diluído por toda a sociedade, enquanto a perda, seja em termos de horas de trabalho, seja de lazer, é exclusivamente sua. Por essa razão, Bugarin e Vieira (2008) mostram que o envolvimento social espontâneo tende a ser muito reduzido, ficando muito aquém do que seria ótimo para a sociedade.

Os autores, de fato, vão além e propõem um mecanismo para estimular a dedicação dos cidadãos ao esforço oficial de controle da corrupção pela recompensa àquele que se mostre instrumental na elucidação e recuperação dos recursos públicos desviados pela corrupção. Nesse artigo de 2008, sugere-se a recompensa como um percentual do valor dos recursos recuperados, exatamente o que propunha o PL.[3] No presente artigo expandimos o modelo original de Bugarin e Vieira (2008), de forma a incorporar explicitamente a satisfação cívica de contribuir com o controle da corrupção.

Considere agora o argumento da *moralidade*, segundo o qual é antiético ou imoral remunerar o denunciante. O fundamento parece se encontrar no sentimento de que seria moralmente condenável usar recurso previamente desviado para remunerar o denunciante.

Analisando outras situações, percebemos que inúmeros são os mecanismos institucionais de recompensa. Por exemplo, a Receita americana (*Internal Revenue System*) recompensa os cidadãos que fornecem informações relevantes sobre evasão fiscal, dando-lhes um percentual normalmente correspondente a 10% do valor recuperado, surpreendentemente o mesmo percentual proposto no PL (COOTER; GAROUPA, 2001). Desde 2000, existem no Brasil (CONSIDERA; CORREA; GUANAIS, 2001) – e em muitos outros países há mais tempo (PAUL, 2000) – os programas de leniência que permitem a uma empresa envolvida em conluio negociar com o governo uma redução ou até mesmo a eliminação total de sua punição caso ajude as autoridades nas investigações sobre o comportamento ilegal de cartelização. Outro exemplo recente, curiosamente aprovado exatamente na mesma sessão da Câmara Legislativa do DF que aprovou o PL em questão, é o Projeto de Lei n. 1.447/2013, de iniciativa do governador do Distrito Federal, que institui a gratificação a policiais, que varia de R$ 400,00 a R$ 1200,00, por apreensão de arma de fogo no DF (COMISSÃO..., 2013).

Uma possível diferença entre os exemplos institucionais apresentados e o proposto pelo PL, que parece ter gerado grande reação negativa, é o fato de que a remuneração prevista pelo PL corresponde a um percentual do montante desviado, dando a impressão de "duplo desvio": "retirar parte do recurso roubado dos cofres públicos e entregá-lo para um delator e desviar o dinheiro duas vezes" (COSTA, 2013).

• • •

3 Esse trabalho não considera o retorno adicional para o cidadão gerado pela felicidade de estar contribuindo para a redução da corrupção, sua satisfação cívica. Detalhes da modelagem utilizada podem ser consultados em: <http://bugarinmauricio.files.wordpress.com/2012/12/quaeco419.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

Essa distinção da origem do dinheiro, no entanto, é essencialmente ilusória. Suponha, por exemplo, que o PL fosse reapresentado conforme descrito a seguir. Inicialmente, cria-se um "Fundo de Combate à Corrupção", no qual se aloca quantia compatível de recursos orçamentários. Em seguida, determina-se que o fundo será usado da seguinte forma: sempre que uma denúncia acarrete recuperação de recursos públicos desviados, o denunciante é pago com valores do fundo em quantia correspondente a 10% do montante recuperado. Neste caso, formalmente o denunciante estará recebendo um pagamento oriundo dos recursos orçamentários, e o recurso recuperado volta integralmente aos cofres públicos. O argumento do duplo desvio deixa de existir. O funcionamento do mecanismo, no entanto, é exatamente o mesmo e, portanto, os incentivos por ele gerados são idênticos.

À guisa de conclusão, é importante ressaltar que a teoria econômica exibe claramente a distinção que existe entre princípios morais, por um lado, e as decisões tomadas pelos cidadãos, por outro, chamando a atenção para o fato de que um cidadão pode decidir não cumprir suas obrigações cívicas se os custos ou riscos envolvidos no cumprimento dessas obrigações forem elevados. Nessa hipótese, tanto incentivos positivos quanto negativos podem e devem ser usados de forma a estimular o comportamento desejado do cidadão. Ignorar esse fato levará simplesmente à manutenção do *status quo* de pouco envolvimento espontâneo da sociedade civil no esforço de controle da corrupção.

2 Envolvimento social, sentimento cívico e premiação pecuniária: uma análise do PL n. 857/2012 sob a ótica da Teoria de Desenho de Mecanismos

2.1 O modelo básico com envolvimento social e sentimento cívico

O governo

O governo dispõe de um orçamento num montante de B unidades monetárias a ser usado na provisão de bens e serviços públicos à sociedade. Entretanto, uma vez aprovado o orçamento B, ele está sujeito a um desvio sob a forma de superfaturamento, contratos-fantasma, transferências ilícitas etc., que corresponde a um percentual ρ do valor total. Assim, apenas o montante $(1-\rho)B$ é de fato revertido em bens e serviços públicos que geram retorno à sociedade. O valor ρB corresponde à quantia do orçamento público perdida por corrupção em suas mais variadas formas.[4]

4 A teoria econômica da corrupção encontra-se discutida em detalhes em Bardhan (1997). Referências mais recentes incluem Bugarin e Vieira (2008) e Britto (2014).

Os órgãos oficiais de controle

Os órgãos oficiais de controle têm a função de detectar e recuperar o desvio ρB. No entanto, o processo de controle é imperfeito. No presente modelo, estima-se que os órgãos oficiais conseguem proporcionar a recuperação do valor desviado com uma probabilidade $\pi_0 \in (0,1)$. A probabilidade π_0 é um parâmetro exógeno e modela o grau de desenvolvimento do sistema nacional de controle: quanto maior for π_0, mais eficientes serão os órgãos de controle na recuperação dos recursos desviados.

A sociedade civil

A sociedade civil é modelada por meio de um contínuo Ω de cidadãos, cada cidadão sendo caracterizado inicialmente por um parâmetro de sentimento cívico, $s \in \Omega$, seu tipo. O parâmetro cívico s é distribuído no conjunto Ω de acordo com a função densidade de probabilidade $f(s)$.

O cidadão deriva satisfação de quatro atividades básicas. A primeira é o consumo de bens privados (alimentação, vestuário, bens semiduráveis e duráveis etc.), denotado por c. Também deriva satisfação de suas atividades de lazer (esporte, artes, espetáculos, descanso etc.), denotadas por l. Em terceiro lugar, se beneficia do consumo dos bens e serviços providos pelo Estado (educação, saúde, previdência, segurança nacional, policiamento etc.) que, com certo abuso de nomenclatura, chamamos de bens públicos, denotamos por b e medimos em termos de volume de gastos públicos por cidadão. Finalmente, o cidadão do tipo $s_i \in \Omega$ deriva utilidade direta se conseguir, por meio de seu esforço e dedicação pessoal, contribuir para a recuperação dos recursos públicos desviados, ρB. As três primeiras fontes de satisfação de um agente econômico acima descritas constituem a essência da teoria microeconômica do comportamento de consumidor, conforme descrito, por exemplo, em Kreps (2013). A quarta atividade é aqui introduzida com vistas a modelar o benefício associado à satisfação que um indivíduo pode ter ao cumprir seu dever cívico de cooperar com o combate à corrupção, discutido anteriormente.

Assim, supondo separabilidade nessas componentes, pode-se escrever a forma geral da utilidade do agente i do tipo $s_i \in \Omega$ como $U(c,l,b;s_i) = \alpha u(c) + \beta v(l) + \gamma w(b) + \delta s_i$.

Os parâmetros $\alpha,\beta,\gamma,\delta \geq 0$ com $\alpha+\beta+\gamma+\delta=1$ representam os pesos relativos que o agente atribui a cada um dos quatro componentes de sua utilidade e as funções u, v e w são supostas estritamente crescentes, estritamente côncavas e continuamente diferenciáveis.

Note que um agente de maior tipo (maior valor de s_i) tem mais elevado sentimento cívico, dando maior importância à sua contribuição para o controle social relativamente às outras componentes de sua utilidade.

Desde o estudo clássico Becker (1965), a teoria econômica da alocação do tempo[5] determina que o agente econômico dispõe de uma unidade de tempo e deve decidir como

5 *Vide* ainda a resenha mais moderna em Heckman (2014).

distribuí-la nas três atividades básicas de trabalho (h), lazer (l) e controle social (t). A atividade de trabalho proporciona renda que, por sua vez, permite o consumo privado do agente. O lazer não proporciona renda; no entanto, o tempo dedicado a essa atividade gera satisfação ao agente. Finalmente, o tempo dedicado ao controle social pode contribuir para que os recursos desviados sejam recuperados, e essa recuperação tem dois efeitos positivos sobre a utilidade do agente. Em primeiro lugar, permite consumo de maior quantidade de bens públicos providos pelo Estado. Em segundo lugar, lhe causa direta satisfação por ter contribuído com o esforço de controle social, sua "satisfação cívica".

Seja T o tempo total dedicado por todos os cidadãos ao controle social. Então, a probabilidade inicial de recuperação dos recursos desviados, π_0 é acrescida do termo $\pi(\pi_0,T)\in[0,1-\pi_0)$, uma função decrescente em π_0 e crescente em T. As hipóteses sobre a função π refletem os fatos esperados de que, quanto menos eficientes forem os órgãos de fiscalização oficiais e quanto maior for a participação da sociedade no controle social, maior será a probabilidade de algum agente da sociedade civil ser instrumental na recuperação de recursos desviados. Logo, a probabilidade total de recuperação de recursos públicos desviados com o envolvimento da sociedade civil é $\pi_0+\pi(\pi_0,T)\in[0,1)$.

Seja h a quantidade de tempo que um cidadão dedica ao trabalho, cuja remuneração competitiva é de r unidades monetárias por unidade de tempo. Então, o cidadão recebe o montante de rh unidades monetárias que identificamos ao seu consumo: $c=rh$. Sua utilidade do consumo privado será então $u(rh)$. Analogamente, se l for a quantidade de tempo que esse mesmo cidadão dedica ao lazer, então sua utilidade pelo lazer será $v(l)$.

Finalmente, seja t a quantidade de tempo que esse agente dedica ao controle social e seja $T_{-1}=T-t$ a quantidade de tempo dedicada ao controle social pelos demais agentes da sociedade. Então, graças ao seu esforço, há uma probabilidade adicional de detecção e recuperação do desvio no orçamento dada por $\pi_0+\pi(\pi_0,T)-[\pi_0+\pi(\pi_0,T-t)]=\pi(\pi_0,T_{-1}+t)-\pi(\pi_0,T_{-1})=\Delta\pi(t)$.

O tempo t dedicado ao controle da corrupção afeta de duas formas a sua função de utilidade.

Em primeiro lugar, aumenta a utilidade esperada do consumo de bem público, que passa a ser: $[\pi_0+\pi(\pi_0,T)]w(b)+[1-\pi_0-\pi(\pi_0,T)]w\big((1-\rho)b\big)$, em que $b=B/n$ e n é o tamanho da população, $n=|\Omega|$. Em segundo lugar, gera valor esperado positivo pela satisfação obtida quando consegue ser instrumental na detecção do desvio: $\Delta\pi(t)\delta s_i$.

Assim, chegamos ao problema de otimização para um cidadão do tipo s_i descrito a seguir.

$$\max_{h,l,t} U(h,l,t;s_i)=\alpha u(rh)+\beta v(l)+\gamma\{[\pi_0+\pi(\pi_0,T)]w(b)+[1-\pi_0-\pi(\pi_0,T)]w\big((1-\rho)b\big)\}+\Delta\pi(t)\delta s_i$$

sujeito a $h+l+t=1$, $h,l,t\in[0,1]$

Se houver uma solução interior, esta será dada pelas condições de primeira ordem abaixo, em que foi usada a substituição $t=1-h-l$ e $\Delta w(b)=w(b)-w\big((1-\rho)b\big)$.

$$\frac{\partial U}{\partial h}: \alpha r u'(rh) = \gamma \frac{\partial \pi(\pi_0, T)}{\partial T} \Delta w(b) + \delta \frac{\partial \pi(\pi_0, T)}{\partial T} s_i$$

$$\frac{\partial U}{\partial h}: \quad \beta v'(l) = \gamma \frac{\partial \pi(\pi_0, T)}{\partial T} \Delta w(b) + \delta \frac{\partial \pi(\pi_0, T)}{\partial T} s_i$$

As condições de primeira ordem expressam simplesmente o fato de que as três utilidades marginais, do trabalho (via consumo), do lazer e do envolvimento social devem ser idênticas na escolha ótima do agente. Observe que o lado direito nas duas condições é igual e reflete o duplo benefício marginal do envolvimento social: o benefício material do maior consumo de bem público e o benefício imaterial da satisfação cívica. Uma análise cuidadosa das condições de primeira ordem nos permite chegar às seguintes conclusões de estática comparativa:

(i) Quanto maior for a importância relativa que os indivíduos dão ao consumo privado ou ao lazer, $\alpha+\beta$, menos tempo a sociedade civil investirá em controle social. Trata-se, talvez, do caso dos Estados minimalistas em que o Estado desempenha papel limitado na sociedade.
(ii) Quanto mais eficientes forem os órgãos de controle oficiais, π_0, menor será a necessidade de controle social. Trata-se possivelmente das sociedades mais avançadas, em que os mecanismos oficiais de controle de corrupção são eficazes e, portanto, a sociedade não vê necessidade de esforço adicional.
(iii) Quanto maior a capacidade da sociedade em descobrir comportamento corrupto, maior será seu engajamento. Trata-se de uma medida associada à vantagem comparativa da atividade de controle social relativamente às demais atividades de consumo privado e lazer.
(iv) Quanto maior for o retorno objetivo do controle social, em termos de bem público provido com o recurso recuperado, $\Delta w(b)$, maior o investimento da sociedade nessa atividade. Isto sugere que, em sociedades em que há pequeno desvio, deverá haver reduzido envolvimento social.
(v) Finalmente, quanto maior a importância que a sociedade atribuir ao retorno subjetivo do controle social, o coeficiente δ, e quanto maior for o coeficiente de satisfação cívica, s_i, maior será a participação do agente na luta contra a corrupção.

Vale notar que, sendo o consumo privado e o lazer mais importantes que o consumo de bem público (*i.e.*, a soma $\alpha+\beta$ tem valor elevado em relação ao parâmetro γ), sendo reduzida a capacidade da sociedade em desvendar casos de corrupção e sendo reduzido o retorno adicional individual em termos de bem público $(\Delta w(b))$, então deverá haver pouco envolvimento social. Em consequência, o tempo total de dedicação da sociedade ao controle social será reduzido.

Esse resultado sugere que se analise, do ponto de vista teórico, que efeito sobre as decisões dos cidadãos terá a inclusão de uma premiação pecuniária àquele indivíduo que

porventura seja instrumental na recuperação de recursos públicos desviados, conforme previsto no projeto de lei supracitado.

2.2 O modelo estendido com envolvimento social, sentimento cívico e premiação

Considere agora um modelo estendido em que um agente, sendo instrumental na detecção de desvios, recebe um percentual λ dos recursos posteriormente recuperados. Nesse caso, a utilidade do cidadão deve ser ajustada de duas maneiras.

Em primeiro lugar, deve-se incluir o benefício pecuniário recebido quando, como resultado de sua ação, recursos públicos são recuperados. Esse benefício é adicionado ao recurso disponível para o consumo privado, que passa a ser agora $rh+\lambda\delta B$ com probabilidade $\Delta\pi(t)$, sendo apenas rh como antes com probabilidade $1-\Delta\pi(t)$. Portanto, a utilidade esperada do consumo privado passa a ser dada por $\alpha[u(rh+\lambda\delta B)\Delta\pi(t)+u(rh)(1-\Delta\pi(t))]$.

Em segundo lugar, devemos modelar cuidadosamente o argumento apresentado pelos detratores do PL, segundo o qual haveria um menor envolvimento da população caso a premiação fosse introduzida, porque essa premiação reduziria o estímulo cívico à luta contra a corrupção. Esse possível desincentivo pode ser modelado por meio de um parâmetro redutor, $\mu\in[0,1]$, no benefício cívico imaterial, de forma que, com a presença da premiação, a utilidade recebida pelo agente quando se torna instrumental na detecção de corrupção passa a ser $\mu\Delta\pi(t)\delta s_i$. Analisemos mais cuidadosamente o papel do novo parâmetro μ. Definindo-se $\overline{\delta}=\mu\delta$, podemos reescrever a satisfação cívica do agente como $\Delta\pi(t)\overline{\delta}s_i\leq\Delta\pi(t)\delta s_i$, ou seja, o efeito do parâmetro μ é simplesmente reduzir de forma geral a satisfação cívica na sociedade, o que, naturalmente, tenderá a causar menor dedicação ao controle social. No caso extremo (degenerado) em que $\mu=0$, desaparece todo e qualquer sentimento cívico (imaterial) associado à detecção de desvio de recursos. No outro caso extremo em que $\mu=1$, a presença de uma premiação pecuniária para o indivíduo que se mostra instrumental na detecção de desvios não afeta em nada o benefício cívico de sua ação. Espera-se que, em geral, o parâmetro se encontre estritamente entre esses dois valores extremos, ou seja, $0<\mu<1$.

Portanto, o problema de maximização de um agente do tipo s_i pode ser agora escrito de acordo com a expressão abaixo, em que foi usada a notação $\Delta u(rh)=u(rh+\lambda\delta B)-u(rh)$.

$$\max_{h,l,t} U(h,l,t;s_i)=\alpha[u(rh)+\Delta u(rh)\Delta\pi(t)]+\beta v(l)+\gamma\{[\pi_0+\pi(\pi_0,T)]\Delta w(b)+w((1-\rho)b)\}+\mu\Delta\pi(t)\delta s_i$$

sujeito a $h,l,t\in[0,1]$, $h+l+t=1$

Vale destacar as duas diferenças nas utilidades comparando o problema atual com o anterior. Em primeiro lugar, agora há um termo adicional, $\alpha[\Delta u(rh)\Delta\pi(t)]$, que incorpora o benefício pecuniário esperado na utilidade do consumo privado do agente. Em segundo lugar, há uma redução no último termo causada pela inclusão do fator μ que incorpora a redução do benefício cívico devido ao pagamento.

Para solucionar este problema, usamos a notação $\Delta u'(rh)=u'(rh+\lambda\delta B)-u'(rh)$ e, substituindo t por $t=1-h-l$, obtemos as seguintes condições de primeira ordem:

$$\frac{\partial U}{\partial h}: \ \alpha r u'(rh) - \Delta u(rh)\ \frac{\partial \pi(\pi_0,T)}{\partial T} + \alpha r \Delta u'(rh)\Delta\pi(t) = \gamma\ \frac{\partial \pi(\pi_0,T)}{\partial T}\ \Delta w(b) + \mu\delta\ \frac{\partial \pi(\pi_0,T)}{\partial T}\ s_i$$

$$\frac{\partial U}{\partial l}: \quad \beta v'(l) - \Delta u(rh)\ \frac{\partial \pi(\pi_0,T)}{\partial T} = \gamma\ \frac{\partial \pi(\pi_0,T)}{\partial T}\ \Delta w(b) + \mu\delta\ \frac{\partial \pi(\pi_0,T)}{\partial T}\ s_i$$

Assim como no caso anterior, as condições de primeira ordem expressam simplesmente o fato de que as três utilidades marginais – do trabalho (via consumo), do lazer e do envolvimento social – devem ser idênticas na escolha ótima do agente. Observe que o lado direito nas duas condições é igual e reflete o duplo benefício marginal do envolvimento social: o benefício material do maior consumo de bem público e o benefício imaterial da satisfação cívica (este último agora corrigido pelo fator μ). Há, no entanto, três novidades importantes.

A primeira novidade é que, agora, ao benefício marginal do consumo foi acrescido o termo

$$-\Delta u(rh)\ \frac{\partial \pi(\pi_0,T)}{\partial T} + \alpha r \Delta u'(rh)\Delta\pi(t).$$

Vale notar que, como a função u é estritamente crescente,

$$-\Delta u(rh)\ \frac{\partial \pi(\pi_0,T)}{\partial T} < 0$$

e como u também é estritamente côncava, $\alpha r\Delta u'(rh)\Delta\pi(t)<0$, ou seja,o efeito da premiação foi reduzir o benefício marginal do consumo gerado pela renda do trabalho. De fato, como agora o tempo investido no controle social também aumenta a renda disponível para consumo, torna-se menos interessante para o agente dedicar muito tempo ao trabalho.

Analogamente, a segunda novidade se aplica ao benefício marginal do lazer, ao qual é também acrescido o termo

$$-\Delta u(rh)\ \frac{\partial \pi(\pi_0,T)}{\partial T} < 0,$$

ou seja, o benefício marginal do lazer também é reduzido. Nesse caso temos um efeito indireto: como o tempo investido em controle tornou-se mais atraente, o tempo dedicado ao lazer torna-se relativamente menos interessante.

Chamamos a confluência desses dois efeitos de "incentivo pecuniário".

Finalmente, a terceira novidade caminha na direção oposta e diz respeito ao termo à direita das condições de primeira ordem. No segundo somando nota-se a redução do retorno marginal do benefício cívico devida ao fator μ. Isso faz que o agente tenha menos interesse em investir seu tempo em controle social. Chamamos esse efeito de "desincentivo moral".

Juntando as três novidades, é possível ver que o resultado final do prêmio pecuniário sobre a alocação do tempo do cidadão não está univocamente determinado. Esse resultado dependerá de que efeito dominará. Caso o efeito do incentivo pecuniário domine o efeito do desincentivo moral, então a introdução do benefício pecuniário aumentará o tempo dedicado ao controle social. No entanto, caso o desincentivo moral domine o incentivo pecuniário, então a introdução da premiação reduzirá o tempo investido em controle social do agente. A próxima seção analisa esses dois possíveis cenários.

2.3 Estados Unidos e Suíça: Os dois efeitos antagônicos da premiação àqueles que contribuem para o controle da corrupção

A análise dos diferentes efeitos da premiação ao combate à corrupção sugere a possibilidade de existência de dois tipos de sociedade, conforme descrito a seguir.

Sociedades heterogêneas com elevado incentivo pecuniário

Numa sociedade heterogênea, em que há elevada desigualdade de renda, muitos cidadãos, por vezes pertencendo a classes sociais mais baixas, desenvolvem sentimento de distanciamento e dissociação da sociedade em que vivem. Espera-se, nesse caso, que esses cidadãos exibam valores elevados para o coeficiente μ, ou seja, não sintam aversão a receber recursos por sua contribuição ao controle da corrupção. Mais ainda, valorizam o retorno pecuniário adicional de sua dedicação. Portanto, espera-se que o efeito de incentivo pecuniário domine o efeito de desincentivo moral, de forma que a introdução do mecanismo de premiação deverá gerar maior envolvimento social dos cidadãos. Os Estados Unidos da América, por exemplo, apesar de serem um dos países mais tecnologicamente avançados do mundo, são também um dos países mais desiguais no mundo desenvolvido. Não parece ser coincidência que nesse país existam mecanismos como o *Qui Tan*, que permite que um cidadão comum entre na justiça em nome do Estado para reaver recursos desviados. Segundo a legislação em vigor desde 1986, o cidadão pode receber de 15% a 35% do total de recursos recuperados, dependendo da situação (COOTER; GAROUPA, 2001; BUGARIN; VIEIRA, 2008).

Sociedades homogêneas com elevado desincentivo moral

Numa sociedade homogênea em que a desigualdade de renda é baixa e os cidadãos se sentem parte integrante e importante da sociedade, espera-se que o coeficiente μ seja bem baixo, refletindo o fato de que os cidadãos consideram ser seu dever cuidar do bom uso dos recursos públicos e, portanto, sentem-se ultrajados ao receber recurso adicional por isso. Nesse caso, a introdução da premiação causa um desincentivo moral tão elevado que domina o incentivo pecuniário, fazendo com que os indivíduos tenham menos interesse em se dedicar ao controle social com esse incentivo. Essa situação explica alguns dos argumentos contra o PL discutidos neste trabalho.

Caso real ilustrativo ocorreu na Suíça.[6] O país produz quantidade significativa de resíduo radioativo em razão do uso intensivo de energia nuclear, responsável por gerar aproximadamente 40% da energia consumida. Por anos, foram mapeados locais que poderiam armazenar esse lixo radioativo, sendo certo que poucas comunidades estavam dispostas a receber as instalações de depósito, em razão dos riscos envolvidos. Entre as possíveis localidades consideradas adequadas a receber os depósitos nucleares, despontou Wolfenschiessen, uma pequena comuna. Em 1993, economistas se dirigiram ao vilarejo, pouco antes da realização de um referendo sobre a questão, e perguntaram à população local se votariam favoravelmente, chancelando eventual decisão do parlamento Suíço de construir um depósito de resíduo nuclear na região. Uma maioria apertada de 51% dos moradores confirmou a disposição de aceitar a construção das instalações. Em seguida, os economistas questionaram se a disposição aumentaria caso o Poder Público oferecesse uma indenização pecuniária a cada morador. Neste caso, o apoio reduziu-se a apenas 25%. Interessantemente, cerca de 83% daqueles que rejeitaram o incentivo justificaram a recusa sob o argumento de que não aceitariam "subornos".

No caso, ficou evidente que o estímulo monetário solapava o sentimento de cumprimento de dever cívico, mais importante para a comunidade coesa e com elevada preocupação com o bem maior da coletividade. Todavia, diversos estudos revelam que, se em vez de uma premiação pecuniária individual, se propusesse a construção de equipamentos públicos, como um hospital, parque ou biblioteca públicos, a compensação seria bem recebida, servindo como um incentivo adicional, mesmo em sociedades homogêneas. A propósito, Mansfield, Van Houtven e George (2002, p. 368) defendem que:

> […] *public goods represent a more acceptable response to public harms than monetary compensation. We demonstrate a preference for public goods over monetary compensation, in part because receipt of public goods may limit the sense of guilt or bribery from accepting compensation for the injury*.

Portanto, assegurar a alternativa de aplicação do valor equivalente à premiação pecuniária individual em obras ou serviços que beneficiem a coletividade pode servir de estímulo ao sentimento cívico. Esse fenômeno, claramente delineado pelo exemplo suíço acima citado, sugere a alteração da lei proposta neste artigo.

2.4 Ajustando o PL para contornar o desincentivo moral

Ao comentar a proposta legislativa, o jornalista Alexandre Garcia, em matéria do G1, afirma que "[…] ao pagar em dinheiro, [o Estado] está menosprezando o cidadão" (CÂMARA…,

6 Veja, no entanto, que mesmo nessa sociedade mais homogênea existe mecanismo de estímulo à denúncia de erros médicos. Disponível em: <http://www.swissinfo.ch/por/arquivo/Premio_incentiva_denuncia_de_erros_medicos.html?cid=3622308>. Acesso em: 20 jun. 2017.

2013). Esse posicionamento parece refletir a ideia de que o cidadão comum, imbuído do sentimento de responsabilidade cívica e, por essa razão, disposto a dedicar seu tempo e esforço ao controle da corrupção, poderia sentir-se ofendido com a premiação prevista no PL. Nessa linha, a nova lei, em vez de estimular o envolvimento do cidadão, acabaria por desestimulá-lo a investir mais tempo e recursos pessoais no combate à corrupção. Na linguagem da discussão feita na sessão anterior, o efeito de desincentivo moral dominaria o efeito do incentivo pecuniário, e a introdução da lei faria que esse cidadão dedicasse menos tempo ao combate à corrupção.

De fato, existe evidência empírica e teórica[7] de que a introdução de um benefício pecuniário pode reduzir o interesse do cidadão em contribuir para a sociedade, conforme sugere o exemplo suíço descrito antes.

No entanto, em vez de rejeitar totalmente o PL em análise com base no desincentivo cívico que, como vimos, pode afetar pessoas diferentes de formas distintas, convém ajustar o mecanismo, de modo a manter o incentivo à dedicação daqueles que se sentiriam ofendidos em receber o prêmio, sem afetar o incentivo à dedicação daqueles que reagem positivamente à expectativa da premiação.

Para tanto, basta incluir, no momento em que o cidadão faz sua denúncia, a opção para o denunciante de não receber qualquer benefício de sua denúncia. Visando estimular ainda mais seu sentimento cívico, poderia ser-lhe dada a seguinte alternativa: "*O denunciante deseja receber a remuneração pecuniária em sua conta corrente ou prefere que o valor correspondente seja doado aos programas assistenciais do GDF?*". Pode ainda ser oferecida ao cidadão a opção de escolher, numa lista oficial de instituições de caridade, aquela para a qual deseja encaminhar a premiação a que teria direito.

Dessa forma, naturalmente, aqueles que porventura se sintam incomodados em receber dinheiro pela denúncia, com certeza se sentirão gratificados ao ver que sua ação possibilitará maiores gastos em obras assistenciais, não só resolvendo o problema do desincentivo moral, como também possivelmente transformando-o num incentivo moral adicional à dedicação. Na linguagem do modelo desenvolvido na seção 2.2, essa alteração na lei tem o potencial de transformar o parâmetro m de um desconto (ou seja, o fator multiplicativo μ é menor que 1) em um fator potencializador do sentimento cívico (ou seja, o fator multiplicativo μ passa a ser maior que 1).

Em suma, facultando ao denunciante essa alternativa, os dois tipos de cidadão, aquele para os quais o incentivo pecuniário dominava e aquele para os quais o desincentivo moral dominava, passam a ter maior incentivo em se dedicar ao esforço social de controle da corrupção, seja pela expectativa de receber o prêmio, seja pela felicidade de, além de cumprir

7 Veja, a esse respeito, discussão sobre motivação intrínseca e extrínseca na seção 3.

seu dever cívico, contribuir para a expansão dos programas assistenciais do governo. Destarte, com essa modificação do PL, ficam corrigidos os possíveis problemas associados ao desincentivo moral, compatibilizando os incentivos do mecanismo.

3 O enquadramento do modelo desenvolvido na literatura de Direito e Economia

A principal motivação deste trabalho é analisar o modo pelo qual retornos pecuniários podem gerar incentivos para que agentes detentores de informação privilegiada sobre crimes de corrupção contribuam com as autoridades na recuperação de recursos desviados. O trabalho se enquadra, portanto, na ampla área de estudo conhecida como *análise econômica do crime*, e que tem seu expoente em Becker (1968).[8] O modelo básico desse artigo postula que o criminoso, como todo agente econômico, analisa custos e benefícios (esperados) de suas ações e age em função dessa análise. Como consequência, a eficiência da polícia, refletida na probabilidade de o criminoso ser pego, e a rigidez do sistema judicial, refletida na punição caso seja pego, desempenham papel fundamental na capacidade de uma sociedade em dissuadir o potencial criminoso a cometer o crime. Polinsky e Shavell (2000, 2007) estendem o modelo sobremaneira, analisando, por exemplo, que tipo de punição – prisão ou multa – tem maior efeito dissuasivo. Esse ramo da literatura dedica maior atenção aos incentivos ao criminoso; em contraposição, o modelo aqui proposto foca nos incentivos a um terceiro agente que, detentor de informação sobre o crime de corrupção, pode ou não informar as autoridades. O modelo aqui proposto dialoga com essa literatura da seguinte forma: ao estimular a revelação de informação, o mecanismo aumenta a probabilidade de descoberta da trama delitiva e, destarte, aumenta o efeito dissuasivo. No entanto, é importante ressaltar que, enquanto o modelo de Becker concentra-se nos incentivos ao criminoso, o presente modelo foca nos incentivos a um terceiro agente, detentor de informação privilegiada sobre o crime, de encaminhar essa informação às autoridades competentes.

Uma segunda área do conhecimento relacionada com o presente modelo introduz aspectos de psicologia em economia, a *Economia Comportamental*. O livro seminal *The Joyless Economy* (SCITOVSKY, 1976), chama a atenção para o fato de que o comportamento do ser humano não pode ser reduzido à busca da satisfação material do consumo privado e propõe um papel fundamental de uma motivação intrínseca e independente de retorno de consumo privado, que poderia explicar decisões dos agentes. Essa motivação poderia ser, por exemplo, a satisfação sentida ao se executar bem uma tarefa, o que explicaria a dedicação de empreendedores aos seus empreendimentos ou de artistas performáticos

8 *Vide* também Posner (1985).

às suas atuações, bem acima daquela sugerida pela teoria econômica clássica (ROMANIUK, 2016). Nessa linha de análise, Besley e Ghatak (2005) notam uma possível correlação negativa entre necessidade de incentivos pecuniários e identificação com a empresa em que um agente trabalha. Em outras palavras, quando um funcionário se identifica com a missão de uma empresa, surge uma motivação intrínseca ao trabalho, de tal forma que ele necessitará de menor volume de incentivos financeiros para se dedicar à sua tarefa. Mais próximos da discussão aqui apresentada estão os trabalhos de Bruno Frey (1992, 1993a, 1993b, 2012) nos quais se vislumbra a distinção entre motivação intrínseca, associada aos princípios morais e pessoais de um agente, e motivação extrínseca, induzida pelos benefícios (pecuniários e outros) esperados. Frey identifica um possível conflito entre essas duas motivações, de forma que um benefício pecuniário (motivação extrínseca) pode reduzir a motivação intrínseca ao esforço. Na linguagem do presente modelo, o pagamento de uma recompensa monetária constitui uma motivação extrínseca que pode trazer consigo o desincentivo moral, uma redução na motivação intrínseca. Vale notar que a "Motivation Crowding Theory" ou Teoria da Interação de Motivações também admite a possibilidade contrária, ou seja, a motivação pecuniária externa pode reforçar a motivação intrínseca, caso em que não haveria motivo de preocupação no contexto deste modelo.[9] Em qualquer caso, calcado em estudos empíricos, o modelo ora proposto agrega um critério para aferir-se a motivação extrínseca dos agentes: o grau de heterogeneidade social.

Uma terceira área de pesquisa relacionada com este modelo diz respeito ao estudo das motivações para que indivíduos "soem o apito", ou seja, denunciem atividades irregulares em suas instituições. Esse fenômeno é denominado em inglês por *whistle blowing* e o início de seu estudo remonta ao final dos anos 1960, sendo que uma revisão da literatura datada de 1984 já relacionava mais de 1.400 referências (BREWER; SELDEN, 1998). Esse conceito se aplica tanto a instituições públicas como privadas, e seu estudo já gerou consenso sobre o fato de os incentivos à delação serem, em geral, insuficientes, havendo, pois, no mínimo, necessidade de proteger o *whistle blower*, ou denunciante. Diante disso, o Senado do estado de Nova York, nos Estados Unidos da América, por exemplo, propôs em 2013 projeto de lei que não somente protege o denunciante, como também oferece uma remuneração em caso de recuperação de recursos graças à denúncia, que não pode ser inferior a 10% nem superior a 30% do montante recuperado. O projeto de lei (Bill S43622013) encontra-se atualmente em análise

9 Segundo Frey (2012, p. 3-4, grifos do autor): "*The two processes identified allow us to derive the* psychological conditions *under which the crowding-out effect appears: - External interventions* crowd-out *intrinsic motivation if the individuals affected perceive them to be* controlling. *In that case, both self-determination and self-esteem suffer, and the individuals react by reducing their intrinsic motivation in the activity controlled. - External interventions* crowd-in *intrinsic motivation if the individuals concerned perceive it as* supportive. *In that case, self-esteem is fostered, and individuals feel that they are given more freedom to act, thus enlarging self-determination*".

na Comissão de Finanças do órgão.[10] O modelo aqui estudado analisa de forma teórica e propõe justamente um mecanismo para estimular o *whistle blowing* no Brasil, levando em consideração os riscos associados a uma possível redução da motivação intrínseca devida ao estímulo financeiro extrínseco.

Finalmente, este modelo se relaciona de forma menos próxima com a área de pesquisa que estuda os incentivos para que criminosos cooperem com a justiça, seja reconhecendo sua própria culpa, no caso do *plea bargain* (BAR-GILL; BEM-SHAHAR, 2009), seja além de reconhecer sua culpa, para denunciar demais culpados, como no caso dos acordos de leniência em economia industrial (MOTTA; POLLO, 2003). Esses mecanismos também oferecem um benefício ao agente. No entanto, diferem profundamente do mecanismo aqui estudado por duas razões principais. Em primeiro lugar, o beneficiado não é um cidadão comum, mas sim um criminoso potencial. Em segundo lugar, os benefícios recebidos tipicamente não são um retorno financeiro adicional, e sim uma redução de pena ou multa. Portanto, o mecanismo aqui estudado, que inclusive elimina a possibilidade de participantes de um crime serem benefícios, é muito mais naturalmente justificável do ponto de vista moral, que esses que oferecem benefícios a autores de crimes.

4 Moralidade, custeio da premiação e incentivo à denunciação: uma análise do PL n. 857/2012 sob a ótica do Direito

4.1 Considerações iniciais

Não é demais enfatizar – embora a esta altura já deva estar suficientemente evidenciada – a diferença existente entre a premiação do denunciante de um crime e a confissão espontânea, delação ou colaboração premiada, programa de leniência ou outras categorias jurídicas instituídas em benefício do infrator da ordem jurídica que decide confessar a prática ilícita e, com isso, receber alguma vantagem (notadamente, uma sanção mais branda). A distinção não é apenas quanto ao beneficiário (no caso do mecanismo engendrado no PL n. 857/2012 jamais será quem pratica o crime contra a administração pública), mas ontológica, distanciando-se quanto ao fundamento axiológico. Nas apontadas hipóteses de colaboração com o Poder Público levadas a efeito pelo próprio criminoso, o benefício esteia-se a considerações de duas ordens: (a) menor necessidade de reprimenda para prevenir e reprimir o ilícito ante a revelação da "consciência do descumprimento da norma social"[11] e do arrependimento do infrator, simbolizados

10 Disponível em: <http://open.nysenate.gov/legislation/bill/S4362-2013>. Acesso em: 20 jun. 2017.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Dosimetria da pena. Concursos de circunstâncias atenuantes e agravantes. Preponderância. Confissão espontânea. Compensação com a agravante da reincidência.

pela assunção da culpa; e (b) auxílio ao Estado na "elucidação da verdade real",[12] seja para evitar condenações injustas, seja para viabilizar a punição de todos os agentes envolvidos na empreitada ilícita, conveniente, ainda, por poupar recursos públicos que seriam destinados à efetivação de diligências. Doutra banda, a recompensa ao cidadão denunciante (o qual, reitere-se, não poderá ser coautor ou partícipe do crime) pretende estimular o engajamento cívico na tutela do erário e da moralidade administrativa; logo, o benefício pecuniário decorrente da denunciação não se alicerça nas funções buscadas pela imposição de pena,[13] mas na necessidade de incentivar a cooperação social com o Estado. Este, portanto, é o enfoque da análise deste artigo.

Nesse toar, bem advertiu Montesquieu (1748) se assentar a higidez da República na virtude dos cidadãos. Para tanto, à educação incumbiria instruir o povo a agir virtuosamente, ostentando amor à pátria e respeitando-a acima de tudo. As leis, por sua vez, teriam por função cumprir tal desiderato pedagógico, estimulando comportamentos virtuosos.

Posto isso, podemos afirmar que as leis, enquanto instrumentos de regulação das relações sociais, não devem ser ignorantes à realidade, mas, ao contrário, precisam voltar-se ao *mundo do ser*, inibindo o procedimento indesejado e instigando o almejado. Afinal, não é o homem feito para o Direito, senão o Direito para o homem.

Contudo, as pessoas são movidas por diversos interesses, nem sempre agindo em prol da coletividade, cumprindo seus deveres cívicos mesmo quando o adimplemento lhes seria pouco oneroso, conforme já destacado.

Presumir a infalibilidade da atenção aos deveres éticos, erigindo todo cidadão à condição de cumpridor assíduo de suas obrigações morais, é viver num mundo de fantasias. O empirismo enjeita conclusões dessa espécie.

Não é preciso grande meditação para colhermos exemplos fáticos, além daqueles apontados alhures: quantas vezes já nos deparamos com automóveis estacionados em vagas exclusivas

• • •

Ordem concedida. Habeas Corpus n. 101.909. Relator: Ministro Ayres Britto. *DJE* 19 junho 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>. Acesso em: 17 maio 2017.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Pena. Dosimetria. Relevância não demonstrada. Liminar. Indeferimento. Habeas Corpus n. 101.861. Relator: Ministro Marco Aurélio, *DJE* 09 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622635>. Acesso em: 20 jun. 2017.

13 Acerca das funções da pena, há diversas categorizações. Há, por exemplo, quem sustente, em apertada síntese, a função de *retribuir* o mal do crime com o mal da pena e/ou *prevenir* a reiteração delitiva (SOLER, 1970). Mais amplamente, apontam-se as funções de: *ressocializar* o criminoso (*reformation*), *afastar* o criminoso da vida em sociedade, a fim de evitar futuras lesões a bens jurídicos (*restraint*), *retribuir* o dano, infligindo ao criminoso outro mal, assim expiando a sua culpa (*retribution*) e dissuadir a prática de novos ilícitos (*deterrence*) (LOEWY, 2000).

para deficientes ou idosos? Dessas, quantas comunicamos aos órgãos competentes para a tomada de providências, como aplicação de multa e guinchamento do veículo?

O simplório exemplo do carro irregularmente estacionado é suficiente para desvendar uma ilação: ainda quando os custos são relativamente baixos, os cidadãos não cumprem, necessariamente, os deveres imanentes à cidadania.

Quiçá, se houvesse uma recompensa financeira àquele que comunicasse casos de veículos estacionados em vagas reservadas, a denúncia se tornaria mais usual. O Estado, a seu turno, arrecadaria com a cobrança de multas (arrecadação esta a reverter em prol da sociedade), os infratores seriam penalizados e os idosos e deficientes teriam onde estacionar. Não haveria como negar o benefício social de tal medida.

Por sem dúvidas, o Projeto de Lei n. 857/2012 visava ao incentivo do cumprimento de condutas qualificáveis como *imperativos cívicos*, a saber, levar ao conhecimento das autoridades competentes os desvios de condutas de agentes públicos. Todavia, não é frequente, no Brasil, o cumprimento de tais "deveres".

Em continuação, é notória a incompetência da proteção oferecida pelo Poder Público, mesmo para as autoridades que, em seu nome, buscam o cumprimento das leis e a implementação da Justiça. Infelizmente, são recorrentes notícias relatando crimes perpetrados contras tais autoridades, justamente por desempenharem com rigor as suas atribuições essenciais à República e à manutenção da democracia.

Recentes casos, amplamente divulgados pela mídia, merecem destaque: o da juíza Patrícia Acioli, executada aos 12 de agosto de 2011, e o do promotor de justiça, Thiago Faria de Godoy Guimarães, assassinado em 14 de outubro de 2013.

Remanesce a indagação: se o Estado é inábil, sendo constantes os casos de ataques perpetrados contra suas autoridades, é condenável a conduta do cidadão "comum" que, ciente de um caso de crime perpetrado contra a Administração Pública envolvendo pessoas influentes, deixa de levar os fatos ao conhecimento dos órgãos de investigação e persecução penal?

Em hipóteses como essas, é inegável a superação, em larga medida, dos incentivos de se cumprir o dever cívico pelos ônus decorrentes do adimplemento. Se o cidadão, por vezes, se recusa a cumprir tais obrigações quando o custo é diminuto, como no relato do automóvel irregularmente estacionado, imagine-se nas hipóteses de riscos consideráveis no cumprimento.

Pretendendo parificar ou, ao menos, aproximar o "custo" do "benefício" potencial, o deputado distrital Israel Batista propôs o PL n. 857/2012, premiando, em pecúnia, o cidadão que efetuasse a *delatio criminis*, comunicando à autoridade a ocorrência de crimes contra a Administração Pública. Pelo projeto de lei, o recebimento da recompensa estaria condicionado à efetiva recuperação de valores, a evidenciar sua vinculação ao trânsito em julgado do decreto condenatório.

Em entrevista ao G1, obtemperou o parlamentar (CÂMARA..., 2013): "Muitas vezes, quando um cidadão delata um processo de corrupção ele se expõe diante de perigos imensos, porque ele lida com poderosos". Assiste razão ao deputado. Com o devido respeito, é

utópico acreditar que "[...] o cidadão honrado não se omite diante do testemunho de um crime", sendo infeliz apresentar tal argumento ilusório como crítica ao referido projeto de lei, como fez o jornalista Alexandre Garcia (CÂMARA..., 2013). Não é aconselhável ao estudioso professar reflexões em desatenção à natureza das coisas e das pessoas.

A seguir, analisaremos teses estritamente jurídicas, apontadas ora para fundamentar a mácula de inconstitucionalidade do projeto de lei, ora para justificar sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico como um todo.

Cabe registrar, desde logo, que não será abordada a questão acerca de eventual inconstitucionalidade por vício de competência do Distrito Federal para legislar sobre a matéria, porquanto a proposta deste artigo não é analisar o projeto de lei como espécie normativa, mas o mecanismo de incentivos engendrado pelo legislador e a ideia de se premiar o denunciante. É dizer, o objeto de estudo não será o aspecto formal do projeto de lei, mas seu aspecto material, seu conteúdo.

4.2 Da inconstitucionalidade por violação ao princípio da moralidade das leis

Antes mesmo de realizada a votação do aludido PL n. 857/2012 já se iniciaram investidas contrárias à aprovação. Conforme sinalizado, invocou-se a inconstitucionalidade de se premiar o denunciante por *violação ao princípio da moralidade*.

O argumento não se sustenta, além de ter por consequência deletéria ceifar, de início, o debate acerca dos benefícios sociais que poderiam advir da lei. De fato, não é interessante obstaculizar qualquer discussão, suscitando argumentos de inconstitucionalidade, máxime quando os fundamentos se lastreiam em princípios constitucionais de baixa densidade normativa, isto é, com elevada carga de subjetividade, como é o caso do aventado *princípio da moralidade* (MENDES; BRANCO, 2011).

Talvez seja este efeito – embaraço ao adensamento das reflexões – o mais deletério entre as consequências do crescente *solipsismo teórico da filosofia da consciência* (STRECK, 2013), presente inclusive na hermenêutica jurisprudencial, produtora de decisões "constitucionalmente inadequadas", muitas vezes sob o manto da panprincipiologia.

De qualquer modo, representantes da OAB-DF afirmaram a possibilidade de ajuizarem ação direta de inconstitucionalidade caso o projeto de lei fosse sancionado. A nosso ver, não mereceria chancela a tese sustentada pela OAB, ao menos sob a óptica da moralidade.

Além de ser a moral um valor etéreo, em constante transformação, com conteúdo plurissignificativo, é certo que são os representantes do povo os agentes vocacionados e com aptidão, inclusive constitucional, para avaliar o que a população entende ser moralmente condenável. Não interessa à sociedade que o Judiciário substitua o legislador, agente investido de legitimidade democrática, para reconhecer a imoralidade de determinada lei, salvo quando flagrante o desvio.

É reconhecido, na atualidade, o arrosto das escolhas democráticas pelo exagerado ativismo judicial – no qual se incluem valorações subjetivas ancoradas a postulados éticos genéricos,

levadas a efeito por magistrados –, não obstante a iterativa invocação do princípio democrático, por nossos Tribunais, como critério para a adjudicação de direitos (POSNER, 2005). A propósito, com o costumeiro sarcasmo, Posner (2005, p. 229-230) assevera:

> *[…] the issue of how much weight judges should give democratic choice tends to arise most often, or at least most conspicuously, when government action is challenged as unconstitutional, a context that tends to smother discussion of what democracy means or should mean. […] the "democratic" defense of judicial review works only if constitutional decisions are interpretive in rather a narrow sense […]; otherwise they could not realistically be thought to be actualizing the popular will embodied in the Constitution. How could anyone think that the voters (anyway a very narrow slice of the population) who ratified the Constitution in 1788 also ratified– approved, consented to, embraced–the body of constitutional law that the courts have evolved in the course of the more than two centuries that have elapsed since? Acquiescence is not consent. So did the ratifiers merely write a blank check to the Supreme Court to rule the nation? That would make the ratification the equivalent of the election of a dictator, a Napoleon or a Hitler, by plebiscite – a people's decision to renounce democratic government, the sort of thing only a Carl Schmitt could love.*

A contaminação das Cortes pelo ativismo não escapou à análise de John Ely. Em afamada obra (2002), o jurista estadunidense, após tecer críticas ao seu contemporâneo Ronald Dworkin, anota a propensão de se produzirem decisões conservadoras e tendenciosas ao favorecimento dos valores partilhados pela classe média-alta (origem da maior parcela dos juízes, advogados e filósofos morais). Arremata, na esteira, Ely (2002, p. 59): "*Our society did not make the constitutional decision to move near universal suffrage only to turn around and have superimposed on popular decisions the values of first-rate lawyers*".

Não obstante, tem prevalecido, na prática jurisprudencial nacional, a situação bem descrita por Oliveira (2013, p. 406): "[…] no Brasil de hoje, há um preocupante superdimensionamento do controle constitucional de validade de normas. Quando não há contrariedade expressa em relação a um dispositivo da Constituição, recorre-se aos princípios. Assim, nada parece haver que não esteja previsto em algum princípio constitucional".

Em reforço – e como extensão da tese a profligar a sindicância heterônoma acerca da adequação político-moral da lei proposta –, põe-se a necessidade de autocontenção judicial (*self-restraint*), cuja importância tem sido crescentemente acordada. A propósito, leciona Canotilho (1993, p. 1111):

> O princípio da autolimitação dos juízes continuará a ter sentido útil se com ele se quer significar não a inadmissibilidade de juízos de valor na tarefa de interpretação-concretização constitucional (existentes em qualquer actividade interpretativa), mas a contenção da actividade dos tribunais dentro dos limites da função jurisdicional.

> Isto apontará, em geral, para os limites de cognição dos juizes quanto aos vícios: cabelhes conhecer dos *vícios de constitucionalidade* dos actos normativos mas não dos *vícios de mérito* (oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo).

Nessa linha, é fora de dúvida que o Legislativo seja o detentor de maior capacidade institucional para proceder à valoração puramente moral do mecanismo (ELY, 2002),[14] segundo os valores sociais prevalecentes, no que deve ser respeitado pelo Judiciário, à luz do princípio da deferência.[15]

Evidentemente, pode-se discordar da proposta legislativa, mas inquiná-la de inconstitucionalidade é obstruir, sem justificativa válida, qualquer reflexão aprofundada. Deve-se reservar a mácula de inconstitucionalidade para os casos nos quais está patente a violação a uma norma constitucional.

De mais a mais, caso superado o óbice para o controle jurisdicional da moral no caso em exame, ainda assim não é possível entrever violação ao referido cânone constitucional, ao menos sob a óptica jurídica. Vale acentuar que, mesmo quando uma medida se revele acintosa para o compasso ético de alguns, isso não implica, necessariamente, vulneração do conteúdo jurídico do princípio da moralidade. Isso porque a "moral comum" não se confunde com o princípio da moralidade, como vetor jurídico de atuação dos Poderes Públicos. Este

• • •

14 Nesse sentido: "[...] *it should by now be clear that by viewing society's values through one's own spectacles—resolving apparent inconsistencies in popular thinking in the 'appropriate' direction by favoring the 'emergent over the recessive', the 'general over the particular,' or whatever — one can convince oneself that some invocable consensus supports almost any position a civilized person might want to support. As elsewhere, though, it is hard to claim that this alone adds up to a dispositive argument: there does not exist a nontrivial constitutional theory that will not involve judgment calls. In fact I think this one is worse than most in that regard, but in any event the comparative judgment is devastating: as between courts and legislatures, it is clear that the latter are better situated to reflect consensus*" (ELY, 2002, p. 66-67). Acerca dos argumentos contrários à ampliação do controle judicial para abarcar juízos eminentemente políticos ou técnico-administrativos e dos problemas advindos desse expansionismo, cf. Bugarin e Meneguin (2015).

15 A perfilhar o entendimento proposto acerca da baixa densidade normativa do princípio da moralidade e de sua interligação com o princípio da legalidade, de modo a sugerir a primazia do Legislativo e do Executivo na sua conformação jurídica, obtemperam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2011, p. 862): "O princípio da moralidade, tendo em vista sua amplitude, possui pouca densidade jurídica, dada a dificuldade teórica de se precisar seu conteúdo específico [...]. A legalidade, em razão de sua conexão com a legitimidade democrática daqueles que concorrem no processo de elaboração da lei, fornece um critério de moralidade dado pelo Poder Legislativo, com a participação do Poder Executivo, que é, portanto, um critério institucional [...] Em outras palavras, quando se fala em princípio da moralidade não se está retroagindo à pré-modernidade, abandonando o objetivismo do conhecimento jurídico moderno e retornando a compreensões morais ou moralistas que esclarecem o certo ou o errado".

exige o menoscabo a um interesse juridicizado, não evidenciado na espécie. Nessa toada, assinalou Bandeira de Mello (2010, p. 120):

> Quanto a nós, também entendendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.

4.3 Do custeio da premiação com o produto do crime recuperado

Outra crítica diz respeito à vinculação direta da premiação ao produto do crime. Deveras, não foi feliz o legislador nesse quesito. Todavia, a situação é facilmente contornada; basta a criação de um fundo, a ser custeado com recursos orçamentários ou mesmo com os valores arrecadados pelo Poder Público em virtude das denúncias, do qual se extrairia dinheiro para a premiação do cidadão denunciante, conforme anteriormente sugerido.

Note-se que tal mecanismo afasta a tese da inconstitucionalidade em decorrência da inexistência de previsão orçamentária prévia da verba para a recompensa: ela será paga pelo fundo que, por sua vez, será constituído com os valores recuperados em razão da denúncia ou, então, com outras verbas orçamentárias. Inclusive, é possível fazer-se uma previsão genérica autorizadora para tais pagamentos nas leis orçamentárias anuais, ou, ainda, buscar autorizações específicas no decorrer do ano.

A respeito, ponderou o citado parlamentar, autor do projeto de lei, na respectiva justificação: "Sob o ponto de vista econômico, orçamentário e financeiro, acredito que a premiação ora instituída não prejudicará o Distrito Federal, pois o impacto causado com a concessão dos prêmios será compensado pelo incremento de arrecadação advindo do aumento da eficácia no combate aos crimes contra a Administração Pública".[16]

Portanto, tampouco merece ser rechaçada a ideia de se premiar o denunciante com um percentual do valor do produto arrecadado em razão da denúncia por ele apresentada. Não se trata de repassar o produto do crime diretamente ao cidadão, mas retribuir sua iniciativa com valores provenientes de um fundo, de modo a estimular comportamentos desejados pelo Estado e benéficos para a sociedade. Ademais, como expressamente previsto no PL, caso

16 A ponderação vai ao encontro das lições de Cooter e Ulen (2007), para quem o Estado deve encorajar investimentos privados propiciadores de dissuasão criminosa "de utilidade pública" (*public deterrence*) – isto é, investimentos que beneficiam toda a sociedade – notadamente aqueles tendentes a fortalecer precauções perceptíveis apenas após a prática criminosa (*ex post observable precautions*) – conquanto as precauções observáveis *ex ante* tendem apenas a redistribuir o crime.

se comprove o envolvimento do próprio denunciante na atividade criminosa, não será devida a premiação pecuniária.

4.4 Do incentivo à denunciação

Ao analisar o projeto de lei em comento, diversos juristas afirmaram que haveria uma incompatibilidade com o ordenamento jurídico, o sistema legal como um todo, pois não seria possível premiar o cidadão pelo cumprimento de um dever moralmente exigível.

O argumento não convence. Há diversas situações nas quais o Estado institui mecanismos, inclusive premiações financeiras, para incentivar comportamentos dos particulares, ainda quando estes lhes seriam exigíveis em virtude de um "dever cívico". Vejamos algumas.

Caso 1: O achádego e a recompensa

Ao contrário do que poderiam levar a crer os costumes, sob a óptica jurídica, não é possível apropriar-se de bens perdidos. Quem encontra coisa alheia tem o dever legal de restituí-la ao dono ou ao legítimo possuidor. Caso desconheça quem seja essa pessoa, deve entregar a coisa achada à autoridade judiciária ou policial, responsável pela arrecadação. É o que se extrai dos arts. 1.233 e 1.234, ambos do Código Civil, combinados com os arts. 1.170 e seguintes do Código de Processo Civil.

A bem ver, é intuitiva a ilicitude do locupletamento de bem de propriedade alheia, simplesmente em decorrência da perda. A constatação do enriquecimento sem causa requer mais bom senso que um profundo conhecimento técnico-jurídico.

Parece irrefutável a existência, ínsita à previsão legal, de um dever cívico: a sociedade deve velar pela honradez, pela ética, sendo indesejável a dilapidação patrimonial alheia sem causa. Tal ideal é extraído das máximas romanas *neminem laedere* e *suum cuique tribuere*.

Entrementes, pareceu conveniente ao legislador estabelecer uma recompensa àquele que encontra bem alheio perdido, não inferior a 5% do valor do achádego, além de assegurar-lhe o direito à indenização pelas despesas realizadas com a sua guarda e conservação.

Convém enfatizar a existência, na espécie, da premiação de uma conduta qualificada como um dever cívico, uma obrigação moral: restituir coisas perdidas aos seus legítimos proprietários. Ressalte-se, por oportuno, que a não realização dessa conduta poderá eventualmente caracterizar crime (furto ou apropriação indébita, a depender do dolo no momento do apossamento) e sempre constituirá ilícito cível.

Ainda assim, é prática pouco usual a devolução do achádego, prevalecendo o dito popular "*achado não é roubado*".

Caso 2: Os mesários e os juízes eleitorais

Não é segredo a resistência dos cidadãos a participar do processo eleitoral como mesários. Embora se trate de uma obrigação cívica, imprescindível à democracia, o fato é que poucos se regozijam com a convocação em questão – dotada de caráter compulsório, é bom que se diga.

Os administrativistas podem denominar os mesários de agentes públicos em sentido lato, *agentes honoríficos*; a população não partilha dessa visão otimista.

No contexto da eleição, temos também os juízes eleitorais, magistrados de carreira integrantes do Poder Judiciário. Quando aceitam desempenhar as atribuições referentes ao cargo de juiz eleitoral, esses magistrados não se afastam das suas funções regulares. Por conseguinte, recebem um acréscimo em virtude do desempenho cumulado das funções.

O incremento da remuneração dos magistrados não é, provavelmente, o único motivo para a aceitação do exercício das funções de juiz eleitoral, mas é notória a disposição dos magistrados a acumular funções, sendo o adicional remuneratório, ao lado da nobreza e relevância da função exercida, um atrativo.

Não se está a desprestigiar a função dos juízes eleitorais, nem a afirmar que somente aceitam exercê-la por razões financeiras. Entretanto, uma constatação se evidencia: enquanto é escasso o número de cidadãos dispostos a serem mesários e satisfeitos com a convocação (tanto assim que são requisitados, sofrendo penalidades caso não atendam), há juízes eleitorais em número suficiente, sendo certo que cumprem dignamente suas atribuições e o fazem sem qualquer desgosto – inclusive se voluntariam para tanto. Destaque-se o caráter essencial à democracia de ambas as funções, constituindo verdadeiros deveres cívicos.

Será que os juízes eleitorais, ao serem remunerados pelo desempenho de suas importantes atribuições, se sentem menosprezados, apequenados ou humilhados? Os fatos indiciam a negativa.

Caso 3: O sonegador e a denúncia espontânea

É de conhecimento comum a natureza criminosa da evasão fiscal. A Lei n. 8.137/90, em seu preceptivo inaugural, esclarece: "Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas", especificando as ações ou omissões que tipificam o crime em seus incisos.

Transformando o Direito Penal em verdadeiro meio coercitivo para o recolhimento de tributos, em claro desrespeito ao princípio da intervenção mínima, bem assim do seu caráter fragmentário e subsidiário, diversas leis previram a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, incluindo-se aí a sonegação, como consequência do pagamento integral do valor devido. Para tanto, o agente precisaria efetuar o pagamento da exação, constituindo o parcelamento do débito fiscal hipótese de suspensão da pretensão punitiva estatal. Não sem razão, a previsão legal tem sido alvo de severas críticas doutrinárias.

Descabe, aqui, adentrarmos os meandros de todas as leis disciplinadoras da extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento (precedido, ou não, de parcelamento), visto que existiram diversas leis (*v.g.*, Lei n. 9.249/1995, Lei n. 10.684/2003 e Lei n. 12.382/2011), com algumas peculiaridades. Oportuno destacar, todavia, que, atualmente, o pagamento do passivo fiscal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória

constitui causa extintiva da punibilidade. Nesse sentido, traz-se à colação trecho de recente decisão do Supremo Tribunal Federal:

> *3. O pagamento integral de débito – devidamente comprovado nos autos – empreendido pelo paciente em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta é causa de extinção de sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio.* Precedente.[17]

Paralelamente, o Código Tributário Nacional, em seu art. 138, consagrou o instituto da *denúncia espontânea*. Nessa esteira, caso o contribuinte, antes do início de qualquer fiscalização da autoridade fazendária, proceda à confissão da sonegação tributária, poderá recolher os valores devidos, acrescidos de juros moratórios, sem a incidência da multa (moratória e punitiva), desde que efetue o pagamento à vista.

Portanto, o sonegador que confessar a prática do crime antes de qualquer ação fiscalizadora, recolhendo desde logo o importe tributário devido, não só deixará de responder pela infração penal, como também elidirá a multa moratória, que pode chegar a 20%, e a multa punitiva, de até 225%.

Como bem observado no julgado acima transcrito, trata-se de política criminal e tributária, engendrada pelo legislador, para estimular o pagamento de tributos sonegados.

É incontestável que ninguém titulariza o direito de praticar a evasão fiscal, conduta prejudicial a toda a coletividade. Ademais, todos têm o dever cívico de cumprir a lei e recolher ao erário os tributos devidos, principal fonte de recursos derivados necessários ao custeio da Administração Pública e dos programas sociais.

Todavia, o legislador entendeu por bem "premiar" – não só criminalmente (extinção da punibilidade), como, também, pecuniariamente (afastamento das multas, desde que antes da ação fiscalizadora da Fazenda) – aquele que confessa a prática delitiva, recolhendo o *quantum* devido desde logo.

Em contrapartida, o contribuinte honesto que declara corretamente o valor dos tributos devidos, mas, por questões financeiras, não consegue pagar tal montante, responderá pela multa moratória e punitiva, além, é claro, do dever de recolher o valor da exação, acrescido de juros.

• • •

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Aplicação do princípio da insignificância. Tese não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de conhecimento pela Suprema Corte. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. Não conhecimento do writ. Requerimento incidental de extinção da punibilidade do paciente pelo pagamento integral do débito tributário constituído. Possibilidade. Precedente. Ordem concedida de ofício. Habeas Corpus n. 116.828/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. *DJE,* 13 agosto 2013. (grifos nossos). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4681853>. Acesso em: 20 jun. 2017.

Embora essa política tributária tenha sido alvo de críticas por parcela da doutrina, ela é absolutamente rotineira no cotidiano administrativo, bem assim no jurisdicional, sendo certo que a Suprema Corte jamais a declarou inconstitucional; ao contrário, tem sido aplicada iterativamente.

Sob a perspectiva penal, o mecanismo acima descrito possibilitou, ao criminoso, devolver o objeto do crime (tributos sonegados) e, com isso, livrar-se da reprimenda penal (em virtude da extinção da punibilidade), bem assim das importantes consequências cíveis e administrativas (multas). Evidentemente, não se está a propugnar a equiparação da denúncia espontânea (a rigor, confissão espontânea no âmbito tributário) à denunciação pecuniariamente recompensada, porquanto seus fundamentos axiológicos diferem; no tocante à denúncia espontânea, o benefício fiscal (e penal) decorre da boa-fé do contribuinte (e, no âmbito penal, do arrependimento eficaz ou desistência voluntária, a atenuar a *necessidade* de reprimenda). Aliás, ao reconhecer o seu ilícito perante as autoridades competentes, auxilia não só na arrecadação das exações devidas, como também previne conflitos fiscais e promove a economia de recursos públicos conquanto, ausentes a confissão e o pagamento espontâneo, a Fazenda Pública necessitaria proceder à fiscalização, ao lançamento, à inscrição em dívida ativa, à extração da correlata certidão e, em último caso, ao ajuizamento da competente ação executiva (COSTA, 2014). Sem embargo, o exemplo ajuda a elucidar a falácia de teses contrárias à aceitação do instituto em comento, notadamente o entendimento segundo o qual seria inconstitucional recompensar quem pratica um ilícito (*in casu*, sonegar tributos) com o próprio bem material do delito (*i.e.*, pecúnia), em virtude do simples cumprimento do dever legal.

Caso 4: A denúncia anônima e a recompensa

Como último exemplo, vale destacar a denúncia anônima recompensada, pelas semelhanças com o instituto que se pretendia estabelecer por meio do PL n. 857/2012.

Embora não haja grande divulgação, já existem no Brasil políticas que "premiam", em dinheiro, os particulares que levam informações à autoridade policial viabilizando a captura de criminosos.

A título exemplificativo, pode-se apontar o estado de Pernambuco, cujo governo oferece uma recompensa variável (de R$ 100,00 a R$ 2.000,00): quem fornecer informações úteis, por exemplo, à captura de um cidadão procurado, havendo seis mandados de prisão por homicídio e um por roubo já expedidos, receberá o teto da recompensa.[18]

Releva salientar a recente elevação desse teto. Estão sendo oferecidos R$ 10.000,00 por informações quanto ao paradeiro do suspeito apontado como o mandante do assassinato do promotor Thiago Faria de Godoy Guimarães.

• • •

18 Cf. informação do sítio oficial do programa "disque-denúncia" do Estado de Pernambuco disponível em: <http://www.disquedenunciape.com.br/procurados.php>. Acesso em: 5 maio 2014.

Qual é a diferença entre premiar, em dinheiro, quem efetivar uma denúncia (inclusive a apócrifa) envolvendo homicidas, traficantes e ladrões, e recompensar o denunciante de crime contra a Administração Pública? Não parece haver nenhuma.

É curioso que, no primeiro caso, a medida foi bem-vinda, enquanto, no segundo, não faltaram críticos. Talvez seja pela gênese cultural brasileira, perpetrada no tempo, formatadora de uma sociedade conivente com crimes de colarinho branco, mas rigorosa com a criminalidade "comum", como o roubo e o tráfico de drogas.

Impende anotar, por oportuno, a recente extensão da recompensa a quem apresentasse informações aptas a viabilizar a captura de uma associação criminosa especializada em furtar caixas eletrônicos.[19]

Ao que parece, é válido premiar o cidadão quando ele apresentar informes que conduzam à captura de uma quadrilha especializada em crimes contra o patrimônio particular, mas inconstitucional recompensá-lo quando denuncia associações criminosas especializadas em crimes contra o erário.

Ilações extraíveis dos "casos"

Dos exemplos citados é possível concluir pela ausência de ineditismo da medida prevista no PL n. 857/2012. Ao contrário, há políticas semelhantes, de assente constitucionalidade, já adotadas em diversos estados. Logo, há plena compatibilidade entre uma denunciação "premiada" ou "recompensada" e o ordenamento jurídico pátrio.

No mais, nem sempre o cidadão se sentirá menosprezado por receber recompensas em virtude do cumprimento de deveres cívicos, como revelam os casos "os mesários e os juízes eleitorais" e "a denúncia anônima e a recompensa".

Em verdade, trata-se de uma opção político-criminal a ser feita, como é próprio, pelo Legislativo. Vindicar a inconstitucionalidade por violação ao princípio da moralidade é não só engessar os representantes do povo, podando-os da possibilidade de criar mecanismos de estímulo à cidadania, como impedir debates que possam resultar numa análise acendrada da dinâmica social e dos benefícios decorrentes da adoção da respectiva política pública.

A bem ver, são ponderosas as justificativas para a implementação do mecanismo em análise. Afinal, a "Primeira Lei da Dissuasão" (COOTER; ULEN, 2007) demonstra que as pessoas cometem menos crimes quando se exaspera a "punição esperada" (variável resultante da multiplicação entre a probabilidade e a severidade da punição). Entretanto, o aumento da *severidade* da punição (*v.g.*, longas penas privativas de liberdade), além de impor um alto custo ao Estado (*v.g.*, construção de presídios e manutenção dos encarcerados), pode redundar no estímulo à substituição de crimes menos graves por outros mais graves

19 Cf. reportagem do jornal *O Globo*. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/02/pe-recompensa-quem-denunciar-explosoes-de-caixas-eletronicos.html>. Acesso em: 16 jun. 2016.

(*v.g.*, o aumento das margens penais do crime de corrupção passiva pode ocasionar o aumento da prática de concussão), como bem observou Posner (1985).[20] Daí afirmar-se a necessidade de envidar esforços no aumento da probabilidade da punição, a fim de inibir a prática de crimes contra a administração pública, e não simplesmente agravar as sanções cominadas.

Demais disso, atualmente apenas os funcionários públicos e os profissionais da saúde de áreas sanitárias possuem a obrigação de denunciar à autoridade competente a ocorrência de crimes sujeitos à ação penal pública quando, no exercício da função ou profissão, deles tomarem conhecimento (art. 66 da Lei das Contravenções Penais). Os demais cidadãos não têm esse dever (regra geral comporta poucas exceções [*v.g.*, art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.826/2003]).

Aliás, não é incomum que particulares deixem de comunicar infrações penais à polícia, por vezes em razão da ineficiência policial (não raro, perdem-se horas para que se possa lavrar o boletim de ocorrência), às vezes por crerem ser inútil a atitude (motivados pelo baixíssimo índice de apuração de crimes pela polícia civil e federal) ou, ainda, por temerem as consequências decorrentes da denúncia (retaliações, ameaças etc.).

Poder-se-ia sustentar haver maior adequação na instituição de incentivos negativos, penalizando-se a omissão (por exemplo, impondo-se multa) quando se deixasse de levar ao conhecimento das autoridade competentes a ocorrência de crimes. Contudo, não parece ser essa a melhor conclusão. Primeiro porque, como mencionado, o Poder Público não é capaz de proteger os denunciantes; diante da cenário nacional, seria temerário obrigá-los a se submeter a perigos, sob ameaça de pena. Em segundo lugar, em razão da difícil implementação da medida penalizante; o *enforcement* seria, por si só, um obstáculo (basta lançar os olhos sobre a realidade brasileira, em consonância com o caso do achádego e o provérbio "achado não é roubado" – "Caso 1"). Decerto, é mais aconselhável a instituição de incentivos positivos, como a recompensa pecuniária, a fim de estimular os cidadãos a denunciarem crimes.

4.5 Do estímulo à falsa denunciação

Uma análise detida revelará a ausência de razões para se esperar grande aumento de denunciações falsas como consequência da instituição de um prêmio ao denunciante. A lógica é elementar.

20 Esclarece o catedrático da University of Chicago Law School: "*The model implies punishment of different crimes by the same, severe fine. This uniformity, however, eliminates marginal deterrence–the incentive to substitute less for more serious crimes. If robbery is punished as severely as murder, the robber might as well kill his victim to eliminate a witness. Thus, one cost of making punishment of a crime more severe is that it reduces the criminal's incentive to substitute that crime for a more serious one. To put this differently, reducing the penalty for a lesser crime mat reduce the incidence of a greater crime. If it were not for considerations of marginal deterrence, more serious crimes might not always be punishable by more severe penalties than less serious ones*" (POSNER, 1985, p. 1207).

A uma, o denunciante somente receberá o prêmio caso, da denunciação, resulte uma ação penal que, ao final, seja julgada procedente, decretando o confisco ou o perdimento de bens do condenado ou do produto do crime. Portanto, se a denúncia for falsa, o denunciante não receberá nenhum valor.

A duas, há tipificação penal incriminando a falsa denunciação de um delito, constituindo, a depender do caso, crime de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal) ou crime de comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340 do diploma repressivo), além do crime de calúnia (art. 138 do Código Penal). Ademais, aquele que fizer uma falsa denúncia, imputando a alguém a prática de crime apenas para prejudicá-lo, deverá responder civilmente pelo ato ilícito, indenizando o prejudicado. Nesse sentido está o art. 186, combinado com o art. 927, ambos do Código Civil.

A três, aquele desejoso de imputar falsamente um crime a terceiro, visando prejudicá-lo, certamente não terá a pretensão de se valer do instituto contemplado no PL n. 857/2012, mas da denúncia anônima, já existente no ordenamento jurídico, conquanto será esse o meio que lhe assegurará maior "blindagem" contra punições decorrentes de sua conduta ilícita.

A quatro, é certo que a autoridade policial, ao receber qualquer denúncia sem embasamento minimamente razoável, determinará a realização de investigações preliminares, sem instaurar, desde logo, inquérito policial. Em outros termos, somente se instaurará o procedimento investigativo se a denúncia tiver supedâneo em indícios mínimos. A determinação de providências preliminares já é adotada na prática forense, notadamente para os casos de denúncias apócrifas. Portanto, é de esperar o mesmo comportamento para as demais formas de denúncia sem qualquer lastro probatório preconstituído mínimo.

Todavia, mesmo quando indevidamente instaurado o inquérito policial, o investigado injustiçado possuiria diversos remédios jurídicos idôneos a ensejar o trancamento (dentre eles, o *habeas corpus*), sendo certo que o próprio órgão do Ministério Público poderia requerer, ao magistrado, o arquivamento.

Assim sendo, não há por que acreditar que, ao instituir a recompensa ao denunciante, acabaria aumentando o número de denúncias vazias, sem fundamento, apenas para prejudicar o denunciado. Há mecanismos para coibir tais atitudes ilícitas, além do que há meios mais seguros para o criminoso acusar injustamente terceiros, meios estes já existentes na sistemática atual, como a denúncia anônima (que, pelo caráter apócrifo, dificulta a punição do mal-intencionado delator).

Conclusão

O presente artigo se propôs a desenvolver uma cuidadosa análise do mecanismo de incentivo ao cumprimento de obrigações cívicas que se buscava instituir por meio do Projeto de Lei n. 857/2012, usando para tanto o instrumental oferecido pela teoria do Direito e Economia.

O PL, aprovado pela Câmara Legislativa do Distrito Federal brasileiro em 2013, estabelecia uma recompensa pecuniária aos cidadãos que possibilitarem, por meio de suas ações, a recuperação de recursos públicos desviados. Tendo recebido razoável repúdio por parte de importantes segmentos da sociedade local, o PL foi finalmente vetado pelo governador do Distrito Federal.

Iniciamos apresentando o histórico do PL, seguido de uma análise dos estímulos ao envolvimento da sociedade no controle social da corrupção com base na economia dos incentivos. A principal mensagem dessa análise é que, em razão dos custos naturais associados ao processo, na ausência de incentivos adicionais positivos ou negativos, a sociedade tende a delegar ao poder público a tarefa de controle de desvios de recursos.

Em seguida, modelamos cuidadosamente a decisão do cidadão de dedicar tempo ao esforço nacional de controle. Nesse modelo, notam-se dois efeitos antagônicos associados ao mecanismo que remunera o cidadão instrumental na recuperação de recursos desviados. Em primeiro lugar, a remuneração pode reduzir o sentimento cívico imaterial associado ao "cumprimento do dever" e, portanto, pode gerar um desestímulo à dedicação ao controle. Esse efeito, chamado aqui de "desincentivo moral", indica um aspecto negativo do PL, aspecto este amplamente enfatizado na mídia nacional. No entanto, o benefício pecuniário material fará que os cidadãos tenham maior interesse em dedicar tempo ao controle da corrupção. Esse efeito, chamado aqui de "incentivo pecuniário", ao contrário, indica um aspecto positivo do PL, curiosamente, menos enfatizado na mídia. A relação entre esses dois efeitos, no final das contas, determinará a propriedade ou não do mecanismo. Argumentamos, neste artigo, que, em sociedades heterogêneas, com elevado nível de desigualdade de renda como o Brasil e demais países latino-americanos em desenvolvimento, o efeito do incentivo pecuniário domina o efeito de desincentivo moral, de forma que o PL seria benéfico para esses países.

Adicionalmente, propomos uma alteração no PL de forma a facultar ao denunciante a opção de doar aos programas sociais do governo ou a instituições de caridade seu benefício devido, e provamos que essa alteração tem por consequência a compatibilização dos incentivos e a consequente eliminação do desincentivo moral, estimulando o envolvimento social no controle da corrupção.

Dessa forma, estar-se-á a atender uma recomendação sufragada, de longa data, pela academia, bem sintetizada por Cooter e Ulen (2007, p. 507): *"Besides deterring criminals, law can help good citizens move to an equilibrium where many people perform civic acts and little crime occurs. In economic jargon, the criminal law 'coordinates' good citizens so that society achieves a low-crime equilibrium"*.

Sob a óptica jurídica, demonstramos a inexistência de vício de constitucionalidade a impingir o projeto de lei e, mais amplamente, a perfeita sintonia entre o mecanismo de incentivos ali preconizado e o ordenamento jurídico pátrio. Aliás, já existem diversos instrumentos de indubitável constitucionalidade que premiam cidadãos, inclusive pecuniariamente, em razão do cumprimento de deveres cívicos.

Sobreleva notar que, ao contrário do quanto aventado pela mídia, não haveria razão para se antever um aumento de falsas denúncias. Isso porque, inexistindo o crime ou sendo falsa a autoria imputada, o denunciante não seria premiado, conquanto, por razões óbvias, a informação não viabilizaria a recuperação de nenhum valor ao erário. A reforçar a conclusão, quem fizesse uma denunciação inverídica praticaria crime de calúnia, denunciação caluniosa ou falsa comunicação de crime ou contravenção penal, motivo pelo qual provavelmente preferiria servir-se do instituto da denúncia anônima, já existente no Direito brasileiro.

Por fim, destacamos que a extremada subjetividade do conceito de *moral* não favorece um debate técnico-jurídico aprofundado, servindo a tese de violação ao princípio da moralidade mais como um argumento retórico desprovido de maior poder de convencimento (COURA; ESCOSSIA, 2015). Frise-se que a moral, como objeto de estudo da Filosofia e da Sociologia, não se confunde com a moralidade, entendida como núcleo de um princípio constitucional imbuído de força normativa. Desta feita, deve-se atribuir ao legislador, agente investido de legitimidade democrática, a tarefa de avaliar o que a sociedade entende por moralmente a aceitável ou condenável, reservando a sindicância judicial aos casos de desvios patentes.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAR-GILL, Oren; BEN-SHAHAR, Omri. The prisoners' (plea bargain) dilemma. *Journal of Legal Analysis*, v. 1, n. 2, p. 737-773, 2009.

BARDHAN, Pranab. Corruption and development: a review of issues. *Journal of Economic Literature*, v. 35, n. 3, p. 1320-1346, set. 1997.

BECKER, Gary S. A theory of the allocation of time. *The Economic Journal*, v. 75, p. 493-517, set. 1965.

_____. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169--217, 1968.

BESLEY, Tim; GHATAK, Maitreesh. Competition and incentives with motivated agents. *American Economic Review*, v. 95, n. 3, p. 616-636, 2005.

BORGES, Waleska. Lixo Zero já reduziu em 50% a sujeira nas ruas. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 nov. 2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/lixo-zero-ja-reduziu-em-50-sujeira-nas-ruas-10803443#ixzz344NsT7q4>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BREWER, Gene A.; SELDEN, Sally C. Whistle blowers in the federal civil service: new evidence of the public service ethic. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 8, n. 3, p. 413--440, 1998.

BRITTO, Paulo Augusto P. de. Uma introdução à teoria econômica da corrupção: definição, taxonomia e ensaios selecionados. *Economics and Politics Research Paper,* v. 41, out. 2014. Disponível em: <https://econpolrg.files.wordpress.com/2014/10/erpg-wp-2014-41.pdf.>. Acesso em: 2 jul. 2016.

BUGARIN, Maurício S.; VIEIRA, Laércio M. Benefit sharing: an incentive mechanism for social control of government expenditure. *Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 48, n. 4, p. 673--690, 2008.

BUGARIN, Tomás T. S.; MENEGUIN, Fernando B. Rational Decision making: parâmetro para o controle judicial das deliberações do Poder Executivo? *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 206, p. 7-31, 2015.

CÂMARA do DF aprova prêmio em dinheiro a quem denunciar corrupção. *Portal G1*, DF, 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/08/camara-do-df-aprova-premio-em-dinheiro-quem-denunciar-corrupcao.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

COMISSÃO da Câmara Legislativa aprova recompensa a policiais que aprenderem armas de fogo. *Portal R7 Notícias*, São Paulo, 7 maio 2013. Disponível em: <http://noticias.r7.com/distrito-federal/noticias/camara-legislativa-aprova-recompensa-a-policiais-que-aprenderem-armas-de-fogo-20130507.html>. Acesso em: 11 ago. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CONSIDERA, Claudio; CORREA, Paulo; GUANAIS, Frederico. Building a leniency and amnesty policy: The Brazilian experience. *Global Competition Review*, p. 44-46, jun.-jul. 2001.

COOTER, Robert; GAROUPA, Nuno. The virtuous circle of distrust: A mechanism to deter bribes and other cooperative crimes. *The Berkeley Law & Economics Working Papers*, v. 2000, n. 2, Article 13. California: UC Berkeley, 2001.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Boston: The Addison-Wesley series in economics, 2007.

COSTA, Camila. Lei aprovada no Distrito Federal recompensa quem denunciar corruptos, *Correio Braziliense*, Brasília, 6 ago. 2013. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2013/08/06/interna_cidadesdf,380868/projeto-de-lei-preve-recompensa-em-dinheiro-a-quem-denunciar-corruptos.shtml> ou em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/08/06/interna_politica,431872/lei-aprovada-no-distrito-federal-recompensa-quem-denunciar-corruptos.shtml>. Acesso em: 20 jun. 2017.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário, Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COURA, Alexandre de Castro; ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos. A falácia no direito das minorias: a faceta pragmatista a partir do perfil contramajoritário da Corte. *Revista de Informação legislativa*, v. 52, n. 207, jul.-set. 2015.

DISTRITO FEDERAL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei n. 857/2012. Concede prêmio à pessoa que comunicar às autoridades competentes a prática de crime contra a administração pública do Distrito Federal, de que resulte a efetiva recuperação de valores ao Erário. Autoria do deputado Israel Batista. Brasília, 4 abr. 2012. Disponível em: <http://profisrael.com.br/wp-content/uploads/2012/07/RDI-PL-00857-2012.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2014.

DWORKIN, Terry Morehead; NEAR, Janet P. A better statutory approach to whistle-blowing. *Business Ethics Quarterly*, v. 7, p. 1-16, 1997.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust, a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

FRASÃO, Gustavo. Governador do DF veta projeto de lei que preve recompensa a quem denunciar politicos corruptos. *Portal R7 Notícias*, São Paulo, 30 ago. 2013. Disponível em: <http://noticias.r7.com/distrito-federal/governador-do-df-veta-projeto-de-lei-que-preve-recompensa-a-quem-denunciar-politicos-corruptos-30082013>. Acesso em: 11 ago. 2014.

FREY, Bruno S. Tertium datur: pricing, regulating and intrinsic motivation. *Kyklos*, v. 45, n. 2, p. 161-184, 1992.

_____. From economic imperialism to social science inspiration. *Public Choice*, v. 77, p. 95-105, 1993a.

_____. Does monitoring increase work effort? The rivalry with trust and loyalty. *Economic Inquiry*, v. 31, p. 663-670, out. 1993b.

_____. *Inspiring economics:* human motivation in political economy. Cheltenham: Edward Elgar, 2001.

_____. Crowding effects on intrinsic motivation. *Renewal*, p. 91-98, set. 2012.

FREY, Bruno S.; STUTZER, Alois (Eds.). *Economics and psychology:* a promising new cross-disciplinary field. CESifo Seminar Series, Cambridge and London: MIT Press, 2007.

FOLHA DE S. PAULO. Delação mais premiada (Editorial). São Paulo, 9 ago. 2013. Opinião, A2. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/08/1323819-editorial-delacao-mais-premiada.shtml>. Acesso em: 9 set. 2013.

GONZÁLEZ, Eloísa Ruano. If a cop sees you litter, it'll cost you. *Orlando Sentinel*, 28 mar. 2011. Disponível em: <http://articles.orlandosentinel.com/2011-03-28/news/os-law-and-you-litter-20110328_1_litter-cigarette-butts-trash-cans>. Acesso em: 20 maio 2011.

HECKMAN, James. Introduction to a theory of the allocation of time by Gary Becker. *IZA DP*, n. 8424, ago. 2014. Disponível em: <http://ftp.iza.org/dp8424.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2016.

KREPS, David M. *Microeconomics foundations I*: choice and competitive markets. Princeton: Princeton University Press, 2013.

LOEWY, Arnold H. *Criminal law*. Minnesota: West Publishing Co., 2000.

MANSFIELD, Carol; VAN HOUTVEN, George L.; HUBER, Joel. Compensating for public harms: why public goods are preferred to money. *Land Economics*, v. 78, n. 3, p. 368-389, ago. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de. *De l'esprit des loix*. Paris, 1748.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. *International Journal of Industrial Organization*, v. 21, n. 3, p. 347-379, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

PAUL, Robert D. *International cartels in crosshairs*. New York: New York Law Journal, 2000.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. *Journal of Economic Literature*, v. 38, n. 1, p. 45-76, mar. 2000.

_____. The theory of public enforcement of law. In: POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. (Eds.). *Handbook of law and economics*. Amsterdam: Elsevier, 2007. v. 1, p. 403-454.

POSNER, Richard A. An economic theory of the criminal law. *Columbia Law Review*, v. 85, n. 6, 1985.

_____. Law, pragmatism and democracy. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005.

PRENDERGAST, Canice. The provision of incentives in firms. *Journal of Economic Literature*, v. 37, n. 1, p. 7-63, mar. 1999. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2564725>. Acesso em: 16 ago. 2014.

RODRIGUES, Iryá. No AC, turismo sexual infantil é pouco denunciado, aponta estudo do MTur. *Portal G1/AC*, 27 nov. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2015/11/no-ac-turismo-sexual-infantil-e-pouco-denunciado-aponta-estudo-do-mtur.html>. Acesso em: 2 jul. 2016.

ROMANIUK, Rustam. Intrinsic motivation in economics: a history. *Journal of Behavioral and Experimental Economics*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.socec.2016.10.002>. Acesso em: 11 out. 2016.

SARRES, Carolina. Lei do DF prevê prêmio para quem denunciar casos de corrupção. *Portal EBC*, Brasília, 6 ago. 2013. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/print/66131>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SCITOVSKY, Tibor. *The joyless economy:* an inquiry into human satisfaction and dissatisfaction. Oxford: Oxford University Press, 1976.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1970. v. 2.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Maurício Soares Bugarin

Professor Titular do Departamento de Economia da Universidade de Brasília.

bugarin.mauricio@gmail.com

Tomás Tenshin Sataka Bugarin

Advogado. Pesquisador do Economics and Politics Research Group (UnB/CNPq).

tomas.bugarin@gmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 09.01.2015
Aprovado: 06.02.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201717

Sobre a proteção contra a conduta desleal dos Estados no comércio internacional: as ambiguidades de sua disciplina jurídica e de seus fundamentos no direito da OMC

ON UNFAIR STATE ACTS IN INTERNATIONAL TRADE IN ACCORDANCE TO THE WTO LAW: THE AMBIVALENCE OF ITS DISCIPLINE AND ITS JUSTIFICATIONS

Daniel Damásio Borges[1]

Resumo

A competição pelo mercado internacional mobiliza não apenas empresas, mas igualmente Estados. Com efeito, políticas públicas são adotadas com vistas a aumentar a participação de empresas domésticas no mercado internacional. Por esses motivos, surge o seguinte questionamento: determinadas condutas estatais podem ser consideradas desleais pelas normas do sistema multilateral do comércio, ao desequilibrarem o jogo da concorrência internacional em favor das empresas nacionais? O direito da OMC responde afirmativamente a essa questão, ao autorizar os seus membros a reagirem ao *dumping* e aos subsídios por meio de instrumentos de defesa comercial. Tal autorização fundamenta-se na finalidade de assegurar uma certa isonomia entre os atores do comércio internacional. Isso, porém, não significa dizer que as medidas *antidumping* e contra os subsídios sejam sempre benéficas e isentas de custos econômicos. Convém, assim, aprofundar o debate sobre o uso desses instrumentos de defesa comercial.

Palavras-chave

Comércio internacional; concorrência desleal; direito da OMC; *dumping*; subsídios.

Abstract

The competition for world market shares involves not only companies, but also States. In fact, public policies are adopted in order to aid domestic enterprises to increase their share in the world market. For this reason, it is often questioned whether some State acts can be considered unfair acts, since they prevent a competition on a "level playing field". The WTO law responds this question affirmatively, because it allows its members to react against dumping and subsidies. This authorization aims to protect domestic companies from unfair competition. However, this authorization does not mean that antidumping and countervailing measures are always good trade policies and free from economic costs. Therefore, the use of these trade policies instruments should be submitted to additional debate.

Keywords

World trade; unfair trade practices; WTO law; dumping; subsidies.

1 Universidade Estadual Paulista (UNESP)
Franca – SP – Brasil

CC BY-NC

Introdução

Em discurso proferido na abertura da 67ª Assembleia Geral das Nações Unidas, a então presidente Dilma Rousseff procurou justificar as medidas de proteção à indústria nacional adotadas por seu governo. Segundo a presidente, não se deve confundir protecionismo com iniciativas legítimas de defesa comercial, autorizadas pelas normas da Organização Mundial do Comércio (OMC). Para a presidente, não apenas o protecionismo, mas também todas as formas de manipulação do comércio devem ser combatidos, já que atribuem mais competitividade de maneira espúria e fraudulenta.[1]

Essa distinção feita pela presidente inseriu-se no contexto de suas críticas às políticas monetárias dos países desenvolvidos, adotadas após a eclosão da crise econômica internacional de 2008. Para ela, tais políticas monetárias expansionistas causam uma desvalorização artificial das moedas desses países, o que acarreta a perda de participação dos países desenvolvidos no mercado internacional. Desse modo, pode-se concluir que, na visão da presidente, as medidas comerciais restritivas brasileiras são uma reação plenamente justificada a uma conduta desleal – praticada pelos concorrentes do Brasil no comércio internacional.

Em matéria de política comercial, outras declarações de chefes de Estado e de governo já foram feitas em sentido semelhante. Em uma conhecida mensagem lida no rádio, o presidente norte-americano Ronald Reagan (1981-1989) afirmou que a defesa do livre-comércio (*free trade*) deveria ser realizada em conjunto com a do comércio leal (*fair trade*).[2] Para Reagan, determinados Estados não agem no comércio internacional seguindo os parâmetros da concorrência leal, subsidiam suas indústrias e lhes conferem vantagens indevidas. Por esses motivos, prosseguiu Reagan, os Estados Unidos impõem medidas para que

• • •

1 Discurso da Presidente da República, Dilma Rousseff, na abertura da 67ª Assembleia Geral das Nações Unidas, em 25 de setembro de 2012. Disponível em: http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-na-abertura-da-67a-assembleia-geral-das-nacoes-unidas-nova-iorque-eua. Acesso em: 31 out. 2014.

2 Em seu discurso, Reagan relacionou o *fair trade* ao *fair play*, isto é, a um jogo em que a competição ocorre seguindo determinados parâmetros de lealdade entre os jogadores. Por esse motivo, a expressão comércio leal nos parece ser a mais adequada, nesse contexto, para traduzir a expressão em língua inglesa *fair trade*. Além disso, no direito norte-americano, a concorrência desleal é denominada *unfair competition*. Sobre a disciplina da concorrência desleal no direito norte-americano, ver: Norton (1999, p. 225-255). Conforme afirma Jacob Viner, a expressão *fair trade* já era utilizada no final do século XIX: "*This minority report was sympathetic with those who advocated the substitution for England's free-trade policy of a policy of 'fair trade'. By 'fair trade' they meant placing home and foreign producers at an equal level with regard to artificial conditions of production caused by such things as export bounties, dumping under protection of high tariffs in the domestic market, and indirect taxation, but not interfering with natural differences in conditions of production. They distinguished the fair trade from the protectionist policy inasmuch as it was the aim of the latter, but not of the former, to offset natural differences in conditions of production*" (VINER, 1991, p. 49-50).

os demais Estados ajam seguindo os preceitos da concorrência leal. Segundo o presidente norte-americano, deveria haver um nivelamento do campo em que sucede a concorrência internacional.[3]

Essas manifestações públicas sugerem uma diferenciação clara entre as medidas comerciais restritivas, puramente protecionistas, e as medidas também restritivas, mas que são uma resposta justificada a condutas comerciais desleais por parte de parceiros comerciais. Diante desse quadro, é pertinente a seguinte pergunta: as normas do sistema multilateral do comércio referendam esse tipo de distinção? Caso a resposta a essa primeira questão seja afirmativa, deve-se, também, indagar: quais são os fundamentos éticos e econômicos dessa diferenciação?

Em uma primeira aproximação a esse problema, convém lembrar que a proteção da lealdade na concorrência é um capítulo clássico do direito comercial comparado. Em diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, a exemplo do brasileiro,[4] sancionam-se condutas dos comerciantes que se utilizam de práticas fraudulentas para angariar a clientela de seus concorrentes. A Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial estabelece, em seu art. 10º *bis*, a obrigação aos Estados partes de instituírem uma proteção efetiva em benefício dos nacionais de tais Estados contra condutas desleais de seus concorrentes. O artigo traz uma definição de concorrência desleal como sendo qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. A disposição contém um rol exemplificativo de formas de concorrência desleal: a) todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; b) as falsas afirmações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; e c) as indicações ou afirmações, cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

De igual modo, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio da OMC contém diferentes disposições que obrigam os membros dessa organização internacional a combater práticas comerciais desleais perpetradas por agentes privados que buscam aumentar as suas vendas no mercado.[5]

• • •

3 *Radio Address on the Nation on Free and Fair Trade*. Discurso do Presidente Ronald Reagan de 2 de agosto de 1986 (Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=37698>. Acesso em: 4 nov. 2014). Foi durante a administração Reagan que o tema do *fair trade* tornou-se prioritário na agenda da política comercial norte-americana. Sobre o assunto, ver: Bhagwati (1997, p. 9-40).

4 Ver, por exemplo, Pirovano (1974, p. 467-504); Mermillod (1954) e Tinoco Soares (1989, p. 249-272).

5 Vejam-se, por exemplo, os artigos 22 e 38 do referido acordo.

Dessa forma, o direito comparado e o direito internacional consagraram a noção de que a liberdade de comércio não é ilimitada. Os agentes privados que disputam entre si a mesma clientela devem pautar as suas estratégias comerciais por certos princípios e não podem falsear as regras do jogo da livre concorrência.

A proteção da lealdade na concorrência tem, assim, encontrado guarida no direito privado de diferentes Estados, sendo inclusive disciplinada por convenções internacionais, como a mencionada Convenção de Paris. O foco dessa disciplina, conforme salientado, são as condutas dos agentes privados em seu esforço para atrair a clientela dos concorrentes e as sanções a serem impostas pelos Estados caso essas condutas fujam dos parâmetros da concorrência leal.

Os discursos dos chefes de Estado e de governo, acima mencionados, situam-se, contudo, em outro registro: a ênfase recai sobre as condutas dos Estados que falseiam a concorrência internacional, e não dos agentes privados. Nesse caso, o centro da análise não é o direito privado, mas o direito internacional público. Mais precisamente, as normas do direito da OMC que regem as condutas dos Estados na seara comercial.

Decerto, em razão da privatização de empresas estatais, os Estados atuam cada vez menos na condição de operadores diretos do comércio internacional – na qualidade de compradores ou de vendedores de bens e de serviços. As trocas econômicas são hoje realizadas, em grande medida, por operadores privados: indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado.[6] Portanto, são os agentes privados, ao menos na maioria dos casos, que disputam entre si diretamente o mercado.

Mas a concorrência internacional tem, também, uma outra dimensão, que se situa no plano das relações entre os Estados. À sombra da rivalidade comercial entre empresas privadas, há um conjunto de ações estatais que visam a favorecer as empresas nacionais nesse domínio. Existe, por exemplo, subjacente à disputa entre Bombardier e Embraer pelo mercado internacional de aeronaves regionais, um diferendo entre Canadá e Brasil sobre as ações de cada qual em benefício de suas empresas domésticas.[7]

É, aliás, natural que os Estados busquem apoiar as suas empresas na disputa por uma maior participação no mercado internacional. Empresas que alcançam significativas participações

6 Não se pode, contudo, negligenciar a importância das compras governamentais para o comércio internacional. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estima que o montante das compras governamentais em todos os níveis da administração, sem contar as despesas com material militar, cheguem a 7,1% do PIB mundial ou a 30% das exportações mundiais. Sobre o assunto, ver Crontiras e Ruiz (2003, p. 37).

7 Os exemplos desse fenômeno são inúmeros. Apenas para nos restringir ao mercado da aviação internacional, pode-se mencionar o diferendo entre Estados Unidos e União Europeia sobre os subsídios concedidos, respectivamente, à Boeing e à Airbus com o objetivo de reforçar a posição concorrencial dessas duas empresas em tal mercado. Sobre o litígio entre Brasil e Canadá, ver: Sullivan (2003, p. 245-300).

em tal mercado são importantes fontes de divisas para a economia nacional, de empregos e de receitas fiscais. É notável, assim, o enlace entre os interesses privados de empresas e o interesse público. Daí a implementação de políticas públicas que tenham por finalidade tal apoio.

Deveras, políticas públicas exercem uma influência importante sobre a competitividade das empresas nacionais. As ações dos Estados em matéria cambial, tributária, educacional e de infraestrutura em transportes e comunicações podem conferir a essas empresas uma vantagem decisiva na disputa pelo mercado internacional.[8] Por esses motivos, os poderes públicos adotam estratégias para que a participação das empresas nacionais no comércio internacional cresça cada vez mais.

Diante desse quadro, é perfeitamente pertinente a indagação sobre a natureza leal ou desleal das estratégias e ações dos Estados no comércio internacional. O objetivo desse artigo é justamente contribuir para esse debate, como base no direito vigente da OMC.

Em verdade, o direito da OMC não traz uma definição da lealdade da concorrência sob o ponto de vista das condutas dos Estados. Todavia, há normas da OMC que autorizam os membros dessa organização a reagirem, por instrumentos de defesa comercial, contra determinadas práticas comerciais. São justamente as normas da OMC sobre os subsídios e o *dumping* que disciplinam, de modo detalhado, essa temática. Por essa razão, ao analisar essas normas, pode-se averiguar se o direito da OMC acolheu a noção de lealdade no comércio internacional na perspectiva das condutas estatais e sob quais fundamentos.

Para levar ao cabo essa investigação, é preciso, em primeiro lugar, estudar as práticas comerciais que podem ser caracterizadas como subsídios e *dumping* e as medidas comerciais que os membros[9] da OMC podem empregar para lhes fazer face (Parte 1). A partir dessa

• • •

8 O empresariado brasileiro critica, de modo recorrente, as deficiências das políticas públicas brasileiras que prejudicam a competitividade dos bens e serviços por ele produzidos. É muito comum entidades do agronegócio afirmarem que esse setor econômico seria muito eficiente "para dentro da porteira das fazendas", ao passo que existiram muitos problemas "para fora da porteira", sobretudo a infraestrutura de transportes muito falha. Do mesmo modo, industriais afirmam que são competitivos "para dentro das fábricas", enquanto que deficiências "para fora das fábricas", a exemplo da infraestrutura, do sistema tributário e do câmbio, prejudicam ou chegam mesmo a anular esses ganhos de produtividade. Ainda que essas afirmações possam minimizar os problemas internos de eficiência de empresas industriais e do agronegócio, é indiscutível que políticas públicas exercem uma influência muito importante sobre tal competitividade. Para um exemplo dessas reclamações do empresariado nacional, ver: "Só tenho medo de crise se houver desemprego no país, diz Tramontina". *Jornal Folha de São Paulo*, 11 de outubro de 2014. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/10/1531016-so-tenho-medo-de-crise-se-houver-desemprego-no-pais-diz-tramontina.shtml. Acesso em: 5 nov. 2014.

9 Nos termos do artigo XII do Acordo de Marraqueche, qualquer Estado ou território aduaneiro distinto que possua plena autonomia na condução das suas relações comerciais externas e em relação a outras questões previstas nos Acordos da OMC pode ser membro dessa organização internacional.

análise, é possível identificar as razões que justificam, no direito da OMC, a repressão ao subsídio e ao *dumping* e a sua pertinência ao tema da lealdade das condutas dos Estados no comércio internacional (Parte 2).

1 As normas da OMC sobre subsídios e *dumping*: a disciplina dessas condutas comerciais e das respostas que os membros podem adotar para lhes fazer face

As normas da OMC estabelecem o que pode ser caracterizado como um subsídio (1.1) e o que pode ser considerado um *dumping* (1.2). A partir dessas definições, o direito da OMC autoriza os seus membros a reagirem a essas práticas comerciais, por meio de medidas de proteção comercial.

1.1 As normas da OMC sobre os subsídios: uma forma específica de ação estatal em favor das empresas domésticas

As normas da OMC sobre os subsídios podem ser reagrupadas em dois subconjuntos. De início, serão abordados os conceitos chaves previstos no Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias (Acordo SMC) que condicionam as obrigações que são nele estabelecidas (1.1.1). A partir desses conceitos, o Acordo SMC define os instrumentos jurídicos de que os membros da OMC dispõem para remediar as violações dessas obrigações (1.1.2).

1.1.1 A tipologia dos subsídios fundada em seus efeitos comerciais

O primeiro artigo do Acordo SMC traz a definição de subsídio. Nos termos do referido artigo, dois elementos distintos devem estar presentes para que "o subsídio" seja caracterizado: uma contribuição financeira do membro da OMC e a vantagem correspondente a essa contribuição.

Em relação à contribuição financeira do membro da OMC, o artigo traz exemplos do que podem ser enquadrados nessa noção, como a transferência direta de fundos públicos, a renúncia de receitas públicas e o fornecimento de bens e de serviços que não sejam destinados à infraestrutura geral. É notável essa última ressalva do artigo 1º do Acordo SMC: as ações do Poder Público que dizem respeito à criação ou às melhorias da infraestrutura geral não são uma contribuição financeira e não podem, portando, serem qualificadas como subsídios. Esse exemplo é tanto mais importante quanto é sobejamente conhecido que as obras públicas em transportes e telecomunicações destinadas ao público em geral melhoram consideravelmente a competitividade das empresas nacionais.[10] Desse modo, nem todas

10 Um estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento ilustra bem a importância da infraestrutura de transportes para a diminuição do custo da comercialização de bens e de serviços. Segundo esse estudo,

as ações do Poder Público que melhoram essa competitividade são subsídios, tal como o direito da OMC os define.

No tocante ao segundo elemento da definição de subsídio – a vantagem conferida pela contribuição financeira do membro da OMC –, o Órgão de Apelação do sistema de solução de controvérsias da OMC adotou o mercado como critério para a sua identificação. Para o Órgão de Apelação, o termo vantagem comporta uma forma de comparação: ela existe se o seu beneficiário se encontra em uma posição melhor que na ausência de contribuição financeira. Para averiguar tal posição, prosseguiu o Órgão de Apelação, deve-se verificar se a contribuição financeira foi concedida em condições melhores que aquelas disponíveis no mercado (ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC, 1999a, § 157).[11]

Com fulcro nessa definição prevista no artigo 1º, o Acordo SMC estabelece uma distinção entre subsídios proibidos e subsídios que podem ser objeto de uma ação.[12] Nos termos do artigo 3º do referido acordo, subsídios proibidos são aqueles condicionados à exportação ou ainda aqueles que são condicionados ao uso de bens nacionais em detrimento dos bens importados. Consoante esse artigo, os membros da OMC não poderão conceder ou manter esse tipo de subsídio. Daí a sua designação de subsídios proibidos.

A característica marcante do subsídio proibido é o seu grande efeito sobre o comércio internacional. No caso dos subsídios subordinados às exportações, eles conduzem o beneficiário a preferir a exportação às vendas no mercado interno. Na hipótese dos subsídios condicionados ao uso de bens nacionais, eles levam os beneficiários a escolherem estes bens em prejuízo dos bens importados. Por essas razões, tais subsídios têm um impacto

• • •

uma melhora significativa da infraestrutura de transportes na América Latina teria uma repercussão maior em termos de aumento de exportações que acordos de liberalização comercial. Ver Blyde, Moreira e Volpe (2008).

11 No mesmo sentido, o Órgão de Apelação afirmou em um outro litígio: "*A market benchmark can tell us whether a benefit exists and usually its size. However, in the absence of a market benchmark, it will not be possible to establish if a subsidy exists at all. That a financial contribution confers an advantage on its recipient cannot be determined in absolute terms, but requires a comparison with a benchmark, which, in the case of subsidies, derives from the market. This is so, in our view, regardless of whether the advantage needs to be precisely quantified or not*" (ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC, 2013, §5.164).

12 A Parte IV do Acordo SMC é dedicada a um terceiro tipo de subsídio: subsídios que não dão lugar a uma ação. Tal seção desse acordo estabelece que os subsídios às atividades de pesquisa, às regiões desfavorecidas e à adaptação de estabelecimentos às prescrições ambientais não podem fazer parte de uma ação, desde que essas subvenções respeitem as condições enunciadas no Acordo SMC. No entanto, nos termos do artigo 31 do Acordo SMC, essas disposições serão aplicadas apenas durante o período de cinco anos, contados da data em vigor dos acordos da OMC, sob reserva de prorrogação. Visto que tal prorrogação não foi feita, a Parte VI do Acordo SMC tornou-se caduca. Por esse motivo, não abordaremos esse terceiro tipo de subsídio neste artigo.

substancial sobre outros membros da OMC que produzem bens concorrentes aos produtos subsidiados.

Quanto aos subsídios que podem dar lugar a uma ação, eles estão submetidos a uma disciplina distinta. A primeira característica desse tipo de subsídio é a da especificidade, isto é, a de ser próprio a uma empresa ou a um ramo de atividade ou grupo de empresas. Por esse motivo, subsídios que beneficiam o conjunto da economia nacional não fazem parte dessa categoria.

A especificidade, enunciada no artigo 2º do Acordo SMC, não é suficiente para configurar um subsídio que pode dar lugar a uma ação. A parte III do Acordo SMC descreve, em detalhes, todos os elementos que o compõem. Em especial, o artigo 5º preceitua a obrigação aos membros da OMC de não causarem efeitos desfavoráveis sobre os interesses comerciais de outros membros ao recorrerem aos subsídios.

Nessa categoria de subsídio, ao contrário do que sucede com os subsídios proibidos, não é necessário que a outorga da contribuição financeira do membro da OMC seja condicionada à exportação ou à compra de bens nacionais. A questão do comércio exterior, nesse caso, refere-se a uma outra dimensão: os efeitos do subsídio sobre as exportações e importações dos demais membros da OMC. É por esse motivo que, nos contenciosos comerciais sobre esses subsídios, as análises econômicas relacionadas às repercussões comerciais do subsídio ocupam um lugar de primeiro plano. No litígio sobre os subsídios norte-americanos ao algodão, por exemplo, diversos estudos econômicos foram mencionados para demonstrar que esses subsídios impediam uma alta dos preços do algodão no mercado internacional, haja vista a grande participação norte-americana na produção mundial desse bem agrícola. Tal efeito econômico prejudicava as exportações brasileiras, visto que ele diminuía os preços do algodão exportado pelo Brasil (ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC, 2005, § 408).[13]

Convém, aqui, enfatizar: segundo o regime jurídico dos subsídios que podem dar lugar a uma ação, a concessão de subsídios, em si, não é proibida. O objeto da proibição é outro: o ato de causar efeitos desfavoráveis sobre os outros membros da OMC por meio da concessão de subsídios. Nos termos do artigo 7º, § 8º do Acordo SMC, quando um relatório do Painel ou do Órgão de Apelação adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC) determinar a existência desse tipo de subsídio, o membro da OMC deve retirar o subsídio ou adotar as medidas apropriadas para eliminar os seus efeitos desfavoráveis. Por conseguinte, como bem observa Hubert Lesaffre (2007), a ilicitude do subsídio confunde-se com o seu efeito, visto que esse último constitui um dos elementos que configuram a própria violação da obrigação.

• • •

13 Ver também as análises muito detalhadas do Painel sobre essa mesma questão (PAINEL DA OMC, 2004, § 7.1156-7.1416).

Alicerçado na distinção entre os subsídios acima referidos, o Acordo SMC define os dois instrumentos jurídicos de que dispõem os membros da OMC lesados por essa prática comercial para lhe fazer face.

1.1.2 Os remédios jurídicos contra os subsídios

O primeiro consiste em ingressar com uma reclamação no mecanismo de solução de controvérsias da OMC contra o membro que pratica subsídios. A esse respeito, há um rigor muito maior em relação aos subsídios proibidos em relação aos subsídios que podem dar lugar a uma ação, a exemplo de prazos mais estreitos para a solução da controvérsia. Esse maior rigor explica-se facilmente: o comércio internacional é parte integrante do próprio *modus operandi* dos subsídios proibidos, o que aumenta consideravelmente as possibilidades de danos à produção e à exportação de outros membros da OMC.

Quanto ao segundo meio de defesa dos membros da OMC contra os subsídios, o Acordo SMC autoriza-os a impor medidas compensatórias sobre os bens subsidiados. O exercício desse direito é, todavia, submetido a diversas condições. Antes de impor tais medidas, o membro importador deve proceder a uma investigação na qual fiquem demonstrados o subsídio ao bem importado, o dano à produção nacional e o nexo de causalidade entre ambos.

A medida compensatória que pode ser imposta ao bem subsidiado consiste em um direito especial que incide sobre ele e que não pode ultrapassar o *quantum* do subsídio. Tal medida, ainda segundo o Acordo SMC, apenas permanecerá em vigor pelo tempo e na medida necessários para neutralizar o subsídio. A aplicação do direito compensatório tem, assim, uma finalidade clara: tornar sem efeito a vantagem comercial de que o bem importado usufrui por conta do subsídio.

Esses direitos dos membros da OMC lesados pelos subsídios têm uma contrapartida substancial: eles não podem fazer uso de nenhuma outra medida para reagir a essa conduta comercial.[14] O litígio sobre a Emenda Byrd serve de ilustração sobre a importância dessa contrapartida. Na espécie, tratava-se de julgar a conformidade com o direito da OMC da disposição da lei interna norte-americana – de autoria do senador democrata Robert Byrd – que atribuía aos produtores nacionais norte-americanos afetados por subsídios o direito de receberem a quantia arrecadada pela cobrança das medidas compensatórias. Essa disposição da lei norte-americana foi condenada pelo OSC, justamente por não constituir uma das formas admitidas pelo direito da OMC de reação aos subsídios (ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC, 2005, § 408).

Portanto, o objeto das regras da OMC não é apenas de restringir o recurso aos subsídios

14 Veja-se, especialmente, o art. 32 do Acordo SMC.

no comércio internacional, mas também o de limitar as medidas tomadas a título de reação a eles. A mesma ordem de considerações permeia as regras da OMC sobre o *dumping*, conforme se verá a seguir.

1.2 As normas da OMC sobre o *dumping*: a exportação de bens abaixo de seu preço normal

Contrariamente ao que sucede com o subsídio, o *dumping* não é definido pelas normas da OMC como uma conduta estatal. Trata-se, na verdade, da conduta de empresas no comércio internacional – as quais são, em geral, pessoas jurídicas de direito privado.[15] Nos termos do artigo VI, § 1 do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994 (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT 1994*), o *dumping* é definido como a introdução de bens provenientes de um membro da OMC no mercado de um outro a preço inferior ao seu valor normal (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994).

Como se percebe, o centro de gravidade do regime jurídico do *dumping* é a noção de valor normal – o parâmetro a partir do qual se verifica se o bem está sendo vendido a um preço que caracteriza essa conduta comercial desleal.

Diferentes métodos são admitidos pelo direito da OMC para aferir o valor normal de um bem. O primeiro deles é o preço praticado no curso de operações comerciais normais de um bem similar, destinado ao consumo interno no membro exportador. Para efeitos desse cálculo, as normas da OMC autorizam a exclusão, sob certas condições, das vendas no mercado interno do membro exportador que sejam inferiores ao custo de produção do bem comercializado. Nesses termos, essas transações comerciais podem não ser consideradas operações comerciais normais.

Quando as vendas do bem similar no mercado interno do membro exportador não existirem, ou ainda quando não for possível estabelecer uma comparação válida dessas vendas com os preços de exportação, seja em razão das particularidades do mercado interno do membro exportador, seja em virtude do diminuto volume dessas vendas nesse mercado, as normas da OMC permitem que outros critérios sejam utilizados para o cálculo do valor normal de referido bem. Tais critérios são as vendas do bem similar a um terceiro membro da OMC e o chamado valor normal construído. No primeiro caso, trata-se dos preços de exportação praticados no mercado de um terceiro membro da OMC, sob a condição de que esses preços sejam representativos e praticados no curso de operações comerciais normais. Na segunda hipótese, o membro da OMC que efetua a investigação sobre a existência do *dumping* realiza o cálculo do custo de produção –

15 Conforme sublinhou o Órgão de Apelação, o *dumping* consiste em uma prática de preços de empresas exportadoras (ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC, 2008, § 95).

majorado, inclusive, de um montante razoável correspondente ao lucro – do bem objeto da investigação.[16]

É a partir desse cálculo do valor normal do bem – que será definido seguindo esses diferentes critérios – que se pode identificar o *dumping* no comércio internacional. A constatação de sua existência não é, todavia, suficiente para que o membro da OMC importador seja autorizado a tomar medidas contra essa conduta comercial. O membro importador deve, ainda, constatar, por meio de uma investigação objetiva e imparcial, a ocorrência de danos à indústria nacional e o nexo de causalidade entre esses danos e o *dumping*.

Uma vez feitas essas constatações, o membro da OMC importador tem o direito de impor os direitos *antidumping* sobre os bens importados em causa. A imposição de tais medidas, ressalta-se, é um direito conferido pelo direito da OMC aos seus membros, e não uma obrigação.

As normas da OMC determinam, em pormenores, o conteúdo dessas medidas, o momento em que elas podem ser impostas e a sua duração. O artigo VI, § 2 do Acordo Geral de 1994 preceitua: "com o fim de neutralizar ou impedir 'dumping' a Parte Contratante poderá cobrar sobre o produto, objeto de um 'dumping' um direito 'anti-dumping' que não exceda a margem de 'dumping' relativa a esse produto" (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994, tradução nossa). A margem de *dumping*, por sua vez, é justamente o *quantum* da diferença entre o preço em que o bem é introduzido no mercado do membro da OMC importador e o seu valor normal.

Os direitos *antidumping* constituem uma barreira comercial, porquanto elas significam um direito adicional imposto sobre o bem importado. As normas da OMC autorizam explicitamente essa imposição e mesmo a consolidação das tarifas aduaneiras não impede que ela seja levada a efeito. É o que dispõe, a propósito, o artigo II, § 2, a), do GATT de 1994 (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994).

As normas da OMC permitem que os seus membros imponham direitos *antidumping* provisórios, quando se constatam, a título preliminar, a presença do *dumping* e dos danos dele decorrentes à indústria nacional e se verifica a necessidade de evitar danos à indústria nacional durante o curso das investigações. Os direitos *antidumping* definitivos, por seu turno, somente devem ser impostos ao final de tais investigações.

Quanto à duração desses direitos, o artigo 11 do Acordo *antidumping* estabelece que eles deverão permanecer em vigor somente no tempo e na medida necessários para neutralizar o *dumping* que causa o dano aos produtores nacionais.

À luz das observações precedentes, conclui-se que as medidas *antidumping* autorizadas pelo direito da OMC têm por finalidade fazer desaparecer o efeito concorrencial da

16 O Acordo *antidumping* – o qual faz parte dos Acordos da OMC – contém normas muito detalhadas sobre a metodologia a ser adotada nesse cálculo. Ver, por exemplo, o art. 2º do Acordo *antidumping*.

prática do *dumping*. Os direitos *antidumping* provisórios e definitivos têm um efeito direto sobre os preços dos bens importados, o que impede que eles sejam comercializados a um preço inferior ao seu valor normal. Desse modo, a indústria nacional é favorecida, pois os direitos *antidumping* melhoram a sua posição concorrencial em relação aos bens importados.

De modo análogo à disciplina sobre os subsídios, o direito conferido aos membros da OMC de reagirem ao *dumping* tem um importante contrapeso: eles apenas podem fazê-lo nos termos e condições previstos pelo direito da OMC.

O Órgão de Apelação ressaltou, em diferentes oportunidades, que as únicas medidas *antidumping* admitidas pelo direito da OMC são aquelas que estão nele previstas. Por esse motivo, a lei *antidumping* norte-americana de 1916, a qual estabelecia sanções penais e civis contra o *dumping,* foi considerada uma violação ao sistema multilateral de comércio (ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC, 2000, § 131-132). Foi com base nesse mesmo fundamento que a emenda Byrd – disposição da legislação norte-americana a qual previa a outorga dos recursos arrecadados pelos direitos *antidumping* aos produtores domésticos afetados por essa prática comercial – foi condenada pelo OSC (ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC, 2000, § 124).

A finalidade das normas da OMC em matéria de subsídios e *dumping* não é, portanto, apenas a de restringir essas práticas comerciais, mas também a de limitar as reações a essas práticas por parte dos membros por elas lesados (ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC, 2000, § 252). Há a clara preocupação em se evitar a multiplicação de medidas comerciais restritivas que utilizem o *dumping* e os subsídios como simples pretexto para a sua imposição.

De todo modo, resta claro que, segundo o direito da OMC, os membros dessa organização internacional têm o direito de reagir à prática dos subsídios e *dumping*. As medidas compensatórias e os direitos *antidumping* são permitidas e não constituem uma medida protecionista vedada pelo sistema multilateral de comércio. Assim, ao passo que diferentes restrições comerciais são proibidas pelas normas da OMC,[17] as medidas de defesa comercial contra os subsídios e o *dumping* são autorizadas. Essa observação nos conduz a refletir sobre o porquê desse tratamento diferenciado a tais medidas.

2 A LEALDADE DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL E A DISCIPLINA DO *DUMPING* E DOS SUBSÍDIOS

Em seu aludido discurso sobre o comércio leal, o presidente Reagan propugnou pelo nivelamento do campo em que se desenrola o jogo da concorrência no comércio internacional

17 Veja-se, por exemplo, a proibição da imposição de tarifas aduaneiras acima do valor das tarifas consolidadas (artigo II do GATT 1994) ou ainda a vedação de barreiras quantitativas ao comércio internacional (artigo XI do GATT 1994) (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994).

– a instituição de um *level playing field*. Nessa concepção, os operadores do comércio internacional, que fazem concorrência entre si, deveriam desfrutar de condições equânimes para a produção e comercialização de seus bens e serviços.

É essa ideia de nivelamento da arena em que ocorre a disputa pelo comércio internacional que fundamenta as medidas de defesa comercial contra os subsídios e o *dumping*. Tal fundamentação sempre suscitou muitas resistências dos economistas da corte liberal, por impedir que os consumidores de bens importados usufruam dos benefícios do livre comércio (2.1). De todo modo, os subsídios e o *dumping* não esgotam o tema sobre a desigualdade das condições de concorrência no comércio internacional, o que levanta maiores indagações sobre a conveniência e a oportunidade da adoção de medidas comerciais contra o *dumping* e os subsídios (2.2).

2.1 As medidas comerciais contra os subsídios e o *dumping* e o nivelamento do campo da concorrência internacional

Segundo a sua própria definição trazida pelo Acordo SMC, o subsídio implica a concessão, pelo membro da OMC, de uma vantagem a uma empresa. E essa vantagem comercial pode ser decisiva na disputa pelo mercado internacional. Com efeito, por força do subsídio concedido pelo membro da OMC, a empresa beneficiada passa a ter uma posição particularmente privilegiada para obter ganhos de participação no mercado internacional.

Desse modo, a empresa estrangeira subsidiada aumenta as suas vendas às custas de empresas nacionais, não em razão de sua organização eficiente, da engenhosidade de seus proprietários ou de seus funcionários ou ainda da melhor qualidade de seus produtos. Em vez disso, tal acréscimo dá-se pelos subsídios que ela recebe de seu Estado.

As empresas nacionais do Estado importador apontam, assim, um grande desequilíbrio criado pelos subsídios: ao passo que elas contam apenas com as suas próprias forças para desenvolver as suas atividades, a empresa estrangeira é apoiada por contribuições financeiras outorgadas pelo seu Estado. Haveria, portanto, uma ausência de tratamento isonômico entre os atores do comércio internacional. Em síntese, a luta pela clientela seria, nesse caso, uma disputa muito desigual. Mais do que isso, as contribuições financeiras dos Estados concedidas às empresas poderiam se tornar o fator determinante da competitividade internacional, e não mais a eficiência da organização produtiva. Nessa perspectiva, seria líder no mercado internacional não a empresa mais eficiente, mas a que recebesse maiores subsídios.

Assim, há subjacente à disciplina dos subsídios no comércio internacional a finalidade de se assegurarem condições isonômicas de competição no mercado internacional. É muito significativa, a esse propósito, a autorização dada pelos Acordos da OMC à imposição de medidas compensatórias aos bens subsidiados. Tais medidas, como nós vimos, anulam os efeitos comerciais da concessão do subsídio, pois tornam os bens importados mais caros na exata razão do subsídio concedido. Dessa maneira, o equilíbrio das condições de concorrência é restabelecido.

Essa mesma ordem de considerações pauta a disciplina do *dumping* no mercado internacional. Conforme salientado, o *dumping* consiste em uma prática de preços perpetrada por empresas no comércio internacional, as quais são, na maioria dos casos, pessoas jurídicas de direito privado. Em um primeiro momento, seria surpreendente enquadrar o *dumping* na disciplina das condutas desleais dos Estados no comércio internacional. Para que esse aspecto do *dumping* se torne mais claro, cabe fazer uma breve referência histórica sobre a legislação *antidumping* no direito comparado e internacional.

Na primeira metade do século XX, o *dumping* era, sobretudo, definido como uma prática de diferenciação de preços no mercado internacional: a exportação de um bem a um preço inferior ao praticado no mercado nacional do país exportador.[18] Diferentes explicações são apresentadas para justificar essa prática de discriminação de preços, *inter alia*: estratégia para adquirir novos mercados e a necessidade de comercializar o excedente de produção em um contexto de recessão econômica[19] e em setores em que existem ganhos de economia de escala.[20]

Todavia, para que essa conduta comercial possa ser posta em prática de modo durável e sistemático, a empresa em questão deve estar protegida da concorrência internacional no mercado nacional do Estado exportador. São, assim, as barreiras comerciais do Estado exportador, que protegem o seu mercado nacional, a causa do *dumping*: elas possibilitam que as empresas domésticas vendam no mercado nacional a um preço maior do que aquele

• • •

18 Veja-se, por exemplo, a definição de *dumping* dada por Jacob Viner em um conhecido relatório apresentado à Liga das Nações: "*L'expression dumping, au sens que lui donnent les écrivains soucieux de précision, signifie la vente à l'exportation, à des prix plus bas que ceux qui sont faits, à la même époque et dans les mêmes circonstances, aux acheteurs sur le marché intérieur*" (VINER, 1926, p. 2).

19 Essa motivação da prática do *dumping* está associada à própria origem desse termo da língua inglesa : "*Le terme 'dumping' vient du verbe to dump qui signifie 'déblayer', 'jeter bas' et dont le sens argotique 'verser sur le carreau d'une mine le contenu du wagonnet' a donné par extension 'se débarrasser d'un stock de marchandises à tout prix*' " (BOUDANT, 1991, p. 15). Jacob Viner assim discorre sobre a origem da palavra *dumping*: "*It has long been customary to speak of one market as the 'dumping-ground' for the 'surplus' products of another market when the producers of the latter for any reason sold their commodities in the former at unusually low prices. From this usage it was a natural outcome to speak of selling in a distant market at cut prices as 'dumping', but the word used in this sense appears not to have entered into the literature of economics until the first years of the twentieth century*" (VINER, 1991, p. 1).

20 Já na primeira metade do século XX, a prática do *dumping* já era identificada em setores econômicos em que há grandes economias de escala e que demandam um grande investimento no capital fixo, a exemplo do setor siderúrgico. Joel Boudant menciona o exemplo da indústria siderúrgica alemã que vendia o seu aço à Inglaterra a um preço duas vezes menor que os preços praticados no mercado alemão. Atualmente, é corrente a imposição de direitos *antidumping* aos produtos da siderurgia. Sobre o assunto, ver Boudant (1991, p. 16).

praticado em outros mercados. Sem essa proteção do Estado exportador, é muito difícil que as empresas adotem essa estratégia comercial.[21] E é justamente essa proteção que propicia a essas empresas lucros monopolistas em suas vendas nos mercados domésticos, adquirindo, assim, a musculatura financeira necessária para conquistar mercados estrangeiros com preços módicos.

É sintomático que, no início do século XX, a prática de *dumping* fosse atribuída com frequência às empresas norte-americanas e alemães – dois Estados muito protecionistas àquela época. A propósito, a primeira lei nacional *antidumping* foi a canadense de 1904, a qual foi editada principalmente em resposta ao *dumping* da indústria norte-americana do aço.[22] Nos dias atuais, a prática de *dumping* é com frequência atribuída às empresas que operam em Estados que adotam ou adotaram políticas protecionistas.[23]

Por conseguinte, se uma empresa pode vender, de modo sistemático, bens no estrangeiro a um preço inferior ao praticado no mercado nacional, isso não se dá, muito provavelmente, em razão de sua maior produtividade. Essa diferenciação de preços resulta, em vez disso, de uma vantagem comercial propiciada por um Estado às suas empresas: a proteção do mercado nacional contra bens estrangeiros. Os concorrentes de outros Estados dessas empresas, por sua vez, não dispõem do mesmo benefício. Daí a associação entre o *dumping* e a desigualdade das condições de concorrência causadas por políticas públicas.

Sob essa óptica, o fundamento do combate ao *dumping* é muito similar ao dos subsídios, muito embora o *dumping* não vise diretamente uma ação estatal. No caso dos subsídios, a ação estatal que desequilibra o jogo da concorrência internacional é a contribuição financeira dada pelo Estado às empresas domésticas. Na hipótese do *dumping*, o foco é colocado

• • •

21 Sobre o assunto, ver notadamente a obra clássica de Jacob Viner (1926, p. 110-131) sobre o *dumping*.

22 Após essa adoção da lei canadense, outros Estados passaram a dispor de legislação *antidumping*, como os Estados Unidos, a Inglaterra, a França e o Japão. Por conseguinte, as legislações nacionais sobre esse tema são bem anteriores ao Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947 (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT 1947*). Para um estudo comparativo sobre as legislações nacionais *antidumping* do começo do século XX, ver especialmente Trendelenburg (1926). Sobre o assunto, ver também Mény (1909, p. 72-73).

23 "*In other words, dumped exports are the result of mercantilist politics of the exporting country. This is well illustrated when looking at the main 'targets' of the Community's anti-dumping action. In the 80s, many cases were initiated against imports from Japan. In the 90s, the focus shifted to imports from Korea and subsequently to India, while today the majority of cases is directed against imports from China. Each of these countries was either in the past and/or is still today pursuing an economic policy which tried to improve the competitiveness of its economic operators (often with a global strategy) inter alia by restricting import competition. Thus, dumping could be even considered as an integral part of these mercantilist strategies*" (KHAN; SCHARF; MÜLLER, 2009, p. 7).

sobre a proteção pelo Estado de seu mercado doméstico, a qual causa o mesmo desequilíbrio. De modo muito similar às medidas compensatórias que combatem os subsídios, os direitos *antidumping* apenas tornam sem efeito esse desequilíbrio, pois o seu montante não pode ser superior à margem de *dumping*.

As ações contra os subsídios e o *dumping* fundamentam-se, portanto, na manutenção da lealdade da concorrência internacional, aqui entendida como uma certa igualdade de condições de concorrência entre as empresas que disputam entre si o mesmo mercado.

Um outro motivo é, por vezes, colocado para respaldar o combate aos subsídios e ao *dumping*: o temor de que essas condutas comerciais signifiquem, no longo prazo, a formação de monopólios ou oligopólios internacionais. Nessa linha de argumentação, os bens importados subsidiados ou que forem vendidos a preços de *dumping* causariam o desaparecimento da concorrência e abririam o caminho para que as empresas estrangeiras adquirissem, no futuro, uma posição de monopólio ou de oligopólio no mercado internacional. Uma vez conquistada tal posição, essas empresas estrangeiras estariam livres para impor preços excessivos em suas vendas. Os benefícios de curto prazo decorrentes dessas condutas – a importação de bens mais baratos – seriam ilusórios, pois tais preços teriam um aumento muito substancial no futuro.

Sucede, contudo, que essa ameaça à própria existência da concorrência no mercado internacional supõe que seja possível, do ponto de vista econômico, obter essa posição de monopólio ou oligopólio em um horizonte de tempo maior. Ora, tal possibilidade é muito difícil de ser constatada no mercado internacional, haja vista a grande competição entre um número significativo de empresas de diferentes Estados em tal mercado. De todo modo, quando as medidas contra o *dumping* e subsídios são acionadas, essas considerações sobre a estrutura do mercado internacional não são ponderadas, o que indica que o combate aos monopólios ou oligopólios internacionais não constitui a finalidade dessas ações.[24]

Portanto, as ações de defesa comercial contra o *dumping* e os subsídios têm por fundamento o tratamento isonômico a ser reservado a empresas nacionais e estrangeiras, de sorte a impedir que condutas estatais quebrem esse tratamento e sejam determinantes na batalha pela clientela no âmbito internacional.

Essa fundamentação não é isenta de críticas. Os economistas partidários do livre comércio têm, de longa data, dirigido acerbas críticas às medidas contra o *dumping* e os subsídios.[25] Na linha de seu pensamento, a questão primordial são os benefícios trazidos aos

• • •

24 Os oligopólios no mercado internacional são circunscritos a determinados setores da atividade econômica, a exemplo da indústria aeronáutica. Sobre o assunto, ver: Bliss (1997, p. 313-328); Gifford e Matsuhita (1997, p. 369-331); Hindley (1997, p. 333-348).

25 Essas críticas à legislação *antidumping* datam de sua implementação no início do século XX: "*Many free traders, especially in England during the sugar-bounty controversy and the general tariff controversies of more*

consumidores finais e à indústria que necessita de bens intermediários, em razão da importação de bens a preços menores. Sob esse ponto de vista, pouco importam as causas econômicas do menor preço dos bens importados.

É ilustrativa a fábula irônica criada por Frédéric Bastiat (2005, p. 89-93), em um conhecido discurso à câmara de deputados francesa no século XIX, sobre uma petição dos fabricantes de velas contra a concorrência desleal do sol. A isso se acresce a anedota dos economistas liberais sobre a melhor resposta a ser dada pelo Estado importador aos subsídios concedidos pelo Estado exportador: uma nota de agradecimento à embaixada desse último Estado.[26] Nesse diapasão, as contribuições financeiras dos Estados exportadores aos seus bens constituem um subsídio ao consumo do Estado importador.

Em suma, para os economistas de corte liberal, as vantagens materiais advindas da importação de bens independem dos motivos pelos quais os preços desses bens são menos elevados.

A única hipótese em que os economistas partidários do livre comércio admitem o combate aos subsídios e ao *dumping* é aquela em que eles representam uma ameaça à própria

• • •

recent years, have taken the position that restrictions on the free importation of dumped commodities are as undesirable as import restrictions of the ordinary protectionist kind" (VINER, 1991, p. 144). Economistas partidários do livre comércio fazem críticas do mesmo jaez nos dias de hoje: "*As an economic point of view, prohibiting price discrimination seldom makes a great deal of sense unless the price discrimination is predatory pricing in disguise. Forcing producers to sell for one price, either domestically or internationally, may lead to profit-maximizing firm to avoid servicing some markets entirely, and such a response may entail a net welfare loss. Further, alleged dumping, if it does not lead do predatory behaviour, provides consumers with inexpensive goods, and this result is typically welfare enhancing*" (LEVINSOHN, 1997, p. 344). No mesmo sentido, César Mattos afirma: "Não obstante, preços diferentes entre vários mercados não implicam, obrigatoriamente, infração à concorrência. Em análises de defesa da concorrência, é sabido que estratégias de discriminação de preços entre mercados diferentes podem estar elevando e não reduzindo o bem-estar do conjunto dos consumidores nos vários mercados afetados. Isso implica ainda que a intervenção da autoridade, no sentido de evitar a discriminação de preços entre mercados quaisquer, seja dentro de um mesmo país ou não, pode resultar em redução e não aumento de bem-estar" (MATTOS, 1999, p. 274).

26 "*Of particular relevance to the WTO/GATT legal system is the perspective of importing nations regarding subsidized imports. In general, nations benefit from a reduction in the prices of goods that they import. It is straightforward to demonstrate in the standard case of a competitive industry that the economic losses to import- competing domestic firms are outweighed by the gains to domestic consumers from the opportunity to purchase goods or services more cheaply. The intuition for this result draws on the fact that domestic firms hurt by lower prices can economize on their losses by shifting productive resources to activities with higher returns, while domestic consumers gain from not only the price reduction on all units purchased at the previously higher prices, but reap additional gains from the opportunity to purchase more units at a lower price. The net gain to an importing country from lower priced imports does not depend in any way on the reason why price declines – a price decline due to foreign subsidies has the same economic consequences in the standard case as an equivalent price decline due to other factors. This observation lies behind a well-known economist's quip to the effect that the proper response of an importing nation to subsidies that lower the price of imports is to 'send a thank-you note to the embassy'*" (SYKES, 2005, p. 92, notas de rodapé omitidas).

concorrência internacional. Contudo, conforme foi dito alhures, é relativamente raro que ela ocorra na prática, tendo em vista os obstáculos econômicos à formação de monopólios e oligopólios no plano internacional.

Essas críticas dos economistas liberais são especialmente dirigidas às medidas *antidumping*. As normas da OMC sobre o *dumping* são flexíveis a ponto de permitirem que os membros da OMC calculem o valor normal dos bens importados com suporte em outros parâmetros que não sejam as vendas internas do membro exportador. Ora, a diferença entre os preços cobrados no mercado interno e no mercado externo é o critério por excelência que põe em evidência o protecionismo do membro exportador que beneficia as suas empresas. Na medida em que esse critério não é adotado, o direito *antidumping* deixa de ser justificado por essas práticas protecionistas.

Nos EUA, as críticas às medidas *antidumping* impostas pelo governo norte-americano são muito frequentes por parte dos economistas liberais.[27] Em um influente e detalhado estudo sobre a política comercial norte-americana entre 1995 e 1998, Lindsey Brink (2014) demonstrou que somente duas das 107 investigações norte-americanas que identificaram a prática de *dumping* baseavam-se exclusivamente nos preços praticados no mercado interno do membro exportador. Ao afastar-se desse critério, as ações *antidumping* não podem ser justificadas com fulcro no argumento segundo o qual as empresas que praticam *dumping* estão protegidas em seus mercados nacionais. Cabe aqui ressaltar que as normas da OMC, conforme visto, autorizam o uso nas investigações sobre o *dumping* de outros critérios que não os preços vigentes no mercado interno do membro exportador. Além disso, segundo Brink, quando as autoridades norte-americanas utilizavam-se do valor normal construído para determinar o *dumping*, elas inflavam esse valor artificialmente, a exemplo do uso de margens de lucros muito elevadas.[28] Daí a dicotomia identificada por Lindsey Brink entre a retórica e a realidade das ações *antidumping* norte-americanas: elas seriam impostas mesmo na ausência de uma conduta desleal por parte do membro exportador.

Em igual sentido, Vincent Aussilloux e Gilles Mourre criticam o excesso de medidas *antidumping* por parte das autoridades europeias. Analisando os dados entre 1994 e 1997,

27 Ver, por exemplo: Barfield (2003).

28 Conforme já assinalado, no caso do valor normal construído, são as próprias autoridades nacionais que investigam a prática de *dumping* que calculam tal valor, a partir dos custos de produção de tal bem, majorado de uma razoável margem de lucro. Outros membros da OMC, como a União Europeia, têm também adotado com frequência o recurso ao valor normal construído em suas investigações *antidumping*, o que tem também gerado uma série de questionamentos: "*Calculation of constructed normal values involves a variety of calculation and allocation choices. In addition, the calculation of a 'reasonable' profit margin is a tricky business. Consequently, constructed normal values are unpredictable and arbitrary, compared to price-based normal values*" (VERMULST, 2005, p. 108).

os referidos autores afirmaram que 61 das 70 medidas *antidumping* foram adotadas sem que houvesse qualquer risco de monopolização do mercado por parte da empresa que pratica o *dumping*. Para os referidos autores, as ações *antidumping* europeias protegiam setores econômicos pouco produtivos e com vantagens comparativas declinantes, em prejuízo do consumidor (AUSSILLOUX; MOURRE, 2001, p. 19-53).[29]

Em síntese, as ações de defesa comercial são, muitas vezes, utilizadas com os mesmos objetivos e com os mesmos efeitos das barreiras comerciais clássicas:[30] a proteção de setores econômicos pouco competitivos em prejuízo dos consumidores e das empresas importadoras de insumos. Por conseguinte, as diferenças entre o protecionismo tradicional e as medidas de defesa comercial podem diluir-se.[31]

Assim, é inequívoco que as ações contra o *dumping* e subsídios são autorizadas pelo direito da OMC. Daí não decorre, no entanto, que tais ações sejam necessariamente benéficas, sobretudo em uma abordagem que salienta os benefícios trazidos pelo livre comércio. Ademais, a justificativa posta para essas ações – o tratamento isonômico entre concorrentes no mercado internacional – apresenta inúmeros problemas, conforme se verá adiante.

2.2 O tratamento isonômico entre concorrentes no mercado internacional e as diferentes formas de atuação do Estado em favor de suas empresas

Na teoria clássica do comércio internacional, as vantagens comparativas dos Estados eram descritas, principalmente, com apoio nas diferenças climáticas e geográficas entre os países. Para retomar o célebre exemplo de David Ricardo (1977, p. 111-130), os produtores portugueses de vinho beneficiam-se das condições climáticas e geográficas propícias à vinicultura em Portugal. Tais condições colocam os vinicultores portugueses em uma situação muito vantajosa em relação aos vinicultores de outros países.

Nesse enfoque, a ênfase da explicação sobre os termos de trocas internacionais – o que cada país importa e exporta – recai sobre as características naturais de cada Estado. Essa abordagem clássica não foi totalmente abandonada. De fato, fatores naturais constituem uma parte importante dessa explicação. Por exemplo, os países que dispõem de uma grande extensão de terras cultiváveis são grandes exportadores agrícolas,[32] pois seus

29 Ver também Barbet (1995, p. 3-33).

30 Pode-se citar como exemplo de barreira comercial clássica ou tradicional a imposição de elevados direitos aduaneiros sobre os bens importados.

31 Conforme visto na introdução do artigo, os discursos dos presidentes Dilma Rousseff e Ronald Reagan aludem a uma diferença clara entre o protecionismo clássico e as medidas de defesa comercial.

32 Esse é notavelmente o caso do Brasil. Sobre o assunto, ver: *The Miracle of the cerrado* (THE ECONOMIST, 2014).

produtores agrícolas têm uma vantagem comparativa – a ampla disponibilidade de um fator de produção indispensável para a produção agrícola – que outros produtores de outros países não possuem.

Todavia, essa ênfase nas características naturais dos Estados negligencia as vantagens comparativas dos países que são criadas por políticas públicas. O papel das políticas educacionais para o comércio internacional é uma ilustração disso. Um sistema público de ensino de alta qualidade traz muitas vantagens para as empresas nacionais que necessitam de mão de obra qualificada em seu processo de produção. Aliás, as políticas educacionais atuais estão cada vez mais focadas nesse objetivo: a formação do chamado "capital humano".[33] Muitos dos países que mais exportam bens industrializados sofisticados são precisamente aqueles onde são localizadas universidades de excelência internacional.[34]

Outras políticas públicas que fomentam a competitividade das empresas nacionais são dignas de registro. As grandes obras públicas de infraestrutura de transportes, de telecomunicações e de energia reduzem os custos de produção das empresas e lhes propiciam um contexto econômico e social muito favorável ao desenvolvimento de suas atividades.[35] Evidentemente, esses mesmos benefícios não são usufruídos por empresas situadas em Estados com infraestrutura deficiente.

É essa influência dos recursos naturais e das políticas governamentais sobre a competitividade das empresas que conduz ao questionamento sobre a pertinência da noção de nivelamento das condições de concorrência no mercado internacional. Conforme visto, certas diferenças das condições de concorrência dizem respeito a fatores naturais, como a geografia[36] e o clima. No tocante às políticas públicas, há uma gama muito variada de ações

• • •

33 Para uma visão crítica sobre esse assunto, ver, especialmente, Laval (2003).

34 Veja-se, por exemplo, o caso do Vale do Silício – região dos Estados Unidos caracterizada pela alta concentração de universidades de ponta e de empresas de alta tecnologia.

35 "*Effective modes of transport for goods, people, and services – such as quality roads, railroads, ports, and air transport – enable entrepreneurs to get their goods and services to market in a secure and timely manner, and facilitate the movement of workers to the most suitable jobs. Economies also depend on electricity supplies that are free of interruptions and shortages so that businesses and factories can work unimpeded. Finally, a solid and extensive telecommunications network allows for a rapid and free flow of information, which increases overall economic efficiency by helping to ensure that businesses can communicate, and that decisions made by economic actors take into account all available relevant information*" (WORLD ECONOMIC FORUM, 2009, p. 5).

36 Para se restringir a apenas mais um exemplo, se um país é geograficamente próximo dos principais mercados consumidores mundiais, as empresas que estão localizadas nesse país terão custos de transportes bem menores para levar os seus produtos a tais mercados que as empresas que estão situadas em países distantes. Paul Krugman é um dos principais economistas a enfatizar o peso da geografia sobre o comércio internacional: "*Instead, the analysis of international trade makes virtually no use of insights from economic or location theory. We normally model countries as dimensionless points within which factors of production*

governamentais que exercem tal influência. É difícil, assim, isolar uma ação estatal que possa ser caracterizada como subsídio e fonte de desequilíbrio das condições de competição no mercado internacional.

Esse é um dos principais pontos do Acordo SMC: especificar as formas de atuação do membro da OMC em prol da produção nacional que são consideradas subsídios. É muito revelador que o primeiro artigo do Acordo SMC tenha, justamente, por objeto a definição do subsídio. Conforme salientou o Órgão de Apelação da OMC (2004, § 52), nem todas as medidas estatais que conferem vantagens às empresas nacionais são subsídios. Com efeito, conforme visto, é indispensável, para que ocorra tal caracterização, que a medida seja enquadrada como sendo uma contribuição financeira do membro da OMC, assim como a define o artigo 1º do Acordo SMC.

Do mesmo modo, os direitos *antidumping* apenas podem ser impostos se a prática do *dumping* houver sido constatada, tal como ela é conceituada pelo direito da OMC. A importação de bens a preços módicos que não correspondam a tal definição não pode sofrer medidas *antidumping*, ainda que tais práticas resultem de políticas públicas do membro exportador que desequilibrem o jogo da concorrência internacional em favor de suas empresas.

Em diferentes ocasiões, o Órgão de Apelação censurou a imposição pelos membros de medidas compensatórias a políticas estatais benéficas às empresas nacionais que não se enquadravam no conceito de subsídio do direito da OMC.[37] O Órgão, também, condenou as ações e investigações *antidumping* dos membros da OMC por não respeitarem os critérios definidos pelo direito da OMC para a determinação do *dumping*.[38]

À luz das considerações acima feitas, resta claro que uma das finalidades principais do direito da OMC consiste justamente em restringir as ações de defesa comercial dos membros dessa organização internacional que se fundamentam na atribuição de condutas comerciais desleais dos seus pares na comunidade internacional. Na medida em que essas condutas comerciais desleais não se enquadrem na definição de *dumping* e de subsídios prevista no direito da OMC, medidas de defesa comercial não poderão ser adotadas pelos membros importadores.

• • •

can be instantly and costlessly moved from one activity to another, and even trade among countries is usually given a sort of spaceless representation in which transport costs are zero for all goods that can be traded" (KRUGMAN, 1991, p. 2). O caso do México é sempre citado como sendo um país particularmente favorecido pela sua proximidade geográfica com um grande país importador: os Estados Unidos. Ver, por exemplo: *Questions relatives au travail et questions sociales dans les zones franches d'exportation* (ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL,1998).

37 Ver, por exemplo, Painel da OMC (2001, § 7.18-7.141) e Órgão de Apelação da OMC (1999b, § 84-124).

38 Ver, por exemplo, Órgão de Apelação da OMC (2001, § 53-55) e Órgão de Apelação da OMC (2009, § 242-317).

É por esses motivos que acusações contra determinados Estados que praticariam *dumping* ambiental, social e monetário em benefício de suas empresas seriam dificilmente aceitas pelo OSC. Com efeito, as condutas dos Estados em matéria ambiental, trabalhista e cambial podem muito dificilmente ser enquadradas como subsídio ou *dumping*, o que impede os Estados de se utilizarem de medidas compensatórias ou de direitos *antidumping* nessas hipóteses.

Nos acordos comerciais preferenciais, quando a questão da articulação entre comércio e respeito à legislação trabalhista é disciplinada, ela não está inserida nas normas sobre o *dumping*. Nos acordos de livre-comércio celebrados pelos EUA, por exemplo, essa temática é tratada em um capítulo especial e o desrespeito às normas trabalhistas não é conceituado como *dumping*. É bem verdade que, nesses acordos, há a possibilidade de sanções comerciais serem impostas na eventualidade de esse desrespeito ocorrer. Mas tais sanções não são medidas *antidumping*.[39] Em outros termos, mesmo quando o tema dos direitos trabalhistas é regulado por normas internacionais comerciais, ele não o é no capítulo sobre o *dumping*.

Assim, acusações de *dumping* ambiental, social e monetário pertencem mais ao registro do discurso político[40] do que jurídico. Em realidade, o *dumping* é uma forma específica de concorrência desleal, prevista de longa data nas legislações nacionais e em tratados internacionais. As alusões ao *dumping* ambiental, social e monetário consistem em uma forma de sinédoque: toma-se uma palavra que designa um modo particular de concorrência desleal (o *dumping*) para designar toda e qualquer forma de concorrência que se considera desleal.

De todo modo, essas imprecisões terminológicas bem revelam que a noção de nivelamento das condições de concorrência no mercado internacional está sujeita a diferentes

• • •

39 O tratado precursor nessa seara foi o acordo de cooperação no domínio do trabalho, assinado em 1993 entre México, Canadá e Estados Unidos. Trata-se a um dos acordos complementares ao NAFTA (*North American Free Trade Agreement*). Uma das disposições mais significativas desse acordo é o seu artigo 3º. Ele estabelece a obrigação dos Estados partes de promover a observação de suas respectivas legislações trabalhistas e de sua aplicação eficaz. Nos termos desse acordo, um painel poderá examinar se um dos Estados partes omitiu-se de modo sistemático em assegurar a aplicação eficaz das normas sobre a saúde e segurança no trabalho, o trabalho infantil e o salário mínimo. Se tal Estado parte persistir nessa omissão, o painel imporá uma compensação monetária a ser paga por esse Estado. Ver também as disposições análogas dos acordos de livre-comércio assinados pelos Estados Unidos com Singapura, Chile e República dominicana. Sobre o assunto, ver Grynberg e Qalo (2006, p. 619-653).

40 Ver, por exemplo, o discurso do presidente francês Nicolas Sarkozy de 15 de junho de 2009, na Organização Internacional do Trabalho. Nessa ocasião, o presidente francês defendeu novas normas internacionais contra "o *dumping* social", o "*dumping* monetário" e o "*dumping* ambiental". Ver "Discurso de Nicolas Sarkozy na cúpula da OIT sobre a crise mundial e o emprego de 15 de junho de 2009", disponível no site: http://www.ilo.org/.

leituras. A multiplicidade de ações governamentais que impactam sobre essas condições é de tal ordem que esse nivelamento é dificilmente alcançável.

Conclusão

Não há dúvidas de que o direito da OMC incorporou a noção da desigualdade das condições de concorrência entre empresas ao autorizar os membros a reagirem contra o *dumping* e os subsídios. Essa incorporação não foi feita, todavia, de modo irrestrito, pois não apenas o direito da OMC determina quais remédios jurídicos podem ser adotados contra tais práticas, como também fixa com clareza os conceitos de *dumping* e subsídios para evitar interpretações extensivas acerca das razões que poderiam motivar essas ações de defesa comercial.

O direito da OMC não obriga os membros a reagirem por instrumentos de defesa comercial contra o *dumping* e os subsídios, apenas os autoriza a fazê-los sob determinadas condições. Seria, aliás, muito difícil que essa autorização não fosse concedida pelos Acordos da OMC, já que esses instrumentos eram utilizados muito antes do próprio surgimento do sistema multilateral de comércio. A isso se acresce a grande resistência dos Estados em renunciar, por meio de acordos comerciais, ao seu direito de se proteger contra o *dumping* e os subsídios.

Essas normas da OMC sobre o *dumping* e os subsídios são muito criticadas por economistas liberais, porque elas permitem que os membros imponham barreiras comerciais prejudiciais aos compradores de bens importados.

Tais controvérsias em torno do *dumping* e dos subsídios têm tido um alcance comercial muito grande nos dias atuais. Nos últimos decênios, houve uma diminuição notável dos direitos aduaneiros impostos pelos Estados aos bens importados. Diante desse quadro, medidas compensatórias e direitos *antidumping*, por serem autorizadas pelo direito da OMC, podem servir como último escudo para a proteção da produção nacional.[41]

O Brasil tem acompanhado essa tendência, tendo em vista o expressivo aumento das ações de defesa comercial pelo país, especialmente contra o *dumping*.[42] Em um certo sentido, conforme se disse, é natural que esse crescimento tenha ocorrido, já que o Brasil acompanhou,

• • •

41 Os economistas partidários do livre comércio designam as medidas de proteção comercial como "novo protecionismo". Nessa ordem de ideias, o antigo protecionismo – os direitos aduaneiros – teria sido substituído pelo novo protecionismo – as ações contra o *dumping* e os subsídios no comércio internacional (BHAGWATI, 1989, p. 72).

42 A dissertação de mestrado em economia de Jurandir Gonçalves Ferreira (2014, p. 19-21) traz dados interessantes a respeito. Entre 1987 – ano em que o Brasil passou a dispor de uma legislação contra o *dumping* – e 1995, foram abertas 65 investigações *antidumping*. Esse número aumentou para 111 entre 1996 a 2004 e chegou a 221 entre 2005 a 2013. Em relação aos direitos *antidumping* aplicados, eles passaram

a partir da abertura comercial dos anos noventa, a evolução acima referida da diminuição de direitos aduaneiros.[43] Nesse mesmo contexto, o discurso sobre a necessidade da isonomia de tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras disseminou-se tanto no governo, quanto nos meios empresariais.

Essas mudanças no comércio exterior brasileiro merecem uma reflexão maior sobre o seu impacto no conjunto da economia brasileira. A circunstância de as medidas de defesa comercial serem autorizadas pela OMC não deve servir de salvo-conduto para qualquer tipo de crítica à sua imposição pelo Brasil. Tais medidas estão centradas na proteção de empresas nacionais, ameaçadas pela concorrência de empresas estrangeiras. Elas negligenciam, assim, os interesses dos compradores de bens importados – sejam consumidores finais, sejam indústrias importadoras de insumos.

Não se quer aqui dizer, evidentemente, que o Brasil deva se privar do uso desses instrumentos de defesa comercial. Conforme já foi dito amiúde, nos dias atuais, a participação da indústria na economia nacional tem decrescido, o que coloca em risco o esforço nacional de décadas de dotar o Brasil de um parque industrial forte e diversificado. Não nos parece, assim, adequado descartar de plano tais instrumentos, os quais podem se revelar úteis para incentivar as atividades de determinadas indústrias em dificuldades conjunturais e que têm grande potencial de se tornarem mais competitivas no futuro.

Admitir, a princípio, o uso desse instrumento de defesa comercial não implica referendar toda e qualquer medida de defesa comercial, desde que autorizada pelo direito da OMC. Como qualquer restrição à comercialização de bens importados, as medidas de defesa comercial têm custos para atores relevantes da economia nacional. E a justificativa para tais custos deve ir além da afirmação de elas serem autorizadas pelo direito da OMC ou de que elas constituem respostas a práticas comerciais desleais.

Parece-nos, assim, perfeitamente pertinente questionar medidas de defesa comercial que almejam proteger setores da economia nacional altamente oligopolizados ou que não se esforçam para se modernizarem e competirem com os bens estrangeiros. Não nos parece tampouco incabível exigir das empresas protegidas planos de investimento para tornarem-se mais competitivas, para que a proteção contra a concorrência estrangeira seja desnecessária no futuro. Esse debate é indispensável no momento atual em que o governo brasileiro tem feito uma necessária revisão do uso de outras medidas que beneficiam determinadas empresas e que têm

• • •

de 24 (1987-1995) para 61 (1995-2003). No último período (2005-2013), 107 direitos *antidumping* foram aplicados pelo governo brasileiro. Nesse mesmo lapso temporal, o país foi o segundo membro da OMC que mais abriu investigações *antidumping*. Sobre o crescimento das investigações *antidumping* no Brasil.

43 Deveras, as elevadas tarifas aduaneiras anteriormente praticadas pelo Brasil tornavam desnecessárias ações contra o *dumping* e os subsídios, haja vista que já representavam um sério óbice à comercialização de bens estrangeiros.

custos substanciais para o conjunto da sociedade, a exemplo das desonerações fiscais e de créditos públicos subsidiados que se destinam apenas a determinados grupos econômicos.[44]

O exame dos fundamentos éticos e econômicos da disciplina do direito da OMC sobre as práticas comerciais desleais dos Estados parece-nos corroborar, assim, um enfoque mais crítico sobre o uso crescente dos instrumentos de defesa comercial pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

AUSSILLOUX, Vincent; GILLES, Mourre. Une révision souhaitable de la procédure antidumping à l'OMC. *Revue française d'économie*, v. 15, n. 4, 2001.

BARBET, Philippe. Du dumping comme pratique loyale et de l'anti-dumping comme barrière aux échanges. *Revue française d'économie*, v. 10, n. 12, p. 3-33, 1995.

BARFIELD, Claude. *High-tech protectionism*: the irrationality of antidumping laws. Washington: AEI Press, 2003.

BASTIAT, Frédéric. *Sophismes économiques*. Paris: Société d'édition Les Belles Lettres, 2005.

BHAGWATI, Jagdish. *Protectionism*. Cambridge: The MIT Press, 1989.

_____. The demands to reduce domestic diversity among trading nations. In: BHAGWATI, Jagdish N.; HUDEC, Robert E. (Org.). *Fair Trade and Harmonization*. Prerequisites for Free Trade? Economic Analysis. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 9-40.

BLISS, Cristopher. Trade and competition control. In: BHAGWATI, Jagdish; HUDEC, Robert E. *Fair trade and harmonization*: prerequisites for free trade? Volume I: Economic Analysis. Cambridge: The MIT Press, Cambridge, 1997, pp. 313-328.

44 Mais uma vez, não se trata de descartar de plano essas medidas. Trata-se, isto sim, de expor publicamente e de modo claro os seus custos, de cobrar das empresas beneficiadas contrapartidas e de avaliar com cuidado os seus benefícios e as suas desvantagens para o conjunto da economia brasileira no curto e longo prazo.

BLYDE, Juan; MOREIRA, Maurício Mesquita; VOLPE, Christian. *Desobstruindo artérias:* o impacto dos custos de transporte sobre o comércio exterior da América Latina e Caribe. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2008.

BOUDANT, Joël. *L'anti-dumping communautaire*. Paris: Economica, 1991.

CRONTIRAS, Jean-Philippe; RUIZ FABRI, Hélène. *L'OMC et les services publics*. Paris: Institut du développement durable et des relations internationales, 2003.

FERREIRA, Jurandir Gonçalves. As ações *antidumping* no Brasil e seus efeitos nas importações. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de Brasília, 2014.

GIFFORD, Daniel J.; MATSUHITA, Mitsuo. Antitrust or Competition Laws Viewed in a Trading context: harmony or dissonance. In: BHAGWATI, Jagdish; HUDEC, Robert E. Fair *Trade and harmonization:* prerequisites for free trade? Volume 2: Legal Analysis. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 369-331.

GRYNBERG, Roman; QALO, Veniana. Labour standards in US and EU preferential trading arrangements. *Journal of World Trade*, v. 40, p. 619-653, 2006.

HINDLEY, Brian. Competition law and the WTO: alternative structures for agreement. In: BHAGWATI, Jagdish; HUDEC, Robert E. *Fair trade and harmonization*: prerequisites for free trade? Volume 2: Legal Analysis. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 333-348.

KHAN, Nicholas; SCHARF, Tibor; MÜLLER, Wolfgang. *EC and WTO anti-dumping law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KRUGMAN, Paul. *Geography and trade*. Cambridge: The MIT Press, 1991.

LAVAL, Christian. *L'école n'est pas une entreprise.* Le néo-libéralisme à l'assaut de l'enseignement public. Paris: Éditions La Découverte, 2003.

LESAFFRE, Hubert. *Le mécanisme de règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*. Paris: L.G.D.J., 2007.

LEVINSOHN, James. Competition policy and international trade. In: BHAGWATI, Jagdish; HUDEC, Robert E. *Fair trade and harmonization*: prerequisites for free trade? Volume 1: Economic Analysis. Cambridge: The MIT Press, 1997.

LINDSEY, Brink. The US Antidumping Law: Rhetoric versus Reality. The Cato Institute. *Trade Policy Analysis,* n. 7. 1999. Disponível em: <http://www.cato.org/publications/trade-policy-analysis/us-antidumping-law-rhetoric-versus-reality>. Acesso em: 19 dez. 2014.

MATTOS, César. Harmonização das políticas de defesa da concorrência e comercial. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 267-291, abr.-jun. 1999.

MÉNY, Marc. *Le dumping*. Tese de doutorado. Universidade de Paris, 26 de abril de 1909.

MERMILLOD, Louis. *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux États-Unis*. Paris: LGDJ, 1954.

NORTON, Patricia V. The effect of Article 10 bis of the Paris Convention on American unfair competition law. *Fordham Law Review*, v. 68, issue 1, p. 225-255, 1999.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL. *Questions relatives au travail et questions sociales dans les zones franches d'exportation*. Genève: Bureau international du Travail, 1998.

ORGÃO DE APELAÇÃO DA OMC. *Canada* – measures affecting the export of civilian aircraft. Relatório de 2 de agosto de 1999, WT/DS70/AB/R. 1999a.

_____. *Canada* – measures affecting the importation of milk and the exportation of dairy products. Relatório de 13 de outubro de 1999, WT/DS103/AB/R. 1999b.

_____. *United States* – anti-dumping act of 1916. Relatório de 28 de agosto de 2000, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R. 2000.

_____. *European Communities* – anti-dumping duties on imports of cotton-type bed linen from India. Relatório de 1º de março de 2001, WT/DS141/AB/R. 2001.

_____. *United States* – continued dumping and subsidy offset act of 2000. Relatório de 16 de janeiro de 2003, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R. 2003.

_____. *United States* – final countervailing duty determination with respect to certain softwood from Canada. Relatório do Órgão de Apelação de 19 de janeiro de 2004, WT/DS257/AB/R. 2004.

_____. *United States* – subsidies on upland cotton. Relatório de 3 de março de 2005, WT/DS267/AB/R. 2005.

_____. *United States* – final anti-dumping measures on stainless steel from Mexico. Relatório do Órgão de Apelação de 30 de abril de 2008, AB-2008-1, WT/DS344/AB/R. 2008.

_____. *United States* – continued existence and application of zeroing methodology. Relatório de 4 de fevereiro de 2009, WT/DS350/AB/R. 2009.

_____. *Canada* – measures relating to the freed-in trade in tariff program. Relatório do Órgão de Apelação, 6 de maio de 2013, WT/DS426. 2013.

PAINEL DA OMC. *United States* – measures treating export restraints as subsidies. Relatório do Painel de 29 de junho de 2001, WT/DS194/R. 2001.

_____. *United States* – subsidies on upland cotton. Relatório de 8 de setembro de 2004, WT/DS267/R. 2004.

PIROVANO, Antoine. La concurrence déloyale en droit français. *Revue internationale de droit comparé*, v. 26, n. 3, p. 467-504, jul.-set. 1974.

RICARDO, David. *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*. Paris: Flammarion, 1977.

SULLIVAN, Helena D. Regional jet trade wars: politics and compliance in WTO dispute resolution. *Minnesota Journal of Global Trade*, v. 12, p. 245-300, 2003.

SYKES, Alan O. Subsidies and countervailing measures. In: MACRORY, Patrick F. J.; APPLETON, Arthur E.; PLUMMER, Michael G. *The World Trade Organization:* legal, economic and political analysis. New York, 2005.

THE ECONOMIST. *The miracle of the cerrado*. 2010. Disponível em: <www.economist.com/node/16886442>. Acesso em: 16 dez. 2014.

TINOCO SOARES, José Carlos. A concorrência desleal na América Latina e em outros países – ilícitos civis, ilícitos penais, abuso de direito e a concorrência desleal através da publicidade comparativa e da publicidade enganosa. *Revista dos Tribunais*, v. 643, p. 249-272, maio 1989.

TRENDELENBURG, Ernst. *Mémoire sur la législation de divers etats concernant la protection contre le dumping, notamment le dumping des changes.* Sociedade das Nações – seção econômica e financeira. Conferência econômica internacional, 1926.

VERMULST, Edwin. The 10 major problems with the anti-dumping instrument in the European

Community. *Journal of World Trade*, v. 39, 2005.

VINER, Jacob. *Dumping*: a problem in international trade. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1991.

_____. *Mémorandum sur le dumping*. Mémorandum préparé pour le Comité préparatoire de la Conférence économique internationale. Genève, 1926.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The global competitiveness report 2009-2010*. Geneva: Switzerland, 2009.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1994)*. WTO: Genebra, 1994. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_e.htm>. Acesso em: 7 jun. 2017.

Daniel Damásio Borges

Doutor em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) e professor assistente doutor de direito internacional da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP), *campus* de Franca.

dadb@uol.com.br

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 13.01.2015
Aprovado: 05.05.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201718

Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável

RIGHT TO HEALTHCARE AND PRIORITIES: INTRODUCTION TO AN INEVITABLE DEBATE

Ana Paula de Barcellos[1], *Fábio Souza*[2], *Humberto Laport de Mello*[3], *Juliana Florentino*[4], *Sérgio de Souza*[5] *e Técio Bianco*[6]

Resumo

A realidade do direito à saúde é complexa e envolve, de forma inevitável, a consideração de um conjunto de necessidades, demandas e limitações de ordem variada. Em um cenário de recursos sempre mais limitados do que as pretensões, é fundamental discutir a definição de prioridades e os critérios subjacentes a tal definição. Este artigo pretende apresentar os principais critérios em discussão no mundo acerca da priorização em prestações de saúde, a saber: critérios materiais (que priorizam determinadas doenças ou grupos ou tratamentos), critérios procedimentais e os chamados multicritérios.

Palavras-chave

Direito à saúde; prioridades; serviço público; multicritérios; doenças.

Abstract

The right to health care encompasses great complexity and involves a variety of needs, requests, and limitations. In a scenario of limited resources, it is pivotal to face the issue of priority setting in health care and the criteria that validates it. This paper aims to present the main criteria that are being discussed around the world for priority setting in health care: material criteria (which prioritizes a set of diseases, or groups of people or some health care treatments), procedural criteria, and the multicriteria formulas.

Keywords

Right to healthcare; priority setting in health care; priority setting criteria in health; public service; multicriteria; diseases.

1 Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

2 Juiz Federal no Rio de Janeiro
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

3 Advogado
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

4 Procuradora do Estado do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

5 Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

6 Advogado
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

CC BY-NC

INTRODUÇÃO: SAÚDE, COMPLEXIDADE E PRIORIDADES. COMO DEFINI-LAS?

A Constituição brasileira afirma que a saúde é um direito de todos e, mais que isso, um dever do Estado. O tema não é novo e muito se discute sobre ele. A realidade, porém, é que tais opções constitucionais trazem em seu bojo diversas complexidades que precisam ser enfrentadas para que os dispositivos, de texto, se transformem em realidade.

Em primeiro lugar, o direito não pode garantir propriamente uma vida saudável. Não foi sem motivo que Thomas Jefferson, ao redigir a declaração de independência americana, deixou de afirmar que a felicidade é direito de todos, para reconhecer, apenas, o direito dos indivíduos a buscá-la.

Garante-se o meio, não o resultado. Também no que diz respeito à saúde, as garantias jurídicas estão relacionadas aos meios: garante-se o direito de acesso aos instrumentos disponíveis à proteção da saúde (HERNÁNDEZ; PERULLES; CRESPO, 2004, p. 81). Trata-se de uma consequência lógica da pequenez humana diante da infinitude da natureza, pois, apesar de o cuidado ser sempre possível, as ciências médicas têm limites para a cura. O direito à saúde, portanto, apenas pode ser definido como um direito a prestações sanitárias (LAUDE; MATHIEU; TABUTEAU, 2009, p. 2), positivas ou negativas, necessárias à proteção da saúde do indivíduo ou da coletividade. Dito de outra forma, o indivíduo não tem direito à saúde, mas à proteção da saúde.

Uma segunda complexidade envolve o próprio conceito de saúde. Segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde (2009), a saúde não é a mera ausência de doenças ou enfermidades, mas o estado de completo bem-estar físico, mental e social. De acordo com essa visão ampla, sua promoção não se esgota nas prestações sanitárias, pois depende de políticas públicas relacionadas a outros campos da atuação estatal, como aquelas necessárias à paz, moradia, educação, alimentação, renda, ecossistema saudável, recursos sustentáveis, justiça social e equidade. A partir desse conceito abrangente, Hernández, Perulles e Crespo propõem uma distinção útil entre dois significados de saúde:

> (a) de uma parte, a saúde entendida como estado de plenitude psicofísica, em torno da qual se poderá estabelecer o estado de ótimo vital das pessoas. Neste contexto, as ações públicas devem se orientar para o cumprimento deste objetivo, a fim de alcançar essa plenitude psicofísica da pessoa, sendo esse, em definitivo, o marco central do desenvolvimento e execução das políticas sanitárias.
> (b) por outro lado, temos a consideração da saúde com base em uma ideia de normalidade orgânica e funcional, que será o veículo através do qual o ser humano conseguirá completar sua integração social por meio do trabalho e de suas relações com os demais (HERNÁNDEZ; PERULLES; CRESPO, 2004, p. 83).

A ideia de plenitude psicofísica – presente na Constituição da Organização Mundial da Saúde – extrapola a noção comumente associada ao direito à saúde, de normalidade

orgânica e funcional, para identificar-se com o conceito de bem-estar. É certo que há uma interdependência entre esses dois aspectos. A saúde de um indivíduo é afetada por seu nível educacional e pelas condições de renda, alimentação e moradia, sendo certo que a Constituição de 1988 prevê que o direito à saúde será garantido não apenas por meio de ações e serviços sanitários, mas também mediante políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doenças (art. 196).

Como se vê, a própria identificação do que constitui o direito à saúde – *rectius*: direito a prestações de saúde – não é singela. Uma compreensão extremamente abrangente do direito à saúde, que a equiparasse à ideia de bem-estar, praticamente incluiria toda a atividade estatal sob essa rubrica. No comentário dos autores citados, o conceito de saúde teria assim "menos a ver com o campo regional da saúde e mais a ver com o campo global da sociedade" (LEFEVRE; LEFEVRE, 2007, p. 29). A realidade é que um conceito tão genérico de direito à saúde seria pouco útil e, pior, inviabilizaria uma distinção capaz de atribuir atenção especial ao tema específico da saúde, compreendida como normalidade funcional e orgânica das pessoas. Para os fins deste estudo, portanto, se vai compreender saúde no sentido mais estrito, isto é: como estado de normalidade orgânica e funcional (LAUDE; MATHIEU; TABUTEAU, 2009, p. 3).

Em terceiro lugar, mesmo com a delimitação proposta, o direito à saúde continua sendo multifacetário e complexo. Há dimensões éticas extremamente sensíveis, por exemplo, no desenvolvimento de determinadas tecnologias (MARTINS-COSTA; MOLLER, 2009). Do ponto de vista operacional, existem dimensões individuais e coletivas nas prestações sanitárias, bem como há prestações de natureza diversa: prevenção, cura, monitoramento, informação etc. A ampliação do fornecimento de prestações sanitárias enfrenta, sempre, a questão dos custos (DIEDERICH; SWAIT; WIRSIK, 2011, p. 19). O crescimento permanente da demanda por serviços sanitários e a escassez de recursos exigem a fixação, ainda que preliminar, de prioridades. Que doenças ou que pessoas ou que prestações sanitárias serão atendidas, e em que extensão e profundidade, e quais não receberão recursos, ao menos em um determinado momento histórico? Quais serão as prioridades no que diz respeito às pesquisas científicas? Trata-se de escolhas dramáticas que estão sendo feitas, quer se dê atenção ao assunto, ou não.

O tema da fixação de prioridades em matéria de prestações de saúde, embora envolva, por evidente, juízos políticos, não é estranho ao direito. A razão é simples. A escassez gera necessariamente a busca pela justiça na alocação de recursos (GLOBEKNER, 2011, p. 76), e o debate em torno dos critérios que definirão o que será uma alocação justa, bem como a publicidade acerca desse debate e do processo decisório envolvendo a alocação desses recursos, recebem a influência das opções políticas já formuladas na Constituição e na legislação. E, uma vez definidas as prioridades, o direito, ao lado de outros ramos do conhecimento, terá muito a dizer sobre sua real implementação, embora este não seja o tema deste texto (BORGES; BAPTISTA, 2010; MALTA et al., 2014).

É nesse contexto que se insere o presente estudo. Seu objetivo é fazer uma apresentação simples e esquemática dos principais critérios que têm sido discutidos e utilizados na fixação de prioridades de modo que, em um momento posterior (em um outro estudo), seja possível discuti-los e apreciá-los com mais cuidado à luz de parâmetros normativos constitucionais.

De forma objetiva, são apresentados no texto quatro conjuntos principais de critérios: (i) os que priorizam o atendimento a determinadas doenças; (ii) os que priorizam o atendimento a determinados grupos de pessoas; (iii) os que priorizam o fornecimento de determinados tratamentos; e (iv) os procedimentais, que se ocupam das exigências a serem observadas no processo de fixação de prioridades. Por fim, o estudo vai apresentar também a proposta "multicritério" que procura integrar a aplicação de vários critérios simultaneamente.

Duas observações preliminares antes de prosseguir parecem importantes.

Em primeiro lugar, não há respostas simples na matéria. Como se verá, todos os critérios materiais (os três primeiros listados acima), em suas múltiplas aplicações, apresentam uma racionalidade própria e, a rigor, podem justificar-se em alguma medida à luz de princípios jurídicos. Nesse contexto, o critério procedimental parece especialmente relevante, visto que se ocupa de garantir a publicidade e a controlabilidade do processo que define as prioridades, independentemente dos critérios materiais adotados. Em segundo lugar, o tema do direito à saúde é profundamente interdisciplinar. A contribuição do Direito para o debate é muitíssima importante, mas não é única e nem deve pretender subjugar a contribuição dos outros conhecimentos humanos.

1 Critérios materiais de definição de prioridades em prestações de saúde

1.1 Critérios relacionados à priorização de determinadas doenças

Um dos critérios frequentemente adotado no âmbito de sistemas de saúde é a priorização do atendimento a determinadas doenças. Com efeito, determinar prioridades na alocação de recursos públicos em saúde depende de estudos acerca de quais seriam as doenças prioritárias, o que significa decidir que os serviços sanitários escolhidos para seu tratamento e prevenção[1] serão considerados prioritários em face de outros. Mas o que justificaria atribuir prioridade a determinadas doenças? As razões são variadas e envolvem, em geral, o impacto da patologia sobre os pacientes e sobre a coletividade.

Um primeiro exemplo desse critério é a prioridade atribuída ao tratamento de doenças infectocontagiosas nos países em que elas são relevantes, como era o caso do Brasil até

1 É certo que, mesmo considerando-se uma determinada doença, podem existir variados tratamentos e a escolha por alguns deles também envolve um juízo de prioridade.

poucas décadas passadas. Trata-se de uma avaliação acerca do impacto coletivo da doença sobre a população e não necessariamente do impacto sobre cada indivíduo isoladamente.

É bem de ver que a priorização de doenças infectocontagiosas está relacionada também com a existência de tratamentos que apresentem uma relação adequada entre custo e efetividade, tema que será examinado mais adiante. Nem sempre essa mesma racionalidade é aplicada na fase de pesquisa e desenvolvimento de tratamentos, sendo que uma das questões discutidas hoje pela Organização Mundial de Saúde (OMS) é justamente o investimento prioritário em doenças infectocontagiosas ainda sem tratamento eficaz.[2] Seja como for, o impacto coletivo das doenças infectocontagiosas é, em geral, o fundamento utilizado para atribuir prioridade ao seu tratamento ou imunização.

Um segundo exemplo de aplicação desse critério é a priorização de doenças que geram limitações e encargos para o indivíduo, privando-o da vida civil e gerando um custo social e econômico relevante a título de tratamento, particularmente aquelas que geram dores crônicas no indivíduo. Como destacam Daniel S. Goldberg e Summer J. McGee, acredita-se que um em cada cinco adultos sofrem dores e um a cada 10 adultos é diagnosticado com dor crônica a cada ano. Para esses autores, as consequências para o indivíduo nessas situações são demasiadamente sérias, pois ocasionam depressão, incapacidade para o trabalho, perturbações nas relações sociais e pensamentos suicidas, dentre outras. Além disso, pessoas assim possuem expectativa de vida limitada a apenas sete anos (GOLDBERG; McGEE, 2011, p. 1-3).

Dentre as razões apresentadas para a classificação prioritárias das doenças de dor crônica, destacam-se a grande prevalência mundial de pessoas afetadas e o fato da dor crônica tipicamente ser acompanhada de relevantes comorbidades, como o próprio câncer, diabetes, osteoporose, artrite, artrose, fibromialgia, entre outras. Para tanto, deve-se destacar que, quanto mais aumentam as doenças crônicas, cresce também a prevalência de dor crônica (GOLDBERG; McGEE, 2011, p. 1-3).

Uma terceira aplicação desse critério envolve a priorização das doenças crônicas não transmissíveis, categoria na qual se incluem as doenças cardiovasculares, câncer, diabetes e doenças respiratórias crônicas. Até algumas décadas atrás, esse grupo de doenças era próprio de países industrializados. O quadro, porém, foi alterado e também os demais países têm apresentado índices altos dessas patologias, em geral, associadas a fatores como deficiências nutricionais, inatividade física, altos níveis de estresse pessoal, poluição do ar, precariedade no sistema de saneamento básico, dentre outros (ACHUTTI; AZAMBUJA, 2004, p. 834) Dados de 2003 indicam que essas doenças foram responsáveis por 60% das mortes e das incapacidades em todo o mundo, com previsão de esse índice chegar a 73% em 2020. No Brasil,

2 Conferir em: <http://whqlibdoc.who.int/publications/2012/9789241564489_eng.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

em 2001, tais doenças causaram 62% das mortes e 39% das internações no Sistema Único de Saúde (ACHUTTI; AZAMBUJA, 2004, p. 834). Também aqui, como se vê, o fundamento da prioridade está claramente relacionado com a prevalência da doença na sociedade.

Ainda nessa mesma linha, tem se discutido a priorização no atendimento a doenças crônicas que atingem a população idosa, tendo em conta o envelhecimento da população. Esse debate se relaciona de certo modo com a priorização em torno de determinados grupos de pessoas, que será examinado adiante. De todo modo, se é certo que muitas vezes os argumentos em torno da priorização de doenças crônicas invocam uma certa racionalidade econômica – já que essas patologias podem reduzir a capacidade laboral do indivíduo –, a mesma lógica não pode ser invocada em relação à população idosa, que já não integra a força de trabalho ativa.

Um outro grupo de doenças cuja priorização se discute é aquele formado por patologias que demandam cuidados de terceiros. Um debate relevante diz respeito às doenças mentais, em especial, o Alzheimer. O elevado índice de incidência na população mundial preocupa a OMS, conforme orienta o relatório elaborado pela Organização, intitulado *Dementia: a public health priority*.[3] O relatório alerta os governos mundiais para o tratamento da doença como prioridade em matéria de saúde pública. O Alzheimer hoje representa um dos principais causadores da demência, que, associada ao crescimento da expectativa de vida, desacompanhada de políticas públicas suficientes, justifica o alerta mundial.

Como se percebe, a eleição de determinadas doenças como prioritárias não é uma decisão simples, nem se funda, em geral, em uma racionalidade única. O fato de uma patologia afetar uma grande quantidade de pessoas parece importante, mas outras considerações são igualmente relevantes. Seja como for, uma última observação deve ser feita. Parece inevitável que os sistemas de saúda formulem opções à luz de considerações generalizadoras. Entretanto, além da perspectiva do sistema e da comunidade como um todo, há, por evidente, a perspectiva individual do paciente e sua família, que não sofre menos porque a doença que o acomete é incomum. Embora as políticas públicas sejam formuladas de forma geral, a relevância que cada caso possui em seu contexto particular não deixa de existir. Esse equilíbrio entre a política coletiva e o caso individual é um problema complexo que não deve ser ignorado.

1.2 Critérios relacionados à priorização de determinadas pessoas no sistema de saúde público

Um segundo conjunto de critérios utilizado e discutido no contexto de sistemas de saúde

3 Conferir em: <http://www.who.int/mental_health/publications/dementia_report_2012/en/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

envolve a priorização de grupos de pessoas, e não exatamente de doenças. É possível conjugar critérios de natureza subjetiva com outros de natureza diversa, mas, para facilitar a compreensão, a abordagem aqui ficará limitada àqueles parâmetros que tenham pertinência apenas com o indivíduo.

De forma simples, são considerados parâmetros subjetivos aqueles vinculados a caracteres pessoais como, por exemplo, a idade, o gênero/sexo, a raça/etnia, a religião, o *status* social, as capacidades mentais e físicas, a orientação sexual, a condição genética e o estilo de vida (ligado à responsabilidade pelo surgimento da própria doença) (KAPIRIRI; NORHEIM, 2004, p. 173).

É controversa a adoção de critérios ligados a características individuais para o estabelecimento de prioridades em matéria de saúde. Em pesquisa realizada em Uganda, a maioria dos participantes concordou com a importância de se atentar para a doença (tipo, gravidade etc.), bem como para parâmetros sociais (equidade de acesso, preferências da comunidade etc.). Contudo, quanto aos elementos pessoais, houve grandes divergências. Mais de 80% dos entrevistados consideraram que a idade deveria ser incluída, conferindo-lhe alta relevância, ao passo que apenas 24% opinaram por se levar em conta a religião, o poder e a influência do indivíduo, colocando-os, assim, num patamar de baixa relevância. Outros aspectos, como o *status* social, o estilo de vida, as capacidades físicas e mentais e o sexo, foram classificados como de média relevância diante do resultado da pesquisa (KAPIRIRI; NORHEIM, 2004, p. 175).

Há critérios que são considerados, quase que unanimemente, como inaceitáveis para a definição de prioridades em políticas públicas de saúde, tais como a raça ou a etnia, a orientação sexual e a religião, porque a sua adoção geraria uma discriminação injustificada de indivíduos com determinadas qualidades, o que poderia configurar um desrespeito ao princípio da isonomia. Defender o contrário, ao menos em tese, seria violar não só o princípio da igualdade, mas também o da proporcionalidade (PEREIRA, 2007), pois não haveria nenhum vínculo de pertinência lógica entre a raça, a orientação sexual ou a religião, de um lado, e a promoção da saúde, de outro.

Entretanto, a questão não é tão simples. No Brasil, por exemplo, a desigualdade social é um critério considerado relevante no debate sobre prioridades (DRACHLER et al., 2003). Um outro parâmetro discutido nesse contexto é a idade. As questões podem ser resumidas nos seguintes termos: A idade deve ser considerada como um critério para essa finalidade ou não? Em se entendendo que sim, a prioridade deve ser dada aos mais jovens ou aos mais idosos?

Há quem defenda a utilização da idade sob a premissa de que é um parâmetro transparente e objetivamente controlável (DIEDERICH; WINKELHAGE; WIRSIK, 2011, p. 2), que não deixa ao mero alvedrio ou a uma avaliação puramente subjetiva dos médicos ou dos agentes decisórios do sistema a escolha daqueles que merecem preferência na oferta de tratamentos. Sustenta-se, ainda, que o emprego desse critério se justifica por razões de justiça intergeracional, cuja lógica é a de que, uma vez atingida uma idade avançada, o

sistema sanitário deve alocar os seus recursos em benefício de outros indivíduos, para que eles também possam alcançar esse patamar etário (WILLIAMS, 1997, p. 242). Por outro lado, há quem rejeite *a priori* a inserção da idade nesse tema, optando por considerar apenas aspectos vinculados à doença ou ao tratamento.

Dentre aqueles que consideram adequado incluir a idade como um dos parâmetros, há diversas opiniões no sentido de que as crianças devem ser tidas como um grupo preferencial (DIEDERICH; WINKELHAGE; WIRSIK, 2011, p. 5), sobretudo em países em desenvolvimento, tendo em vista as altas taxas de mortalidade verificadas nesta faixa etária. Sucede que, ao se tomar como critério a taxa de mortalidade, a idade não é o critério principal, mas consequência lógica da adoção de um parâmetro de ordem objetiva.

Embora não haja unanimidade, há certa tendência em se dar prioridade a crianças e idosos, principalmente por serem grupos vulneráveis, que, muitas vezes, demandam do resto da sociedade suporte físico, emocional e financeiro. A discussão desse tema no Brasil não pode prescindir da análise do art. 227 da Constituição de 1988 – que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, dentre outros –, bem como do art. 230 do mesmo diploma – que dispõe ser dever daqueles mesmos entes amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Essas normas constitucionais parecem dar respaldo à priorização de crianças e idosos em detrimento de pessoas de meia-idade.

Um estudo realizado nos Estados Unidos, com alunos universitários de um centro médico, revelou que a importância dada à idade do paciente variava de acordo com o tipo de tratamento que estava em jogo. Os dados obtidos demonstraram que a idade foi tida como mais relevante para o estabelecimento de prioridades na oferta de tratamentos para a infertilidade e para salvar vidas, ao passo que foi considerada menos relevante para tratamentos para a depressão e para aliviar a dor (JOHRI et al., 2005, p. 672-673).

Por vezes, alguns critérios objetivos direcionam as preferências para pessoas com determinada idade. É o caso da efetividade do tratamento. Embora não esteja relacionada diretamente a essa característica individual, a sua adoção pode traduzir implicitamente a opção por favorecer os mais jovens em detrimento dos mais idosos, já que aqueles apresentam, em tese, maior capacidade de recuperação do que estes (HADORN, 1991, p. 2221).

Outro critério aventado para o estabelecimento de prioridades no setor de saúde é o sexo/gênero. Mulheres grávidas, por exemplo, costumam receber maiores investimentos dos sistemas públicos, sobretudo porque o adequado tratamento no período pré-natal resulta em bebês mais saudáveis, minorando os gastos com crianças que nascem abaixo do peso (RICE, 1991, p. 299). O Estado de Oregon, nos Estados Unidos, foi um dos pioneiros na elaboração de uma lista de prioridades para o setor de saúde, tendo colocado os cuidados com a maternidade em segundo lugar no *ranking*, ficando atrás apenas dos tratamentos para doentes com risco iminente de morte (HADORN, 1991, p. 2221).

O ponto, no entanto, merece uma observação. Ao se optar por investir mais em tratamentos ligados à maternidade, não se está priorizando a mulher em detrimento do homem em razão simplesmente da diferença de gênero. Há outro elemento relevante envolvido, que faz ser o sexo um fator distintivo legítimo para o provimento do acesso aos serviços. A gravidez é uma situação de especial vulnerabilidade que atrai maior atenção do sistema de saúde. A gestação de um novo ser humano envolve, ainda, outros valores considerados socialmente relevantes, como a perpetuação da espécie e, logicamente, a necessidade de se resguardar uma nova vida em formação. Como apenas as mulheres ficam grávidas, há quem entenda justificável que elas tenham preferência em relação aos homens.

Outro parâmetro de que se poderia cogitar é o da renda ou *status* social do doente. Em se tratando de definição de prioridades num sistema público de saúde, a capacidade de o paciente custear ou não com seus próprios meios o seu tratamento ou um seguro privado pode ser um indicador importante para a escolha de grupos preferenciais. Essa discussão está ligada à promoção da equidade de acesso, que leva em consideração os maiores obstáculos que determinadas pessoas enfrentam para ter acesso a cuidados de saúde.

Além da dificuldade de obter acesso a esses serviços, indivíduos de baixa renda apresentam maior grau de vulnerabilidade, porque normalmente possuem deficiências na alimentação desde o pré-natal e a infância, o que acarreta maior probabilidade de desenvolverem doenças cardiovasculares e eleva as taxas de mortalidade, quando comparadas com as de pessoas que receberam adequada nutrição.

Nessa mesma linha, também por sua vulnerabilidade, podem ser considerados como grupos prioritários os portadores de deficiência, de modo a se lhes prover dignidade e qualidade de vida em patamar igual ao dos demais cidadãos.

O que se percebe, portanto, é que situações de vulnerabilidade em geral – como a pouca idade, a senilidade, a maternidade, a pobreza e a deficiência – tornam justificável o amparo estatal, destinando-se mais recursos aos mais frágeis ou necessitados.

Outro critério subjetivo mencionado pela doutrina é o estilo de vida do doente, isto é, o grau de responsabilidade individual pela provocação da patologia que o acomete. A consideração do estilo de vida do paciente para a definição de prioridades em matéria de saúde é bastante problemática.[4] Em primeiro lugar, há uma dificuldade inerente a este critério que consiste em determinar se o surgimento de uma doença ocorreu efetivamente devido à prática de hábitos não saudáveis ou a outros fatores, como, por exemplo, a condição genética do indivíduo. Em segundo lugar, a própria adoção de hábitos saudáveis ou

4 Os autores destacam que a maioria da doutrina acredita ser importante incluir critérios não médicos na definição de prioridades. Entretanto, os estudos sobre o tema têm falhado em chegar a um consenso sobre quais deles são efetivamente relevantes. Alguns pesquisadores propõem que, a menos que o critério tenha direta influência no resultado do tratamento, ele não deve ser considerado.

não é influenciada por circunstâncias socioeconômicas, como a educação ou a renda. Conferir menor grau de prioridade a pacientes com estilos de vida pouco salutares pode incrementar ainda mais as desigualdades de acesso à saúde já existentes na sociedade. É por isso que, para alguns, a utilização desse critério está condicionada à existência de iguais oportunidades de se ter uma vida saudável (WINKELHAGE; DIEDERICH, 2012, p. 237).

Nesse ponto, a discussão parece estar centrada em se saber se a prática de um estilo de vida prejudicial à saúde se deveu efetivamente a uma escolha do doente, realizada de forma livre e consciente, ou se decorreu de circunstâncias alheias à sua vontade. No primeiro caso, é possível que se legitime a seleção do estilo de vida como um critério para a definição de prioridades no sistema de saúde, pois se atribuiria ao indivíduo a responsabilidade pelos seus próprios atos. Na segunda hipótese, porém, há dúvidas se seria justo tomá-lo como mais um elemento nesse intrincado debate.

A responsabilidade pelos custos das próprias escolhas é uma formulação que encontra respaldo em teóricos de expressão, como Ronald Dworkin. O autor faz referência ao princípio da responsabilidade especial, segundo o qual, embora não se desconsidere que as escolhas dos indivíduos são influenciadas por sua educação, cultura e outras circunstâncias materiais, eles se tornam responsáveis por elas à medida que as realizam para definir o seu modo de vida (DWORKIN, 2000, p. 6).

A principal ideia subjacente a isso é impedir que algumas pessoas subvencionem as más escolhas feitas por outras e fazer com que o destino de cada um dependa de suas próprias ambições (no sentido amplo de objetivos e projetos de vida), por ser injusto que alguém pague pelos custos de decisões que não tomou (KYMLICKA, 2006, p. 97). Quando se está tratando de alocação de recursos para a implementação de políticas públicas de saúde, subsidiar tratamentos para doenças como o alcoolismo, o câncer de pulmão (derivado do tabagismo excessivo durante vários anos da vida), a obesidade, dentre outras, significa retirar investimentos de outras patologias, cuja causa não tem nenhuma relação com o comportamento individual adotado.

No entanto, ainda que o estilo de vida seja fruto de uma decisão voluntária, há críticas a sua adoção como um critério válido de priorização. Isto porque todos devem ter liberdade para traçar os seus próprios planos e projetos de vida, sem estarem sujeitos a qualquer grau de reprovação social. O igual respeito e consideração pelo outro compreenderia a aceitação do seu modo de vida, seja ele qual for, desde que envolva atitudes autorreferentes, que não causem prejuízos à esfera de terceiros. A distribuição dos recursos sociais, dentre os quais se inserem os serviços de saúde, não poderia ser guiada por doutrinas morais abrangentes, que não validem esta ou aquela forma de ser.[5]

5 Esta discussão está ligada ao critério denominado de QALY (*Quality-Adjusted Life Year*), que apresenta maior pertinência com os critérios relacionados à priorização de determinados tratamentos e, por isso,

Se, por um lado, a percepção de que o estilo de vida adotado por alguém influencia decisivamente a sua condição de saúde conduz alguns a defender que se devem investir menos recursos para o tratamento daqueles que, de alguma forma, contribuíram para o seu próprio mal, por outro lado, essa mesma noção desencadeou, em alguns países, o desenvolvimento de políticas voltadas a desestimular o consumo de produtos que propiciem o surgimento dessas doenças no futuro.

Em 1992, a Suécia iniciou o programa chamado *Smoke Free Children* (em tradução livre, "crianças livres do fumo"), que tinha por objetivo afastar as crianças, no começo de suas vidas, do contato com o cigarro e reduzir o consumo do tabaco entre as mulheres. A Finlândia, por sua vez, criou, no ano de 2001, um programa para redução do consumo de álcool, que envolvia medidas preventivas e de controle, bem como de reabilitação. O Canadá tem uma estratégia nacional contra o uso de drogas, que visa a minorar os danos associados ao álcool e a outras drogas para indivíduos, famílias e comunidades (ALLIN et al., 2004, p. 40-42).

Ao invés de canalizar recursos da saúde para o tratamento de pacientes que, de algum modo, adoeceram em razão de seu estilo de vida, uma opção legítima neste campo poderia perpassar pelo investimento em programas direcionados a conscientizar e informar acerca dos males advindos do consumo de certas substâncias, a fim de se minimizar a incidência de doenças intimamente ligadas a elas (como, por exemplo, o alcoolismo, o câncer etc.). Nesse contexto, o maior dispêndio não estaria em medidas curativas ou repressivas, mas em medidas preventivas. Com isso, o critério do estilo de vida estaria afastando a priorização de doentes responsáveis em parte por seu próprio mal, mas, ao mesmo tempo, estaria incentivando tentativas de se eliminar as principais causas dessas doenças, visando a combatê-las nas suas raízes.

Por fim, é evidente que a eventual seleção de algum ou alguns desses parâmetros envolvendo caracteres pessoais está diretamente relacionada com princípios de justiça. Critérios vinculados à idade, sobretudo quando conjugados com a eficácia do tratamento, põe em evidência a valorização de um princípio de eficiência, alinhado com teorias utilitaristas. Por outro lado, considerações atinentes ao estilo de vida do indivíduo e à influência de seus hábitos para a causa de sua doença estão diretamente ligadas à preferência por um princípio meritório, segundo o qual a distribuição de recursos deve ser sensível às escolhas feitas por cada um. E, finalmente, parâmetros que levem em conta a renda ou debilidades

• • •

não será aprofundado neste capítulo. Michaela Pinho e Paula Alexandra Correia Veloso Veiga destacam o seguinte: "A esperança de vida é que é o elemento constituinte dos QALYs e, por inerência, a idade. Uma vez que, às idades mais jovens está, frequentemente, associada uma maior esperança de vida, coloca-se a questão se será legítimo privilegiar as faixas etárias mais jovens como decorre da aplicação da ACU [análise custo-utilidade]" (PINHO; VEIGA, 2009, p. 242).

físicas do doente se inclinam pela adoção de um princípio igualitário, sob um viés material, que direcione as prioridades no sistema de saúde para os menos favorecidos da sociedade (PINHO, 2008, p. 691-692).

1.3 Critérios relacionados à priorização de tratamentos no sistema público de saúde

Um terceiro conjunto de critérios identificados como materiais diz respeito à priorização de determinados tratamentos no âmbito do sistema de saúde, em geral tendo em conta o aspecto econômico. São dois os elementos principais a serem aqui examinados. Primeiro, o custo do tratamento. A classificação dos tratamentos de saúde em razão de seu custo será determinante para definir quais são os tratamentos que oneram mais ou menos o sistema, sobretudo o sistema público. O segundo elemento a ser considerado é a eficácia dos tratamentos. Estabelecer um *ranking* dos tratamentos mais eficazes pode auxiliar na determinação das prioridades, de modo que os tratamentos de eficácia comprovada, ou ainda os mais eficazes, serão preferidos em detrimento daqueles de menor eficácia. No Brasil, ao menos desde meados da década de 1990, existe um discurso político de prioridade para um conjunto de ações denominadas de atenção básica à saúde (BORGES; BAPTISTA, 2010).

É certo que o custo do tratamento e sua eficácia nem sempre caminharão em um mesmo sentido: um tratamento pode ser custoso e pouco ou muito eficaz, ou barato e muito ou pouco eficaz. Será importante, portanto, combinar o resultado do custo do tratamento com a sua eficácia, o que dá origem ao que é frequentemente identificado como o custo-efetividade do tratamento.

Desta forma, se o objetivo da fixação de prioridades é maximizar a saúde das comunidades a partir dos recursos disponíveis (WILLIAMS, 1991, p. 367; WILLIAMS, 1988, p. 173-183), é preciso identificar não somente a eficácia do tratamento, mas também o que se denomina de custo-efetividade. A análise do custo-efetividade de um tratamento tem servido como uma importante ferramenta na alocação de recursos para a saúde, apesar do fato de que o seu uso e impacto nos países em geral, com algumas exceções, tem sido limitado (HUTUBESSY; CHISHOLM; EDEJER, 2003, p. 8).

Alguns autores apontam limitações técnicas na construção dos dados sobre o custo-efetividade, o que deverá ser levado em consideração para o uso apropriado dessas informações na política e planejamento da saúde (HUTUBESSY; CHISHOLM; EDEJER, 2003, p. 8). Alguns desses problemas poderiam ser resumidos nos seguintes termos: (i) inconsistência metodológica e heterogeneidade de métodos e medidas utilizadas nas avaliações econômicas conduzidas por diferentes investigadores que dificultam a síntese e a interpretação dos resultados do custo-efetividade; (ii) indisponibilidade de dados em relação a vários tratamentos; e, portanto, (iii) falta de generalização, já que nenhum país está apto a promover os estudos necessários para comparar o custo-efetividade de todas as possíveis intervenções segundo as suas características, de modo a permitir uma comparação entre elas.

A despeito dessas limitações, muitos autores sustentam que, ainda assim, a análise custo-efetividade (*Cost-Effectiveness Analysis* – CEA) poderá ser útil para indicar que combinação de intervenções de saúde maximizaria o nível de saúde da população a partir dos recursos disponíveis (HUTUBESSY; CHISHOLM; EDEJER, 2003, p. 8). Tanto é assim que o custo-efetividade se tornou relevante para a construção de outro critério de definição de prioridades na saúde pública, qual seja: o custo por QALY (Q*uality-Adjusted Life Year*).

O QALY seria uma unidade correspondente a um ano de vida de um indivíduo com saúde. Quem escreve sobre esse critério, costuma advertir que "saúde" não envolve apenas a expectativa de vida, mas também, e principalmente, a qualidade de vida. Alan Williams, o autor que desenvolveu de forma pioneira o tema do custo-efetividade na saúde-pública, explica como funciona o QALY: se por algum tratamento pudermos oferecer às pessoas a expectativa de anos adicionais de vida saudável, cada ano adicional contaria como uma unidade (um QALY).

Segundo a lógica desse critério, se o melhor que pudermos fazer consiste em oferecer às pessoas anos adicionais de vida *sem* saúde, então devemos considerar que cada ano de vida vale menos que um QALY. Logo, um ano de vida das pessoas vale, no máximo, um QALY, variando esta medida para mais ou para menos conforme se tenha uma vida mais ou menos saudável. Percebe-se que é a qualidade de vida que vai permitir aferir a medida do ano real do indivíduo a partir do QALY.

Este conceito inicial é fundamental para entender o critério do custo por QALY. Tomando como referência determinado tratamento ou procedimento cirúrgico, calcula-se o número de QALYs razoavelmente esperados e o custo do tratamento ou procedimento (WILLIAMS, 1991). A partir destes dois dados relevantes, apura-se qual o custo por QALY em face das diferentes intervenções de saúde. Calculado este, a conclusão do que se fazer decorreria de forma direta: sabendo do custo por QALY correspondente a cada tratamento sondado, dever-se-ia deslocar os recursos para aquelas atividades cujo custo por QALY é baixo em detrimento das atividades em que ele é alto. O objetivo seria limitar recursos em uma área para beneficiar outra na qual o benefício será maior (WILLIAMS, 1991, p. 367).

Nada obstante, este critério foi criticado em razão da fraqueza dos dados empíricos apresentados para o seu cálculo. Apesar da falta de solidez dos dados, muitos sustentam a validade da metodologia utilizada por Williams e de sua ideia-base (FOX-RUSHBY; MILLS; WALKER, 2001, p. 679-680). Com efeito, Fox-Rushby, Mills e Walker, para exemplificar a importância do critério criticado, afirmam que, em virtude do seu artigo seminal, foram introduzidas quatro específicas metodologias na tomada de decisões do Sistema Nacional de Saúde do Reino Unido: (i) aplicação do QALY como uma medida de eficácia das intervenções; (ii) cálculo das proporções nos ganhos de custo por QALY das intervenções; (iii) comparação do custo-efetividade de diferentes intervenções; e (iv) reconhecimento de que subgrupos de pacientes podem ter diferentes proporções de custo-efetividade (FOX-RUSHBY; MILLS; WALKER, 2001, p. 679-680).

A despeito das imperfeições metodológicas do critério elaborado por Williams, a literatura especializada indica que, na medida em que a análise do custo-efetividade aumenta pelo mundo, esta será uma área de pesquisa que vai crescer bastante nesta década (PINHO, 2008, p. 690-695; ARVIDSSON et al., 2010; SABIK; LIE, 2008).

2 Critérios procedimentais de definição de prioridades em prestações de saúde

Uma segunda perspectiva acerca da definição de prioridades em saúde se preocupa de forma específica com o processo de tomada de tais decisões. A definição de prioridades em saúde, como ato do Poder Público em um Estado democrático, não pode ser fruto do simples arbítrio das autoridades competentes. Ela deve corresponder ao resultado de um processo de tomada de decisões cuja legitimidade decorre da observância de uma série de condições. Assim, é de extrema relevância conceber um processo de definição de prioridades em saúde capaz de dar conta das exigências de razoabilidade, transparência e *accountability* próprias de uma democracia.

Sofia Gruskin e Norman Daniels destacam, em trabalho realizado em 2008, que as autoridades responsáveis pelo estabelecimento de prioridades na saúde geralmente possuem considerável treinamento e *expertise* para a consecução da tarefa de decidir o modo como os recursos escassos devem ser aplicados da maneira mais eficiente. Por outro lado, eles reconhecem também que essas autoridades são pouco confiantes em sua capacidade de reconciliar essa *expertise* em aprimorar o sistema de saúde com a necessidade de que isso seja feito levando em conta as exigências da equidade (GRUSKIN; DANIELS, 2008, p. 1573). Devido a essa dificuldade, os autores ressaltam a necessidade de enquadramentos normativos capazes de dar forma a um procedimento para a definição de prioridades que seja apto a propiciar a tomada de decisões aceitáveis e justificáveis publicamente.

Os autores partem da premissa de que os direitos humanos e os princípios de justiça são frequentemente invocados pelos responsáveis pela formulação de políticas públicas para legitimar escolhas distributivas que inevitavelmente resultam em ganhadores e perdedores. De acordo com os autores, no entanto, nenhuma dessas abordagens é por si só suficiente para orientar as decisões políticas mais urgentes e impactantes.

A abordagem dos direitos humanos para a saúde enfatiza que esta depende da satisfação de uma ampla gama de direitos, incluindo o direito à saúde propriamente dito, à não discriminação, à educação, à informação, às liberdades básicas e à participação política. Todavia, de acordo com os autores, essa abordagem contribui pouco – exceto por excluir a discriminação e exigir a participação das comunidades afetadas – para o processo de seleção e classificação das reivindicações da população, ou seja, para a determinação dos ganhadores e perdedores (GRUSKIN; DANIELS, 2008, p. 1573).

Por outro lado, as abordagens fornecidas pelas diversas teorias da justiça igualmente falham em oferecer orientação adequada. Por exemplo, o liberalismo igualitário enfatiza

que o funcionamento das instituições deve promover uma equalização das oportunidades entre as pessoas, para que elas possam exercitar da maneira mais livre possível as suas próprias capacidades e aptidões individuais. Esse dever institucional exige que a saúde seja promovida e distribuída de maneira equânime. Para os autores, essa teoria da justiça oferece orientações razoáveis para a alocação dos recursos da saúde em relação a alguns aspectos, mas, tomada por si só, é muito genérica para fornecer respostas para questões-chave no processo de definição de prioridades. Por exemplo, essa teoria defende que a prioridade seja dada para aqueles que estão em pior situação, mas não deixa claro em que grau deve ser essa prioridade, nem o que se deve entender como "pior situação". Como se sabe, a expressão "pior situação" não é unívoca, podendo adquirir múltiplas dimensões e ser aferida por diferentes critérios (GRUSKIN; DANIELS, 2008, p. 1574).

Outras teorias da justiça apresentam problemas similares. É esse o caso do utilitarismo clássico, que, ao defender a maximização de alguma medida agregada de saúde para o maior número de pessoas, não confere a atenção adequada aos problemas relacionados com a equidade, pois permitiria *a priori* que a saúde de camadas minoritárias da população pudesse ser sacrificada em benefício da saúde dos grupos majoritários. Os autores destacam, portanto, que nem a abordagem dos direitos humanos, na qual eles incluem a participação popular, nem as baseadas em princípios de justiça distributiva, são suficientes para resolver desacordos a respeito do modo de definição de prioridades.

Aqueles preocupados com decisões urgentes sobre prioridades necessitam de uma abordagem que ofereça além de orientação, também um aumento na percepção da legitimidade e da equidade do procedimento, para que os resultados obtidos sejam entendidos como justos (GRUSKIN, DANIELS, 2008, p. 1575). Os autores propõem, então, uma nova abordagem, que se baseia em ambas as perspectivas anteriores como um primeiro passo em um trabalho conjunto para fortalecer os enquadramentos normativos que visam a orientar as definições de prioridades na saúde.

Eles sugerem que um processo deliberativo equânime, chamado por eles de "*accountability* para a razoabilidade", desenvolvido como uma forma de justiça procedimental para o estabelecimento de prioridades diante de um quadro de escassez, deve ser construído de maneira a garantir participação dos grupos interessados e a *accountability* do governo. Esse modelo de processo deliberativo equânime forneceria um procedimento razoável, apto a enfatizar os componentes chave da abordagem dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que o destaque dado à *accountability* aumentaria a legitimidade do resultado, ao apelar para a equidade do procedimento. Para eles, essa abordagem combinada facilita a realização progressiva de um direito humano à saúde (GRUSKIN; DANIELS, 2008, p. 1576).

Para os autores, os titulares de direitos afetados por decisões que estabelecem prioridades têm também o direito de saber como essas decisões foram tomadas. A *accountability* para a razoabilidade, baseada na teoria democrática, exige uma deliberação cuidadosa que

ilumina os valores subjacentes aos desacordos. A ideia principal por trás dessa abordagem é que pessoas razoáveis são capazes de aceitar os resultados do procedimento de definição de prioridades quando entendem que ele se deu de maneira justa e equânime. Para que isso aconteça, os autores consideram necessário que quatro condições sejam observadas (GRUSKIN; DANIELS, 2008, p. 1576):

> 1 – Condição de publicidade: as decisões que estabelecem prioridades em saúde, assim como o raciocínio que lhes é subjacente, devem ser publicamente acessíveis.
>
> 2 – Condição de relevância: as razões que orientaram a definição de prioridades devem poder ser explicadas razoavelmente. Elas o serão caso seja demonstrado que fizeram uso de provas, premissas e princípios aceitos como relevantes por pessoas razoáveis. Intimamente relacionado com esta condição está a necessidade de inclusão mais ampla possível dos grupos interessados no processo de decisões.
>
> 3 – Condição de revisão e recurso: deve haver mecanismos e oportunidades para revisão e aprimoramento das políticas, à luz de novas evidências ou argumentos.
>
> 4 – Condição regulativa: o processo deve ser regulado publicamente, de modo que as condições anteriores não deixem de ser observadas.

Para os autores, a *accountability* para a razoabilidade fornece um enquadramento capaz de incorporar os elementos-chave da abordagem dos direitos humanos – como a não discriminação, a educação, a informação e a participação política – e garantir a sua aplicação no processo de definição das prioridades de saúde. Para eles, a *accountability* para a razoabilidade é politicamente viável e capaz de orientar adequadamente os gestores responsáveis por aprimorar as políticas de saúde, de modo que tanto os direitos citados como o bem-estar geral sejam promovidos.

A implementação prática da *accountability* para a razoabilidade impõe uma série de desafios e deve ser feita de maneira calibrada, de modo que eventuais contradições entre as exigências das quatro condições (por exemplo, exigência de participação popular e de critérios técnicos para a definição de prioridades) sejam equacionadas da melhor maneira possível.

De todo o modo, a proposta de um procedimento para a definição de prioridades para a saúde como a *accountability* para a razoabilidade, calcado nas quatro condições acima listadas, parece ser capaz de produzir resultados justos, precisamente por serem razoáveis e passiveis de ampla aceitação, até mesmo pelas partes que não forem contempladas da maneira que considerem ideal, ou seja, que "saírem perdendo". Isso é o melhor e o máximo que se pode esperar de um procedimento de alocação de recursos escassos em uma sociedade e em um Estado democráticos.

3 O critério "multicritério"

Como é fácil perceber da exposição acima, o caráter multifacetário da saúde transforma as escolhas da administração sanitária em questões complexas, pois a definição das prioridades a serem adotadas pelos gestores públicos deve levar em consideração diferentes parâmetros decisórios, além de dever respeitar exigências procedimentais. Essa multiplicidade de critérios sugeridos para a escolha dos cuidados a serem oferecidos pelo sistema público representa mais que uma diversidade de opiniões. Isso porque, além da natureza plural da ideia de saúde, as prestações sanitárias integram uma política pública que envolve diversos setores, de diferentes áreas de conhecimento, preocupados com distintos prismas da questão.

Essas são as considerações que, de forma resumida, tornam atraente o desenvolvimento de um instrumento capaz de amalgamar todos os critérios, levando-os a sério e avaliando como o cuidado analisado se porta diante de cada um deles. Nesse sentido, Rob Baltussen e Niessen Louis (2006) sugerem que as decisões sobre prioridades em saúde devem ser submetidas a uma metodologia multicritério, a que chamam de *multi-criteria decision analysis* (MCDA). Aprofunde-se brevemente a questão.

A MCDA foi desenvolvida por Ralph L. Keeney e Howard Raiffa, em 1976, buscando uma teoria da decisão capaz de lidar com a incerteza provocada pela existência de múltiplos objetivos e consequências das escolhas associados à matéria sobre a qual se está decidindo (KEENEY; RAIFFA, 1976). Uma matéria complexa – como a definição das prioridades em saúde – está submetida a distintos critérios de decisão. Dependendo de qual for adotado, é possível chegar a conclusões distintas, uma vez que raramente uma opção será a melhor de acordo com todos os critérios. Em outras palavras, cada critério de decisão pode conduzir a uma resposta diferente a respeito de qual é a melhor opção. Assim, por exemplo, é possível que os critérios "participação popular", "gravidade da doença", "vulnerabilidade do indivíduo" e "custo-efetividade" cheguem, cada um, a uma resposta distinta sobre qual deve ser a prioridade do sistema de saúde.

A técnica de decisão MCDA tem por objetivo ordenar as opções, por meio da criação de um *ranking*, construído com base nos múltiplos critérios relacionados à questão. Desse modo, avalia-se todas as opções de acordo com cada um dos critérios, criando-se uma lista ordenada, pautada no multicritério. Uma versão exemplificativa simplificada foi demonstrada no Quadro 1.

QUADRO 1 – **APLICAÇÃO MULTICRITÉRIO 1**

	CRITÉRIOS (1 A 10)				
OPÇÕES	PARTICIPAÇÃO POPULAR	GRAVIDADE DA DOENÇA	VULNERABILIDADE DO INDIVÍDUO	CUSTO-EFETIVIDADE	**RESULTADO** (MÉDIA)
TRATAMENTO A	10	2	6	3	5,25
TRATAMENTO B	3	4	3	10	5,00
TRATAMENTO C	8	8	9	6	7,75
RESULTADO	1ª OPÇÃO: TRATAMENTO C				
	2ª OPÇÃO: TRATAMENTO A				
	3ª OPÇÃO: TRATAMENTO B				

Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados da pesquisa.

Em situações reais, porém, a complexidade da análise multicritério pode ser significativamente maior, seja em razão do grande número de critérios ou de opções, seja pela atribuição de pesos distintos para cada critério, dependendo de sua relevância. A construção da matriz de análise multicritério deve levar em consideração essas variáveis e atentar para todas as circunstâncias que envolvem a decisão. O preenchimento também deve ser cuidadoso, para não provocar distorções nos resultados. Além disso, também a análise do resultado final deve se objeto de investigação, para se compreender bem o seu significado.

Em uma tentativa de tornar a ideia operacional, a equipe do *National Economic Research Associates* (NERA) divide a aplicação do MCDA em oito etapas (DODGSON et al., 2000):

I. ESTABELECIMENTO DO CONTEXTO DA DECISÃO

: Fixação dos objetivos do MCDA.
  - O que será avaliado?
: Identificação dos tomadores de decisão e dos principais atores.
  - Quem decide? Quem são os *stake holders*?
  - Quem influencia a decisão?
: Desenho do sistema técnico-social para os desenvolvimentos do MCDA.

- Como será realizado o MCDA? Como as opiniões serão colhidas?

: Identificar o contexto de avaliação.
- Identificação da situação atual, dos objetivos a serem alcançados, dos recursos disponíveis e dos obstáculos às melhorias.

II. IDENTIFICAÇÃO DAS OPÇÕES A SEREM AVALIADAS

: Indicação de todas as alternativas para a decisão.

III. IDENTIFICAÇÃO DOS OBJETIVOS E CRITÉRIOS

: Identificação dos critérios.
- Com base em quais critérios serão analisadas as consequências de cada opção identificada no item ii?

: Organizar os critérios, ordenando-os por grau de relevância.

IV. AVALIAR E PONTUAR A PERFORMANCE ESPERADA PARA CADA OPÇÃO DE ACORDO COM CADA CRITÉRIO

: Descrever as consequências de cada opção.

: Pontuar (ranquear) as opções em cada critério.
- Construção de uma escala das consequências, por ordem de preferência.

: Verificar a consistência da pontuação em cada critério.

V. ATRIBUIR PESO AOS CRITÉRIOS, DE ACORDO COM SUA RELEVÂNCIA PARA A DECISÃO

: Identificar quais são os critérios mais relevantes para a decisão e atribuir-lhes peso maior que o dos demais critérios.

VI. COMBINAR O PESO E A PONTUAÇÃO DE OPÇÃO PARA CHEGAR A UM VALOR GERAL

: Calcular a pontuação final, por meio da mescla entre os itens iv e v.

VII. EXAMINAR OS RESULTADOS

VIII. ANÁLISE DE SENSIBILIDADE (TESTE DE RAZOABILIDADE)

: Outras preferências ou pesos afetam a ordem geral das opções?

: Observar as vantagens e desvantagens das opções selecionadas e compará-las de par em par.

: Criar a possibilidade de novas opções melhores das que foram consideradas originalmente.

: Repetir todos os passos até que o modelo requisitado seja obtido.

Os itens acima revelam a complexidade da elaboração de uma matriz multicritério, sendo certo que a prioridade eleita ainda pode ser desdobrada em diversas outras opções, que

necessitaram de uma nova matriz de avaliação. Assim, por exemplo, é possível imaginar uma situação em que os gestores sanitários devem decidir como aplicar uma determinada verba extraordinária. Após a análise do contexto da saúde pública, selecionam-se três opções: doenças geriátricas, câncer de mama e cólera. Em seguida, identificam-se os critérios que devem ser considerados na escolha entre as três opções: "demanda do público", "gravidade da doença", "vulnerabilidade do indivíduo" e "custo-efetividade".

Na etapa seguinte, pontuam todas as opções, de acordo com cada critério (Quadro 2).

QUADRO 2 – **APLICAÇÃO MULTICRITÉRIO 2**

	CRITÉRIOS (1 A 10)			
OPÇÕES	DEMANDA DO PÚBLICO	GRAVIDADE DA DOENÇA	VULNERABILIDADE DO INDIVÍDUO	CUSTO-EFETIVIDADE
DOENÇAS GERIÁTRICAS	4	8	10	3
CÂNCER DE MAMA	8	7	3	8
CÓLERA	3	7	8	8

Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados da pesquisa.

No exemplo, os gestores consideram que o custo-efetividade é o parâmetro mais relevante e atribuem a ele peso 3. A gravidade da doença e a vulnerabilidade do indivíduo recebem peso 2. Por fim, à participação popular é atribuído peso 1. Com a atribuição dos pesos de cada critério, as médias seriam as retratadas no Quadro 3.

QUADRO 3 – **CÁLCULO MULTICRITÉRIO**

DOENÇAS GERIÁTRICAS	[(4X1) + (8X2) + (10X2) + (3X3)]:8 = 6,12
CÂNCER DE MAMA	[(8X1) + (7X2) + (3X2) + (8X3)]:8 = 6,50
CÓLERA	[(3X1) + (7X2) + (8X2) + (8X3)]:8 = 7,12

Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados da pesquisa.

O resultado, portanto, conduziria à seguinte ordem de preferência entre as opções: 1º cólera, 2º câncer de mama e 3º doenças geriátricas.

Escolhido o combate à cólera, os gestores de saúde se deparam com uma segunda decisão a tomar (derivada da primeira), que se relaciona com a escolha da *forma* de combate à cólera. Surgem, então, outras três opções: distribuição de medicamentos, construção de uma rede de saneamento básico e a instituição do programa médico de família. Desse modo, uma nova matriz deve ser realizada, para que se possa escolher uma das três alternativas. O novo resultado poderia ainda ser desdobrado em outras decisões (por exemplo, qual medicamento, que projeto de saneamento, qual o modelo de médico de família etc.).

Não há dúvidas de que o MCDA pode aumentar a transparência e o controle das formulações de políticas públicas (JEHU-APPIAH et al., 2008), permitindo que as decisões sejam tomadas com base racional e pautadas em uma visão ampla. O método possibilita ao gestor focar não apenas a árvore, mas toda a floresta e sob diversos ângulos. A redução da incerteza, porém, não é absoluta, pois, apesar da base racional, o MCDA não é imune ao subjetivismo do tomador da decisão, além da sempre presente possibilidade de erro de avaliação.

Ademais, a delimitação das opções e dos critérios de avaliação já consiste em uma escolha que foge ao alcance do MCDA. O gestor excluirá algumas opções e elegerá os parâmetros de decisão sem utilizar o método multicritério, por se tratar de uma etapa prévia. Assim, um erro nessa etapa comprometeria o MCDA, que deixaria de considerar um aspecto relevante do contexto técnico-social. A classificação hierárquica dos parâmetros, apesar de importante, também abre campo para distorções, pois um equívoco na atribuição de pesos às opções pode modificar por completo o resultado obtido a partir da matriz. Por fim, um aspecto negativo adicional do MCDA é que sua complexidade pode ser incompatível com o tempo e as informações disponíveis para a tomada de decisão. É possível que a prática cotidiana não permita um olhar minucioso sobre todas as opções e métodos de escolha, afastando-se da análise multicritério por inviabilidade de sua aplicação.

Apesar dessas limitações, o MCDA tem a grande virtude de conservar o potencial para levar a sério os diferentes critérios de avaliação. Assim, apesar de falível, o método de decisão multicritério guarda maiores chances de alcançar um resultado equilibrado que a tomada de decisão baseada em critério único. Na escolha das prioridades da política sanitária esse potencial é fundamental, sob pena de se reduzir a saúde a uma visão estrita e incompatível com o seu intrínseco caráter multifacetário.

Conclusão

O presente estudo pretendeu apresentar, de forma muitíssimo simplificada, alguns dos critérios em debate, potencialmente aplicáveis no processo, e ao processo, de fixação de prioridades em saúde. É certo que há muitas outras questões relevantes na realidade que não são capturadas por esses critérios: a situação das minorias, das doenças raras, da pesquisa científica etc. Eles são apenas um ponto de partida para a discussão.

A exposição dos critérios também não abordou, salvo por rápidas menções inevitáveis, o que o Direito tem a dizer sobre eles, e o objetivo central do estudo é justamente convidar as partes envolvidas a esse diálogo. As controvérsias sobre o direito à saúde, sobretudo no campo do Direito, têm ignorado a realidade da fixação de prioridades, do mesmo modo como pouco tem se discutido, sob a perspectiva jurídica, acerca dos critérios adotados para a fixação dessas prioridades ou mesmo sobre as exigências procedimentais para a tomada dessas decisões. Como referido acima, embora a fixação de prioridades em saúde receba a influência de muitos outros conhecimentos, o Direito também deve ter algo a dizer. Sendo a escassez um dado, as decisões de fornecer serviços públicos a determinadas pessoas e não a outras (e, *a fortiori,* a utilização de recursos) devem atender a critérios que respeitem as exigências básicas de justiça da ordem jurídica.

NOTA DE AGRADECIMENTO

O presente estudo foi desenvolvido no âmbito de grupo de pesquisa desenvolvido junto ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Agradecemos a colaboração do acadêmico Edmilson Farias na organização final do texto.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Aloyzio; AZAMBUJA, Maria Inês Reinert. Doenças crônicas não transmissíveis no Brasil: repercussões do modelo de atenção à saúde sobre a seguridade social. *Ciência Saúde Coletiva,* v. 9, n. 4, p. 833-840, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n4/a02v9n4>. Acesso em: 20 nov. 2012.

ALLIN, Sara; MOSSIALOS, Elias; MCKEE, Martin; HOLLAND, Walter. Making decisions on public health: a review of eight countries. *European Observatory on Health Systems and Policies.* Bruxelas, 2004.

ARVIDSSON, Eva et al. Priority setting in primary health care-dilemmas and opportunities: a focus group study. *BMC Family Practice,* v. 11, n. 71, 2010. Disponível em: <https://bmcfampract.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2296-11-71>. Acesso em: 09 jun. 2017.

BALTUSSEN, Rob; NIESSEN, Louis. Priority setting of health interventions: the need for multi-criteria decision analysis. *Cost Effectiveness and Resource Allocation*, v. 4, n. 14, 2006. Disponível em: <https://resource-allocation.biomedcentral.com/articles/10.1186/1478-7547-4-14>. Acesso em: 09 jun. 2017.

BORGES, Camila Furlanetti; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. A política de atenção básica do Ministério da Saúde: refletindo sobre a definição de prioridades. *Trab. Educ. Saúde*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 27-53, mar.-jun. 2010.

DIEDERICH, Adele; WINKELHAGE, Jeannette; WIRSIK, Norman. Age as a criterion for setting priorities in health care? A survey of the German public view. *PLoS ONE,* n. 6, ago. 2011.

DIEDERICH, Adele; SWAIT, Joffre; WIRSIK, Norma. Citizen participation in patient priotization policy decisions: an empirical and experimental study on patients' characteristics. *PLoS ONE,* n. 7, v. 5, 2012.

DODGSON, John et al. DTLR multi-criteria analysis manual. Londres: *NERA*, p. 40-41, 2000. Disponível em: <http://www.nera.com/67_4765.htm>. Acesso em: 08 nov. 2012.

DRACHLER, Maria de Lourdes; CÔRTES, Soraya M. Vargas; CASTRO, Janice Dorneles de; LEITE, José Carlos de Carvalho. Proposta de metodologia para selecionar indicadores de desigualdade em saúde visando definir prioridades de políticas públicas no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 8, n. 2, p. 461-470, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

FOX-RUSHBY, Julia; MILLS, Anne; WALKER, Damian. Setting health priorities: the development of cost-effectiveness league tables. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 79, n. 7, p. 679-680, 2001.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado*. Porto Alegre: Juruá, 2011.

GOLDBERG, Daniel S.; McGEE, Summer J. Pain as global public health priority. *BMC Public Health*, v. 11, p. 770-770, 2011.

GRUSKIN, Sofia; DANIELS, Norman. *Justice and human rights*: priority setting and fair deliberative process, v. 98, n. 9, p. 1573-1577, 2008.

HADORN, David C. Setting health care priorities in Oregon: cost-effectiveness meets the rule of rescue. *JAMA,* v. 265, n. 17, mai. 1991.

HERNÁNDEZ, Eduardo Martínez y.; PERULLES, Luis Francisco García; CRESPO, Enrique Barón. *Tratado del derecho a la protección de la salud*. 2. ed. Madri: Servicio de publicaciones de la facultad de derecho da Universidad Complutense Madrid, 2004.

HUTUBESSY, Raymond; CHISHOLM, Dan; EDEJER, Tessa Tan-Torres; WHO-CHOICE. Generalized cost-effectiveness analysis for national-level priority-setting in the health sector. *Cost Effectiveness and Resource Allocation*, v. 1 n. 8, 2003.

JEHU-APPIAH, Caroline et al. Balancing equity and efficiency in health priorities in Ghana: the use of multicriteria decision analysis. *Value in health*, v. 11, n. 7, p. 1081-1087, 2008.

JOHRI, Mira et al. The importance of age in allocating health care resources: does intervention-type matter? *Health Economics*, n. 14, 2005.

KAPIRIRI, Lydia; NORHEIM, Ole Frithjof. Criteria for priority-setting in health care in Uganda: exploration of stakeholders' values. *Bulletin of the World Health Organization*, n. 82, mar. 2004.

KEENEY, Ralph L.; RAIFFA, Howard. *Preferences and value tradeoffs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes 2006.

LAUDE, Anne; MATHIEU, Bertrand; TABUTEAU, Didier. *Droit de la santé*. 2. ed. Paris: PUF, 2009.

LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria Cavalcanti. *Promoção de saúde*: a negação da negação. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

MALTA, Débora Carvalho; SILVA, Marta Maria Alves da; ALBUQUERQUE, Geórgia Maria; LIMA, Cheila Maria de; CAVALCANTE, Tania; JAIME, Patrícia Constante; SILVA JÚNIOR, Jarbas Barbosa da. A implementação das prioridades da Política Nacional de Promoção da Saúde, um balanço, 2006 a 2014. *Ciência e Saúde Coletiva,* v. 19, n. 11, p. 4301-4311, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. São Paulo: Forense, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Basic Documents*. 14. ed. Geneva: World Health Organization, 2009. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241650472_eng.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2007.

PINHO, Michaela Moreira. Fórum: racionamento dos cuidados de saúde: problemática inerente. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 24, mar. 2008.

_____; VEIGA, Paula Alexandra Correia Veloso. Avaliação de custo-utilidade como mecanismo de alocação de recursos em saúde: revisão do debate. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 25, p. 239-250, fev. 2009.

RICE, Dorothy P. Health status and national health priorities. *The Western Journal of Medicine*, n. 154, v. 3, mar. 1991.

SABIK, Lindsay M.; LIE, Reidar K. Lessons from the experiences of eight countries. *International Journal for Equity in Health*, n. 7, v. 4, jan. 2008.

WILLIAMS, Alan. Setting priorities in health care: an economist's view. *The journal of Bone and Joint Surgery*, v. 73-B, n. 3, maio 1991.

_____. Priority setting in public and private health care: a guide through the ideological jungle. *Journal of Health Economics*, n. 7, 1988.

_____. Intergenerational equity: an exploration of "fair innings" argument. *Health Economics*, n. 6, p. 117-132, mar. 1997.

WINKELHAGE, Jeannette; DIEDERICH, Adele. The relevance of personal characteristics in allocating health care resources – Controversial preferences of laypersons with different educational backgrounds. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, n. 9, 2012.

Ana Paula de Barcellos

Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e Doutora pela UERJ. Pós-Doutora pela Harvard University.

abarcellos@bfbm.com.br

Fábio Souza

Mestre e Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), graduado em Direito pela UERJ (1999), pós-graduado em Direito Privado (2001) e em Direito Processual Público (2007) pela UFF. Juiz Federal no Rio de Janeiro, coordenador do Curso de Aperfeiçoamento Profissional em Previdência da UERJ.

fdss16@gmail.com

Humberto Laport de Mello

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

hlaport@oi.com.br

Juliana Florentino

Mestre em Direito Público e bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

jufmoura@hotmail.com

Sérgio de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

sergiodesouzaufrj@gmail.com

Técio Bianco

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

teciobianco@hotmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 18.03.2017
Aprovado: 05.05.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201719

Os valores da corrupção: administração de bens apreendidos e confiscados

THE VALUES OF CORRUPTION: ADMINISTRATION OF SEIZED AND CONFISCATED ASSETS

Ricardo Andrade Saadi[1] *e Diogo de Oliveira Machado*[2]

Resumo

O artigo se dedica a explorar os valores patrimoniais e extrapatrimoniais envolvidos em casos de corrupção. A pesquisa se inspira em recomendações que organismos internacionais – como as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos, o Banco Mundial e a Transparência Internacional – construíram para enfrentar esse problema. Penalistas e internacionalistas que participam dessas reflexões engendradas nas reuniões dos foros internacionais delimitam o marco teórico do trabalho, cuja abordagem transnacional é complementada por informações nacionais extraídas de banco de dados oficiais. O confisco de bens constitui estratégia privilegiada para reagir à corrupção, por ser medida que afeta o lucro, objetivo principal do criminoso econômico. O confisco só será possível, contudo, caso se adotem medidas cautelares para preservar o valor dos bens enquanto o respectivo processo judicial se desenvolve. A constrição temporária desses bens os leva à custódia do Estado, que assume a responsabilidade de administrá-los de maneira economicamente eficiente.

Palavras-chave

Direito internacional; corrupção; recuperação de ativos; administração de bens apreendidos e confiscados.

Abstract

The article is dedicated to explore the touchable and untouchable values related to corruption. The research is inspired by reflections that international organizations – such as the United Nations, the Organization of American States, the World Bank and the Transparency International – have built to address the problem. Criminalists and internationalists who participate in these reflections engendered in international forums meetings delimit the theoretical framework of the article. The confiscation of property is a privileged strategy to respond to corruption, because it affects the profit, which is the main purpose of economic criminal activity. However, confiscation is only possible if provisional measures are previously adopted in order to preserve the value of goods while the trial reaches an end. The temporary constriction of these assets implies their custody by the State, who is responsible to manage them in a cost-effective way.

Keywords

International law; corruption; asset recovering; management of seized and confiscated assets.

1 Delegado de Polícia Federal
Brasília – DF – Brasil

2 University of Glasgow
Glasgow – Escócia

CC BY-NC

Introdução

Processos judiciais que julgam práticas de corrupção frequentemente requerem a adoção de medidas sobre ativos que constituem produto, proveito ou mesmo instrumento do crime. Nesses casos, o Estado é chamado a lidar com o desafio de gerenciar, com efetividade, ativos apreendidos e confiscados[1] no âmbito de processos dessa natureza. Este estudo explora diretrizes internacionais e iniciativas nacionais sobre administração de bens de origem ilícita que estão, provisória ou definitivamente, sob a custódia estatal. A reflexão desenvolvida sobre o tema reconhece que a economia globalizada alça o fenômeno da corrupção a um patamar transnacional e, por isso, o estudo salienta as diretrizes internacionais sobre a matéria. Com efeito, organizações internacionais constituem espaços privilegiados para o desenvolvimento de orientações que superam forças políticas e econômicas que eventualmente constrinjam iniciativas em nível nacional (MICHALOWSKI; KRAMER, 1987).

A arena internacional conta com a participação de países em diferentes estágios de desenvolvimento e com diferentes estratégias econômicas, fatores esses que influenciam as negociações entre os múltiplos atores, com vistas a um acordo final. Tais acordos constituem diretrizes que denotam o consenso político atingido pela comunidade internacional para o controle de práticas corruptas. Esse consenso é particularmente importante quando se trata da administração de ativos apreendidos em casos de corrupção, uma vez que o fluxo de capital ilícito entre países é uma característica do mundo globalizado, movido por uma economia interconectada, o que requer soluções cujos horizontes também transponham as fronteiras nacionais (AAS, 2010).

Com efeito, o Brasil é Estado parte de convenções internacionais contra a corrupção e, como tal, compromete-se a desenvolver políticas públicas em conformidade com os termos desses tratados (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2014; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME,

1 Autores como Rogério Filippetto (2011, p. 182) diferenciam o conceito de confisco e de perdimento de ativos. O autor entende que confisco soa como exercício de ato de império de iniciativa do Estado, de conteúdo punitivo, como expropriação do patrimônio pessoal. Ao contrário, perdimento foi o termo preferido pelo texto constitucional para prescrever as sanções penais aplicáveis no Brasil (inciso XLVI do artigo 5º). A esse despeito, adotaremos a postura de Bonfim e Bonfim (2005, p. 97) no sentido de que o termo confisco pode se aplicar ao perdimento de bens e valores como efeito genérico da condenação penal. Importantes marcos normativos internacionais ratificam essa orientação. No âmbito das Nações Unidas, a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas (artigo 1º, g), a Convenção contra o crime organizado transnacional (artigo 2º, g) e a Convenção contra a corrupção (artigo 2º, g) definem confisco como a privação de algum bem, em caráter definitivo, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente. A reiterada menção que as convenções internacionais fazem ao confisco como expropriação legal de bens de origem ilícita parece fundamentar nosso alinhamento à permissão de adotá-lo como termo sinônimo de perdimento de bens.

2017). A aderência do Brasil aos termos das convenções internacionais é periodicamente analisada por meio de avaliações conduzidas pela organização internacional correspondente, em colaboração com autoridades nacionais. Os relatórios publicados como resultado de tais avaliações constituem importantes fontes de informação sobre medidas adotadas em âmbito doméstico para cumprir com as obrigações internacionais e, por isso, são utilizados neste artigo como referência metodológica.

A resposta à questão inicial passa por identificar e analisar os problemas estatais para gerenciamento de ativos apreendidos ou confiscados, a fim de encontrar possíveis alternativas à disposição das autoridades de persecução. Esses desafios são comuns à comunidade de nações, de modo que os países se organizam em foros internacionais para pensar soluções criativas e inovadoras de alcançar os melhores resultados no enfrentamento à corrupção. As estratégias contemporâneas recomendam enfrentar a criminalidade econômica sob a perspectiva econômica. Em outras palavras, privar corruptos e corruptores dos recursos provenientes da corrupção. A medida, por óbvio, traz ônus ao Estado: se retira o patrimônio da esfera individual, assume para si a tarefa de administrá-lo. Por isso o estudo também se dedica a explorar os resultados alcançados com o gerenciamento desses bens, para, enfim, apresentar as possibilidades de aprimoramento do modelo estatal de gestão, com fundamento tanto em instrumentos já previstos pelo ordenamento jurídico nacional, como a alienação antecipada de bens, quanto em possíveis encaminhamentos futuros, como a criação de um escritório especializado em recuperação de ativos.

O trabalho está organizado de modo a privilegiar essa metodologia que, inicialmente, aborda danos econômicos, sociais e políticos da corrupção, valendo-se de contribuições aportadas por instituições como o Banco Mundial e o Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos. Esse item introdutório do artigo chama a atenção para as demandas sociais que exigem a gestão dos recursos públicos de maneira íntegra, sob pena de ruptura da coesão social e de grave fragilização da governança. Dados de pesquisas recentes desenvolvidas pela Transparência Internacional ilustram o impacto da corrupção na opinião pública brasileira. A resposta do Estado a essas demandas também é abordada, mediante uma compilação das principais iniciativas de enfrentamento da corrupção, desenvolvidas no último decênio de forma coordenada pelos três Poderes da República.

O item seguinte é dedicado a explorar as especificidades da resposta estatal à criminalidade econômica. Como a corrupção é delito que se reveste de grande viés patrimonial, o artigo defende a razoabilidade de enfrentá-lo de modo a retirar do autor do crime o que ele auferiu com a conduta ilícita, sejam bens, direitos ou valores. Nesse sentido, a recuperação de ativos é erigida como estratégia primordial de lidar com a corrupção, com efeitos positivos tanto para dissuadir a prática do crime quanto para reparar os danos dele decorrentes. Cogitar o confisco dos bens somente ao final do processo judicial, contudo, é inútil. A essa altura, o autor do crime provavelmente terá se desfeito do bem caso ele tenha ficado sob a sua custódia. Por isso, o Estado pode se valer de medidas acautelatórias

para avocar a responsabilidade de preservar o valor econômico dos bens até decisão definitiva sobre a licitude. Essa medida é recomendada por convenções internacionais e encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, o terceiro item aborda os desafios da consequência lógica da apreensão de bens pelo Estado: a responsabilidade de administrá-los. O artigo apresenta a normativa nacional e estrangeira e os dados de sistemas públicos de estatísticas oficiais sobre a gestão de bens apreendidos ou confiscados no âmbito de processos judiciais. A análise da carência de estrutura estatal para administração de bens leva em consideração dois pontos nevrálgicos do problema: a pluralidade da natureza dos bens e o longo prazo em que ficam sob a custódia estatal. A parte final do artigo identifica as iniciativas em que o Brasil se envolve, tanto em âmbito nacional quanto internacional, para superar a deficiência reconhecida em gerir bens de origem ilícita. A conjunção das variáveis exploradas ressalta a relevância da pesquisa para propor alternativas à carência de estrutura pública de gestão de bens sob o poder do Estado, de modo a priorizar sugestões e recomendações para a intervenção na realidade. Com efeito, o protagonismo do tema e as implicações para a governabilidade e para a estabilidade social denotam a importância do assunto como matéria de pesquisa (MURRAY, 2013).

1 Corrupção: dados econômicos, sociais e políticos

As últimas décadas foram marcadas por crescentes reações contra a corrupção (NAYLOR, 2003). O tema é frequente nas manchetes e se constitui, progressivamente, como elemento balizador da satisfação pública com o governo (BERGERON, 2013). Algumas dessas reações assumem forma de manifestação pública para comunicar que a corrupção é prática que não se coaduna com o imperativo da eficiência dos serviços próprios da administração do Estado e do comportamento ético dos poderes estatais constituídos.

No Brasil, as manifestações de junho de 2013 tiveram como um de seus principais motes a indignação com o mau uso dos recursos públicos. Pesquisa desenvolvida pela Transparência Internacional[2] revelou que o índice de percepção da corrupção entre brasileiros coloca o País na 79ª posição entre os 176 países pesquisados. A 1ª posição é ocupada pela Dinamarca, reconhecida como o país menos corrupto (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2017). Em 2013, a organização não governamental divulgou dados agregados que informam que 35% dos brasileiros sentem que o nível de corrupção no País é está-

2 A Transparência Internacional é uma organização não governamental que visa a enfrentar a corrupção em âmbito global por meio de ações que congregam governos, empresas e sociedade civil. A organização está representada em mais de 100 países e é referência mundialmente reconhecida pela publicação anual do relatório do índice de percepção da corrupção, cujos resultados são reportados ao Grupo de Trabalho Anticorrupção do G20.

vel. Apenas 23% dos entrevistados reconhecem como efetivas as ações do governo contra a corrupção, o que a torna um sério problema no setor público nacional para 70% deles. Os partidos políticos foram identificados como as instituições mais corruptas, imediatamente seguidas pelo Congresso Nacional e pela Polícia (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2013).

O Banco Mundial também pesquisa o controle da corrupção pelos países. O conceito é entendido como a percepção da medida com que o poder público é exercido para ganhos privados, independentemente da extensão da corrupção, e constitui uma das variáveis para aferir os indicadores de governança de um país. O índice de controle da corrupção varia entre 0 e 100. Em que pese a melhor performance brasileira em 2011, quando o índice de controle de corrupção atingiu a marca de 63, dados de 2015 apontam o pior desempenho do País, com índice de 41,35 (BANCO MUNDIAL, 2016).

O movimento anticorrupção não se restringe, contudo, às fronteiras nacionais. Manifestações em diversos outros países pedem o enfrentamento de ações ímprobas. A própria Organização das Nações Unidas (ONU) fez uma leitura das revoluções da Primavera Árabe como "uma veemente rejeição da corrupção e um grito por integridade" (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2011a). Alguns anos depois, o Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos (ICIJ, pelo acrônimo em inglês) revelou atividades econômicas ilícitas que envolviam a subsidiária do Banco HSBC na Suíça (CONSÓRCIO INTERNACIONAL DE JORNALISTAS INVESTIGATIVOS, 2017a). O país inspirou o nome da investigação colaborativa, batizada como *Swiss Leaks* (CONSÓRCIO INTERNACIONAL DE JORNALISTAS INVESTIGATIVOS, 2017b), que expôs práticas de suborno e outros ilícitos cometidos por empresários e personalidades de mais de 200 países. Também foram reveladas transações financeiras suspeitas praticadas por autoridades políticas de países como Argélia, Djibouti, Filipinas, Geórgia, Grã-Bretanha, Índia, Liechtenstein, Líbano, México, Paraguai, Quênia, República Democrática do Congo, Romênia, Ruanda, Rússia, Senegal, Tunísia, Ucrânia e Zimbábue.

No ano seguinte, o ICIJ revelou a existência de transações ilícitas de capital financeiro por meio de milhares de empresas de fachada. A investigação ficou conhecida como o maior vazamento da história sobre informações privadas dessa natureza (CONSÓRCIO INTERNACIONAL DE JORNALISTAS INVESTIGATIVOS, 2017c): *Panama Papers*, escândalo cujo nome foi dado em referência ao país que sedia o escritório jurídico (Mossack Fonseca) responsável pela criação de estruturas corporativas, frequentemente em paraísos fiscais, com o objetivo de proteger a identidade de pessoas que lucram com ativos ilícitos. O escândalo teve alcance global e expôs pessoas de mais de 200 países, muitas das quais envolvidas em casos de corrupção e em práticas correlatas. A repercussão impactou a opinião pública sobre o governo de alguns países, o que denota a relação que se tem visto estabelecer entre escândalos de corrupção, estabilidade política e governabilidade (GREEN, 2005; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2011a).

Rejeitar a corrupção é compreensível. A gestão criminosa de recursos públicos prejudica sobremaneira o desenvolvimento dos países. O desvio de dinheiro impede o desenvolvimento de obras públicas e a manutenção de serviços essenciais, o que afeta a circulação de recursos e a geração de empregos e riquezas. Investidores não se interessam em alocar recursos a áreas onde prevalecem atividades de corrupção e de descontrole administrativo. Por isso, o subdesenvolvimento econômico e social é condição que não pode ser superada sem o enfrentamento do abuso de poderes confiados ao Estado e ilegalmente utilizados para obter ganhos privados.

Uma atuação governamental comprometida com o desenvolvimento, com a legalidade e com a probidade pressupõe, portanto, a construção de uma pauta permanente de enfrentamento à corrupção. Isso porque a malversação de recursos públicos dificulta a prestação de serviços em prol da cidadania, o que, em última análise, gera um quadro de desesperança na sociedade, que pode pôr em risco a legitimidade de gestão do poder público.

A reivindicação por uma governança pública transparente ocupa, de fato, as agendas nacional e internacional. Em âmbito nacional, o título XI do Código Penal cuida dos crimes contra a administração pública, atribuindo penas a diversas condutas ímprobas. As fórmulas tradicionalmente concebidas pelo direito penal, todavia, frequentemente não são capazes de oferecer respostas adequadas à criminalidade econômica, como a corrupção. Estratégias preventivas assumem cada vez mais importância sobre medidas tardiamente punitivas. Nesse contexto se fortalece a integração das esferas civil, administrativa e penal – sem, contudo, confundirem-se – para que cada seara disponibilize os instrumentos de que dispõe para enfrentar a corrupção.

Sanções civis e penais são aplicadas, quando cabíveis, por determinação judicial. A competência judiciária exclusiva para estabelecer tais sanções não significa, contudo, a coincidência de procedimentos. A jurisdição penal dos tribunais conta com ferramentas próprias, diferentes daquelas de que se vale a jurisdição civil. Em que pese ambas as jurisdições compartilharem a possibilidade de aplicar sanções pecuniárias e de determinar o confisco e a devolução de ativos, penas privativas de liberdade, por exemplo, só se aplicam em julgamentos criminais. Nada obstante, o Poder Judiciário não está isolado no esforço de enfrentar a corrupção. Sanções administrativas podem ser infligidas pela Administração Pública e envolvem a cominação de multa e de outras coações pecuniárias, a decretação do confisco e a restituição de ativos, além da aplicação de advertências e de suspensão de licenças e permissões de funcionamento.

É com essa perspectiva que importantes ferramentas civis e administrativas se somaram ao arcabouço jurídico estabelecido para controlar a corrupção. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) já previa que atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4º). Em 1992, a Lei n. 8.429, Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), veio

dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito. Dentre as espécies de atos de improbidade que ela abrange, estão os que geram enriquecimento ilícito (art. 9), os que importam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Para todos os casos, o texto da lei ratificou as sanções constitucionalmente previstas e foi além: sujeitou o responsável pela improbidade ao pagamento de multa civil e à proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Caso a improbidade constitua enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, poderá ser decretada, ainda, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do infrator (art. 12).

Iniciativas mais recentes também merecem destaque. Vale ressaltar a Lei Complementar n. 135/2010 (BRASIL, 2010), Lei da Ficha Limpa, que visa proteger a probidade administrativa por meio de hipóteses de inelegibilidade a cargos políticos de candidatos condenados por órgãos colegiados e a Lei n. 12.527/2011 (BRASIL, 2011a), Lei de Acesso à Informação, que fomenta o desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública. Essas leis aprimoraram o arcabouço normativo brasileiro contra a corrupção, que, até 2013, privilegiou a responsabilização de pessoas físicas por atos ímprobos. Com a promulgação da Lei n. 12.846/2013 (BRASIL, 2013c), o País passou a dispor de ferramentas que permitem a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Em âmbito administrativo, a pessoa jurídica infratora pode sofrer o constrangimento de ver extraordinariamente publicada a decisão que a condenou. Também poderá pesar contra ela sanção de multa, cujo valor será equivalente ou superior à vantagem auferida e pode atingir o montante de 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos (art. 6). Às sanções administrativas, somam-se medidas judiciais que podem decretar: o perdimento de ativos que representem vantagem ou proveito obtidos da infração; a suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica; a proibição temporária de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público; e, em último caso, a própria dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19).

As iniciativas nacionais se inspiraram, em grande medida, em documentos produzidos pela comunidade internacional para estabelecer ações preventivas e repressivas com o fim de conter o suborno de funcionários públicos, a corrupção na política fiscal e no setor privado. Dentre os instrumentos de referência, vale destacar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC),[3] a Convenção Interamericana contra

3 O Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

a Corrupção[4] e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, no âmbito da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE).[5]

A criação de um quadro normativo capaz de estabelecer constrangimentos de natureza jurídica contra práticas ímprobas é de importância fulcral, mas não é suficiente. A aplicação de tais normas requer iniciativas criativas, sofisticadas e abrangentes, coordenadas entre os vários atores que se envolvem no enfrentamento da corrupção. É com essa perspectiva que, em 2003, foi instituída a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). A ENCCLA consiste na articulação de diversos órgãos governamentais e da sociedade civil que se reúnem com o objetivo de identificar e propor ajustes aos pontos falhos do sistema anticorrupção. A propósito da ENCCLA, vale ressaltar que a estratégia foi reconhecida pelas Nações Unidas como boa prática brasileira, exitosa em instrumentalizar políticas de enfrentamento à corrupção, o que contribui para uma boa avaliação sobre a forma como o País implementa o artigo 36 da UNCAC (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2011b, p. 11). A boa avaliação sobre a ENCCLA também foi destacada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), grupo intergovernamental que desenvolve os padrões internacionais de enfrentamento à lavagem de dinheiro (GAFI, 2010).

Atualmente, mais de 60 órgãos e entidades fazem parte da ENCCLA, que conta com representantes do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, além de representantes do Ministério Público e da sociedade civil. A abrangência da ENCCLA é atenta ao pacto federativo ao envolver não só instituições federais, mas também estaduais. A iniciativa garante a coordenação de agentes governamentais e não governamentais que enfrentam a corrupção. Além das reuniões habituais para consecução das metas previamente estabelecidas segundo corresponsabilidades dos órgãos que compõem a Estratégia, há também reuniões bimestrais do Gabinete de Gestão Integrada (GGI), que consiste em grupo de 25 órgãos participantes da ENCCLA e que tem como atribuição acompanhar a execução das ações em vigência, bem como planejar e propor as futuras ações e recomendações a serem discutidas nas reuniões plenárias. Por ocasião da plenária, realizada anualmente, todos os órgãos representados se reúnem para discutir o trabalho realizado ao longo do ano que passou e deliberar as ações a serem realizadas no ano seguinte. As primeiras ações contra a

4 O Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002, promulgou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c".

5 O Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000, promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997.

corrupção estabelecidas pela ENCCLA datam de 2004 e estiveram presentes em todos os anos subsequentes (ver Apêndice A no final do artigo).

O conjunto dessas metas e recomendações reúne os principais esforços do Estado brasileiro em enfrentar a degeneração social e econômica que constitui consequência própria do desvio de recursos públicos. Os prejuízos financeiro e econômico resultam dos inevitáveis impactos que a corrupção gera no investimento público e privado. Disso decorrem perdas na prestação dos serviços públicos, com danos sociais agravados porque vulnerabiliza sobretudo os estratos da população mais dependentes dos préstimos do Estado.

Os efeitos da corrupção são abrangentes e se expandem da seara socioeconômica para atingir também o âmbito político. A descrença nas instituições públicas e a desconfiança geral da população nos representantes eleitos certamente ameaçam a consolidação da democracia. Isso porque um dos fundamentos democráticos é a confiança depositada pela sociedade na boa administração dos recursos entregues ao Estado.

Dessarte, as iniciativas que se opõem à corrupção têm o condão de contribuir para mitigar efeitos deletérios sob a perspectiva econômica, social e política. Ao tempo em que permitem o favorável desenvolvimento do sistema econômico, fomentam a alocação eficiente de recursos públicos para os fins originários e, com isso, reparam fissuras da coesão social e recuperam a confiança pública desgastada e a institucionalidade da governança fragilizada.

Fica claro, portanto, que o enfrentamento da corrupção é consciente dos valores afetados por esse crime: tanto os valores que fundamentam o desenvolvimento social e a crença nas instituições quanto os valores absolutos dos bens indevidamente apropriados das arcas públicas.

2 Pagando na mesma moeda: os custos da corrupção

O exercício da jurisdição estatal para coibir atos ilícitos pode implicar a apreensão temporária ou o perdimento definitivo de ativos relacionados à conduta ilegal. Essas sanções guardam especial correspondência com a corrupção, cuja perspectiva de lucro é preponderante e, por isso, comumente implica em ativos de grande valor financeiro. Estimativas indicam que cerca de US$ 1,8 trilhão são anualmente desviados por práticas de corrupção, evasão fiscal e crime organizado (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2010). Recursos desviados de países em desenvolvimento, como o Brasil, atingem cifras entre US$ 20 e US$ 40 bilhões por ano (BANCO MUNDIAL E ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME, 2007, p. 9). O total de recursos repatriados entre 1996 e 2011 atinge US$ 5 bilhões (STEPHENSON et al., 2011, p. 11).

A corrupção comumente se estrutura sobre complexos fluxos financeiros, que tanto mantêm o funcionamento dinâmico da atividade ilícita, quanto geram os dividendos almejados dessa atividade. Bens e valores constituem, simultaneamente, o objetivo último do crime e a força motriz de sua própria subsistência. A compreensão do caráter empresarial

dessa criminalidade sugere a estratégia de que o Estado pode se valer para enfrentá-la. É dizer que as práticas ilícitas de vocação econômica, voltadas ao expressivo incremento patrimonial dos criminosos, denotam que a resposta estatal não terá êxito em controlá-las caso não envolva, necessariamente, a preocupação com esse patrimônio (KILCHLING, 2001, p. 264).

A reação estatal à corrupção se expande, portanto, para além da dogmática tradicional. À resposta tradicional de imposição da pena corporal, com os efeitos decorrentes dessa condenação, somam-se implicações sobre o patrimônio. O enfrentamento da criminalidade econômica reclama adaptação própria para oferecer respostas adequadas a novos desafios. É o que advoga Rogério Filippeto:

> Assim, nada mais natural do que se investir nas medidas alternativas à imposição da pena privativa de liberdade, notadamente na utilização da pena de multa e da pena de perdimento de bens e valores [...]. Percebe-se, também, o acerto de paralelamente investir-se em providências relacionadas com a responsabilidade civil do agente, como a obrigação de reparar o dano causado pelo crime e o perdimento de bens. [...]
> Ao impedir a fruição desses proveitos [do crime], afirma-se o adágio popular de que *o crime não compensa*. A implementação da recuperação de ativos passa a ser objetivo mais importante que a própria imposição de pena, em virtude da ofensa à ordem socioeconômica ou à administração da justiça. Trata-se de uma postura funcional, almejando reduzir a produção criminal. A estratégia não deixa de ser resultado de um enfoque econômico do Direito, pois parte-se do raciocínio básico de que o incremento no custo da prática da ação ilícita é um importante fator na dissuasão do agente. A análise do custo benefício é que determina o comportamento criminoso do homem econômico (FILIPPETO, 2011, p. 207-208).

Se o crime se torna um negócio que gera grandes volumes de riqueza, a política criminal que reage a esse quadro será efetiva na medida em que priva os criminosos dos proveitos ilicitamente auferidos. A resposta penal por excelência, tradicionalmente voltada à persecução da pessoa, exige uma reformulação para contemplar ações que busquem valores. Dessarte, o confisco de ativos é importante eixo da nova estratégia estatal para arrostar a corrupção.

Além de assumir efeito dissuasório da prática do crime, a constrição de bens pode assegurar a reparação de danos causados pelo delito. A propósito, as medidas para indisponibilizar o patrimônio ilícito foram historicamente concebidas como instrumento para garantir que vítimas pudessem requerer, futuramente, a compensação pelos prejuízos que o delito lhes tiver causado (DE CARLI, 2012, p. 217). Em crimes de corrupção, contudo, nem sempre é possível nomear vítimas individualmente, mas a índole reparatória a que se destinam as medidas patrimoniais permanece para assegurar a compensação da sociedade pelos danos econômicos e sociais.

Felizmente, avanços podem ser observados nessa mudança de paradigma. São cada vez mais comuns os procedimentos de persecução criminal que priorizam a recuperação de ativos, reconhecida como a mais perspicaz ferramenta para confrontar o proveito do crime (CRIBB, 2003, p. 180).

A abordagem da efetividade da atuação estatal em recuperar bens apreendidos ou confiscados é complexa e, por isso, exige uma análise que congregue os modelos estrangeiros já desenvolvidos, a doutrina acadêmica construída sobre o assunto, a legislação nacional sobre o tema e as boas práticas já assimiladas. O intuito de disfarçar a origem ilícita dos valores desviados por práticas de corrupção comumente implica que sejam destinados a outros países. O envolvimento de jurisdição estrangeira dificulta a investigação nacional para estabelecer a relação entre o ato ilegal e o ativo com vistas a, posteriormente, recuperá-lo. Essa prática confere aos atos de corrupção uma natureza frequentemente transnacional, o que exige, por paralelismo, uma resposta transnacional ao problema. É por essa razão que os foros internacionais são espaços privilegiados em que os países se dedicam a desenvolver estudos, debates e recomendações sobre a recuperação de bens apreendidos ou confiscados.

Com efeito, a sociedade internacional se une pelo que compartilha de valores básicos. Tais valores são comumente refletidos – expressa ou implicitamente – em instrumentos internacionais consagrados, como as convenções. Nesse sentido, chama a atenção a UNCAC, pela ampla abrangência, de vocação global, o que lhe confere especial relevância. Também conhecida como Convenção de Mérida, contempla a abordagem do fenômeno da corrupção para além do campo penal. É o que comunica o artigo 43, que chama os Estados Parte a considerar a possibilidade de prestar cooperação mútua nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas à corrupção.

A Convenção considera o expressivo viés monetário do crime, de modo que, para enfrentá-lo, compartilha a estratégia de privilegiar a descapitalização de criminosos, o que necessariamente implica a constrição de bens (ANSELMO, 2012, p. 83). É ilustrativa a abrangência expressa do confisco dentro do âmbito de aplicação (art. 3) da Convenção e a dedicação do artigo 31 às orientações quanto ao embargo preventivo, à apreensão e ao confisco. A constrição de bens também é abordada em todo o capítulo V, reservado à recuperação de ativos. O artigo 53 desse capítulo trata de medidas para a recuperação direta de bens e, para tanto, prevê que um Estado possa atuar como litigante nos tribunais de outro Estado Parte, seja como querelante – quando entabula uma ação civil com o objetivo de determinar a titularidade ou propriedade de bens adquiridos mediante a prática de corrupção – seja como vítima – quando ajuíza ação para requerer indenização ou ressarcimento de danos e prejuízos decorrentes da corrupção. Além disso, estabelece que os Estados adotarão as medidas necessárias a fim de permitir que as decisões pelo confisco reconheçam o legítimo direito de propriedade de outro Estado Parte sobre os bens adquiridos mediante a prática de corrupção.

A importância que a Convenção de Mérida atribui aos custos patrimoniais do crime fica patente quando o artigo 57 sugere a restituição integral dos ativos desviados ao Estado prejudicado pelo delito (MACHADO, 2013, p. 102). Na verdade, a sensibilidade de que se reveste o crime de corrupção é tamanha que a convenção inova em relação a todas as demais convenções das Nações Unidas para prever, ainda no artigo 57, a possibilidade de que tais ativos sejam restituídos sem que haja a necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória.

A OCDE concluiu a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Esse instrumento normativo também preceitua que os Estados capturem os bens de origem ilícita ao estabelecer que o suborno e o produto da corrupção de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, estão sujeitos a retenção e confisco (art. 3, item 3). A Convenção tampouco se restringe aos limites do direito penal, e chama os Estados a considerar a imposição de sanções civis ou administrativas adicionais à pessoa sobre a qual recaiam sanções por corrupção de funcionário público estrangeiro (art. 3, item 4).

A Convenção Interamericana contra a Corrupção também compartilha a perspectiva de descapitalizar criminosos por meio da apreensão de bens de origem ilícita. É nesse sentido que determina que os Estados prestem a mais ampla assistência possível para identificar, localizar, bloquear, apreender e confiscar bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos tipificados de acordo com a Convenção, ou os bens usados para essa prática, ou o respectivo produto (art. 15).

Como Estado Parte de todos esses instrumentos internacionais, o Brasil reconhece a efetividade da estratégia de recuperar ativos ilicitamente auferidos. Esse reconhecimento é expresso nos acordos bilaterais de cooperação jurídica internacional em matéria penal que o País negocia com outros Estados. Atualmente, estão em vigor acordos dessa natureza com Canadá,[6] China,[7] Colômbia,[8] Coreia do Sul,[9] Cuba,[10] Espanha,[11] Estados Unidos,[12] França,[13]

6 Promulgado pelo Decreto n. 6.747, de 22 de janeiro de 2009 (BRASIL, 2009a).

7 Promulgado pelo Decreto n. 6.282, de 3 de dezembro de 2007 (BRASIL, 2007).

8 Promulgado pelo Decreto n. 3.895, de 23 de agosto de 2001 (BRASIL, 2001b).

9 Promulgado pelo Decreto n. 5.721, de 13 de março de 2006 (BRASIL, 2006a).

10 Promulgado pelo Decreto n. 6.462, de 21 de maio de 2008 (BRASIL, 2008a).

11 Promulgado pelo Decreto n. 6.681, de 8 de dezembro de 2008 (BRASIL, 2008b).

12 Promulgado pelo Decreto n. 3.810, de 2 de maio de 2001 (BRASIL, 2001a).

13 Promulgado pelo Decreto n. 3.324, de 30 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Honduras,[14] Itália,[15] México,[16] Nigéria,[17] Panamá,[18] Peru,[19] Portugal,[20] Reino Unido,[21] Suíça,[22] Suriname[23] e Ucrânia.[24]

O cumprimento dessas obrigações internacionais exige fundamento normativo interno que as torne juridicamente possíveis. No que tange à legislação brasileira, o Código Penal estabelece os efeitos da condenação nos seguintes termos (BRASIL, 1940):

> Art. 91 - São efeitos da condenação:
> I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
> II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:
> a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
> b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.
> § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

O Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941) também denota a importância do custo patrimonial de crimes contra a administração pública, como é o caso da corrupção, ao determinar que "o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais" (art. 33, § 4º).

Na seara administrativa e civil, a Lei n. 12.846/2013 (BRASIL, 2013c) prevê a possibilidade de ajuizar ação contra pessoas jurídicas infratoras com vistas ao "perdimento

• • •

14 Promulgado pelo Decreto n. 8.046, de 11 de julho de 2013 (BRASIL, 2013a).

15 Promulgado pelo Decreto n. 862, de 9 de julho de 1993 (BRASIL, 1993).

16 Promulgado pelo Decreto n. 7.595, de 1º de novembro de 2011 (BRASIL, 2011c).

17 Promulgado pelo Decreto n. 7.582, de 13 de outubro de 2011 (BRASIL, 2011b).

18 Promulgado pelo Decreto n. 7.596, de 1º de novembro de 2011 (BRASIL, 2011d).

19 Promulgado pelo Decreto n. 3.988, de 29 de outubro de 2001 (BRASIL, 2001c).

20 Promulgado pelo Decreto n. 1.320, de 30 de novembro de 1994 (BRASIL, 1994).

21 Promulgado pelo Decreto n. 8.047, de 11 de julho de 2013 (BRASIL, 2013b).

22 Promulgado pelo Decreto n. 6.974, de 7 de outubro de 2009 (BRASIL, 2009c).

23 Promulgado pelo Decreto n. 6.832, de 29 de abril de 2009 (BRASIL, 2009b).

24 Promulgado pelo Decreto n. 5.984, de 12 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006b).

de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração" (art. 19, inc. I). Ainda neste campo, a Lei n. 8.429/1992 (BRASIL, 1992) também dispõe sobre as sanções patrimoniais aplicáveis a quem comete atos de improbidade:

> Art. 6° No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.
> Art. 7° Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

A exequibilidade dos efeitos patrimoniais das sentenças condenatórias requer poder de cautela do Estado. Nesse sentido, o capítulo VI do Código de Processo Penal dispõe sobre medidas que visam a assegurar a integridade dos bens por ocasião do momento de confiscá-los. A ausência dessas medidas cautelares permitiria que réus em processo de corrupção se desfizessem dos bens no decorrer do procedimento investigativo ou judicial, o que inviabilizaria a recuperação dos ativos. Para evitar o perecimento de bens, o Estado pode se valer de institutos jurídicos como o sequestro, a hipoteca legal, o arresto e a busca e apreensão.

O sequestro é medida aplicável a bens – móveis ou imóveis – auferidos com os proventos da infração. Logo, sequestra-se o produto indireto do delito ou, por analogia, o produto direto, caso constitua bem imóvel e, portanto, insuscetível de apreensão (LEITE, 2011, p. 294). Trata-se de providência preparatória ou incidental à ação penal, de modo que pode ser decretada antes mesmo de oferecida a denúncia ou, posteriormente, em qualquer fase do processo. O sequestro incide sobre bens em relação aos quais não há uma decisão definitiva do Poder Judiciário sobre a licitude da origem. Bastam indícios veementes da proveniência ilícita para que o juiz o ordene, seja por iniciativa própria, seja mediante pedido das autoridades persecutórias (arts. 126 e 127 do Código de Processo Penal – CPP). Dada essa natureza precária, o sequestro pode ser levantado caso a ação penal não seja intentada no prazo de 60 dias ou caso terceiro beneficiado pela transferência dos bens preste a devida caução (art. 131 do CPP). A hipoteca legal e o arresto constituem providências reguladas no mesmo capítulo que o CPP dedica ao sequestro (Capítulo VI do Título VI). As medidas compartilham o objetivo de garantir as obrigações patrimoniais decorrentes do crime, primordialmente a reparação do dano.

Nos termos do art. 134 do CPP, o ofendido tem legitimidade para requerer a inscrição da hipoteca legal, que constitui o direito real cujo fito é justamente assegurar a reparação do dano que o crime causou e o pagamento das despesas processuais. Em vista disso, o valor da responsabilidade civil constitui o limite para designação do imóvel a ser hipotecado (art. 135), que, vale ressaltar, independe da vinculação com o crime que se investiga (LEITE, 2011, p. 383). Para a concessão da medida processual, é preciso convicção sobre

a materialidade e razoável segurança sobre a autoria da infração. Pode ser precedida pelo arresto, cuja concessão se submete aos mesmos requisitos.

Além do arresto prévio à hipoteca legal, o sistema jurídico reconhece o arresto como instrumento processual autônomo. Tem por função assegurar a solvabilidade do devedor para indenizar a vítima, pagar as despesas processuais e as penas pecuniárias, de modo que são esses os elementos que balizam o montante a ser arrestado. Assim como o sequestro, pode recair sobre bens móveis e imóveis (DE CARLI, 2012, p. 217). Ao contrário do sequestro, contudo, o arresto se aplica a bens independentemente da ilicitude de sua origem. Aproxima-se, nesse caso, da hipoteca. Afasta-se dela, porém, quando incide sobre bens móveis (art. 137), caso o valor dos bens imóveis seja insuficiente. Nessa hipótese, não é preventivo da hipoteca, mas complementar a ela, quando se revela inapta a garantir o valor previsto da responsabilidade patrimonial (LEITE, 2011, p. 416).

É sujeito à busca e apreensão o objeto direto do crime. Não obstante abordadas no capítulo que o Código de Processo Penal reserva às provas, a busca e a apreensão possuem natureza jurídica variada e também podem ser interpretadas como medidas acautelatórias incidentes sobre bens móveis, com fins de proteção patrimonial (LEITE, 2011, p. 249). Nesse caso, possuem objeto autônomo, distinto do fim probatório, porquanto servem a reparar o dano e a privar o usufruto do autor do crime (LEITE, 2011, p. 267).

A aplicação dessas ações assecuratórias exige o cumprimento de requisitos próprios. O *fumus boni juris* exige indícios suficientes para que o direito seja considerado plausível, ou seja, reclama a razoabilidade e a probabilidade de que o processo principal decida definitivamente pela perda dos bens. Quando advier tal decisão, é preciso que ela não seja tardia a ponto de não ter aplicabilidade em virtude do perecimento do bem. Por isso, o *periculum in mora* também constitui requisito de verificação obrigatória e denota que a medida acautelatória deve se aplicar quando se destine a evitar prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação principal (MIRABETE, 2005, p. 253). Esse prejuízo frequentemente se traduz na desvalorização do valor real dos ativos ou mesmo no perecimento ou ocultação desses bens, caso eles permaneçam sob o domínio dos réus. Além disso, é preciso vislumbrar nexo causal entre o bem e a autoria do ilícito, a fim de reconhecer a responsabilidade patrimonial individualizada.

3 Administração de ativos apreendidos e confiscados

A mudança paradigmática que reconhece a relação simbiótica entre a corrupção e o proveito econômico constitui o primeiro passo no sentido de se apropriar das oportunidades que o ordenamento jurídico disponibiliza para descapitalizar a atividade criminosa (BLANCO CORDERO, 2009, p. 277). Esse primeiro movimento, apesar de constituir motivo de otimismo pela sua efetividade, faz-nos deparar com um novo desafio: como bem gerenciar os ativos apreendidos ou confiscados?

A sentença judicial que priva os apenados dos ganhos ilícitos é a mesma que transfere esses proveitos à responsabilidade do Estado. Essa privação se justifica pela expectativa de preservação dos bens, direitos e valores, de modo que é desarrazoado que tais ativos se desvalorizem quando passem à responsabilidade do Estado. Logo, o apoderamento do Estado sobre os ativos implica, necessariamente, o múnus de aproveitá-los economicamente. A intervenção do Estado sobre a propriedade é determinação grave, sobretudo diante do caráter provisório da medida cautelar. Impõe-se, portanto, uma intervenção útil.

Por óbvio, à medida que o novo paradigma aumenta o número de ordens de natureza acautelatória, cresce também o número de ativos que requerem o gerenciamento estatal. A falta de estrutura para o manejo apropriado desses bens e valores é um problema desafiador (BLANCO CORDERO, 2011, p. 95). Os motivos desse desafio são variados.

A princípio, há de se considerar a diversidade de ativos apreendidos: empresas dos mais diversos ramos, fazendas, animais, aeronaves, embarcações, carros, joias, equipamentos eletrônicos, além de ativos financeiros (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 57-58). O sequestro de cotas de um cemitério ilustra, de forma emblemática, o quão diversos podem ser os ativos apreendidos. Tratou-se de constrição judicial sobre cemitério em Governador Valadares/MG que era utilizado para prática de lavagem de dinheiro, crime que costuma suceder a corrupção. Uma vez que a empresa passou à responsabilidade do Estado, também passou a ser de responsabilidade estatal a autorização para o funcionamento do cemitério, com a continuidade das atividades de sepultamento (BRAGA, 2010). Indubitavelmente, os procedimentos relativos à administração de bens tão diversos exigem do Estado expertise suficiente para geri-los de forma não só a preservar o valor desses ativos, mas de modo a explorar o seu potencial produtivo.

Ademais, a regra geral de longa duração dos procedimentos judiciais que julgam a corrupção e que decidirão, definitivamente, sobre a licitude desses bens implica, como consequência lógica, que eles ficarão longos anos sob a responsabilidade estatal. A guarda desses bens gera um ônus excessivo e duradouro ao Estado, o que reforça o imperativo de manutenção do valor producente desses ativos em longo prazo. Do ponto de vista utilitário e econômico, soa desarrazoado manter objetos apreendidos em depósitos por muito tempo. As despesas são inúmeras e somam desde os custos financeiros de aluguel do depósito até a própria manutenção dos bens, sempre sujeitos à desvalorização quando não utilizados.

Ninguém ganha quando os bens sujeitos a medidas de constrição não cumprem sua função econômica. O prejuízo é ainda maior quando tais bens se deterioram. Em caso de condenação do réu e perda definitiva do bem, o Estado terá fracassado em reparar o dano provocado pela corrupção. Em caso de absolvição, o proprietário receberá o bem depreciado, e é provável que o Estado tenha de responder à sua intervenção ineficiente com o pagamento de indenização correspondente.

O diagnóstico da carência de estrutura estatal para o gerenciamento de ativos confiscados tem despertado iniciativas para superação desse quadro. A ENCCLA congrega as

mais importantes ações nesse tema. O Apêndice B (no final do artigo) compila o progresso dos esforços em melhor administrar os bens apreendidos pelo Estado.

Um dos produtos do acúmulo desses esforços da ENCCLA se destaca no enfrentamento da corrupção: trata-se do Laboratório de Tecnologia contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2011b, p. 156). Os laboratórios realizam um trabalho de análise de informação relevante de natureza cadastral, bancária, fiscal, contábil, bursátil, patrimonial e telefônica e de outras formas de comunicação telemática, que serve de apoio às autoridades de persecução penal, o que promove uma investigação multidisciplinar. Para tanto, utiliza-se de uma gama diversa de fontes de informação – abertas e fechadas – a que têm acesso, o que permite realizar o cruzamento de informações que podem contribuir para detectar incompatibilidades no incremento patrimonial dos sujeitos investigados.

Com efeito, os laboratórios lançam mão de alta tecnologia – *hardware* e *software* – para a recopilação, centralização e análise da informação, o que gera a possibilidade de desenvolver uma ampla rede de laboratórios de tecnologia contra a corrupção em âmbito nacional e internacional. Trata-se de iniciativa muito bem avaliada nos foros internacionais, que já despertou interesse de vários países (GAFI, 2010; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013, p. 4; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2011b, p. 156). Exemplo disso é que Brasil e Bolívia assinaram acordo para implementação de Laboratório de Tecnologia no Combate à Lavagem de Dinheiro naquele país.[25]

Em suma, os laboratórios são ferramentas que permitem encontrar os ativos de origem ilícita, por meio da investigação patrimonial. Com efeito, as autoridades de persecução penal devem promover investigações patrimoniais, paralelas à investigação principal, a fim de identificar os ativos vinculados às práticas de corrupção. Uma atividade de persecução que não tenha esse foco patrimonial não contará com a especialização suficiente para encontrar o nexo causal entre o crime e os ativos que dele resultam.

Além de promover políticas para a localização de ativos eventualmente vinculados a casos de corrupção, a ENCCLA fomentou o mapeamento do quadro de bens apreendidos e, atualmente, em poder do Estado: o Sistema Nacional de Bens Apreendidos (SNBA). Trata-se de base de dados de abrangência nacional que compila as informações sobre os bens apreendidos em procedimentos criminais. A alimentação do SNBA é de responsabilidade do juiz vinculado ao respectivo processo em que o perdimento do bem foi decretado. A reunião desses dados permite gerar estatísticas aptas a subsidiar políticas para gerenciamento desses bens. Com efeito, a manutenção de estatísticas sobre a apreensão de ativos é medida recomendada ao Brasil pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento

25 Documento em posse do autor.

Econômico, como forma de enfrentar a corrupção (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2014). O SNBA registra quase 17 bilhões de bens sob a custódia do Estado, que atingem o valor de aproximadamente R$ 2 bilhões (BRASIL, 2015).

No âmbito da avaliação sobre como o Brasil implementa a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, o SNBA foi identificado como ferramenta de êxito para consolidar informações sobre ativos apreendidos e, com isso, controlá-los e monitorá-los (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2011b, p. 79). O sistema atende a disposições do parágrafo 3 do artigo 36 da Convenção de Mérida, mas não é suficiente. Por isso, como encaminhamento da avaliação, as Nações Unidas recomendaram ao Brasil que desenvolva um escritório de recuperação de ativos ou outra agência capaz de gerenciar os ativos propriamente, a fim de que não se deteriorem e mantenham sua função econômica (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2011b, p. 79). De fato, as informações disponibilizadas pelo SNBA são o passo inicial para fomentar a administração de bens, de modo a superar o mero depósito e avançar para explorar o potencial econômico deles.

Em que pese a possibilidade de o Estado nomear pessoa física ou jurídica para atuar como administrador, a pluralidade de bens apreendidos e sequestrados é tão complexa que nem sempre será viável tal administração. É por essa razão que o CPP, além de abordar o regime para o depósito e a administração dos bens, trata da possibilidade de "alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção" (art. 144-A, *caput*).

Diz-se alienação porque se trata da venda de bens que, em virtude da origem ilícita e por força de medidas acautelatórias, estão em poder do Estado. Vende-se o bem quando a medida parece ser a mais adequada para lhe preservar o valor econômico até que sobrevenha sentença definitiva. Diz-se antecipada justamente porque constitui exceção à regra de que a venda dos bens só é realizada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O mérito da alienação antecipada está em evitar que bens apreendidos e sequestrados fiquem abandonados em depósitos e sofram, quando menos, da depreciação pela passagem do tempo. Ao contrário, se vendidos os bens, o valor correspondente à identidade econômica é depositado em conta bancária necessariamente atrelada a alguma forma de atualização monetária. Se, afinal, sobrevier sentença condenatória, o Estado poderá se valer desse montante para restabelecer o *status quo* prévio à prática de corrupção. Se o réu for absolvido, ele receberá o correspondente ao valor econômico dos bens, com a devida atualização. Vê-se, portanto, que a lei oferece algumas ferramentas para que o Estado extraia proveito econômico dos bens à sua disposição. A decisão sobre qual é a medida mais efetiva, contudo, não é fácil. A conjuntura atual está a exigir uma profissionalização dessa atividade de administração.

Os desafios que enfrentamos para gerenciamento de bens apreendidos não são exclusivos do Brasil. A corrupção, como fenômeno que afeta toda a comunidade internacional,

tem convidado os países a pensar soluções conjuntas para lidar com os aspectos patrimoniais do crime. É nessa perspectiva que a Organização dos Estados Americanos desenvolveu o Projeto de Bens Confiscados na América Latina (Projeto BIDAL, segundo o acrônimo em espanhol). Em 2014, o Brasil passou a ser beneficiado pelo Projeto.[26]

O Projeto BIDAL constitui um programa de assistência técnica que sugere mecanismos de aprimoramento do sistema de identificação, localização e administração de ativos de origem ilícita sob o poder do Estado. O Projeto tem por escopo estabelecer normas de governança e transparência na gestão dos bens, para que sejam administrados de modo a alcançar efetividade produtiva, com diretrizes sobre pontos críticos para o sucesso, tanto do ponto de vista organizacional quanto do fundamento normativo-legal que sustentará uma administração responsável desses ativos.

A grande contribuição do Projeto BIDAL reside em aproveitar a experiência de vários outros países para identificar as melhores práticas de que já se lançou mão para administrar bens de origem ilícita com ferramentas de vanguarda. O conhecimento acumulado ao longo dos anos de aplicação do Projeto incentiva o aprimoramento dos procedimentos nacionais para apreensão, confisco, administração e disposição de ativos provenientes de crimes de corrupção. O Projeto tem escopo abrangente, que inclui a investigação patrimonial, a administração de ativos apreendidos, o destino desses ativos após o confisco e o elemento da cooperação internacional. Para tanto, preliminarmente, foi elaborado diagnóstico situacional que identificou aspectos positivos e negativos do sistema brasileiro de investigação e administração de bens apreendidos e a forma de disposição dos ativos sob o poder do Estado (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2015). Com isso, foi preparado documento de trabalho apresentado à ENCCLA, com propostas de aprimoramento do inventário e registro de bens apreendidos e confiscados, de supervisão e controle desses bens, de administração de provas, de suspensão ou exoneração das cargas tributárias relacionadas aos bens apreendidos, de venda antecipada, de administração de produtos financeiros, de administração de empresas apreendidas, de cooperação internacional e de destinação de bens confiscados (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016).

Segundo o relatório apresentado à ENCCLA, uma vez declarado o confisco definitivo, os bens devem ser, a princípio, leiloados ou eventualmente doados a instituições que os tenham usado em sua fase de apreensão, mediante prévia consideração das necessidades institucionais e do plano de uso efetivamente apresentado. Quanto aos bens que forem efetivamente leiloados, o produto financeiro, os valores em dinheiro e o produto do leilão devem ser utilizados para cobrir os gastos despendidos com a manutenção e preservação

26 Documento em posse do autor.

desses bens. O valor remanescente deve ser destinado a vítimas, caso a autoridade judicial competente as tenha identificado na sentença, bem como o montante ou os ativos suscetíveis de restituição. Os valores remanescentes podem ser destinados a instituições públicas envolvidas no enfrentamento da corrupção, como o Ministério da Justiça, o Ministério Público, o Poder Judiciário e a Advocacia-Geral da União. Finalmente, devem ser destruídos os bens cujo estado tornem impossível ou excessivamente onerosa a respectiva reparação ou reforma (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016). Com isso, pretendemos acessar respostas visionárias do futuro, que criem condições para o desenvolvimento de ações que sejam capazes de enfrentar novas modalidades criminosas com novos instrumentos de política criminal.

Conclusão

A corrupção é crime com capacidade de movimentar grandes volumes de riqueza. Esse fenômeno guarda um caráter quase empresarial, no sentido de que tem por escopo principal o lucro. A vocação própria da criminalidade econômica desafia, portanto, a aposta que o sistema de justiça historicamente faz para enfrentar o crime: a privação de liberdade. Ora, se o crime é cometido para alcançar ativos de grande valor econômico, a resposta estatal será razoável à medida que considerar iniciativas dirigidas a recuperá-los de mãos criminosas em prol dos legítimos destinatários; frequentemente, a própria sociedade. O confisco de bens, direitos e valores é, portanto, medida consoante a estratégia de priorizar a recuperação de ativos auferidos mediante práticas corruptas.

São recentes os avanços que permitiram entender o confisco como iniciativa fundamental para enfrentar a corrupção. Isso porque o procedimento penal se apresenta tradicionalmente voltado à persecução contra a pessoa, sem a devida atenção ao patrimônio envolvido no crime. Foram subutilizados mesmo os parcos instrumentos que o ordenamento jurídico disponibilizou às autoridades de persecução para identificar e localizar ativos. Não obstante esse quadro, pouco a pouco uma mudança paradigmática desloca prioridades da estratégia estatal e o confisco assume tal importância a ponto de ser considerado ferramenta indispensável ao efetivo enfrentamento da corrupção.

Os avanços significaram novos desafios. O aumento de ordens de confisco – ou de medidas acautelatórias para garantia do confisco futuro – obviamente aumentou o número de ativos sob a responsabilidade do Estado. Quando o confisco é definitivo, decidido por sentença transitada em julgado que transfere a propriedade do bem ao Estado, esse bem será disposto em conformidade com a legislação que regulamenta o patrimônio estatal. Situação mais desafiadora é aquela em que os bens estão sob a custódia provisória do Estado. É o caso de quando medidas cautelares são aplicadas e o Estado avoca a função de administrar bens e de garantir que o valor econômico correspondente seja preservado, com o fim de assegurar a utilidade de eventual ordem futura de confisco.

As medidas cautelares podem ser aplicadas a uma vasta pluralidade de bens, o que implica a exigência de alto grau de especialidade para reconhecer o meio mais proveitoso de administrá-las. A natureza do bem ditará a estratégia de gerenciamento, que usualmente precisa ser concebida para longo prazo. Os casos de corrupção costumam ser complexos, com envolvimento de muitos autores e com uma materialidade cuja comprovação requer custosos procedimentos para instrução probatória. Esses elementos contribuem para processos penais cujo desenvolvimento se expande no tempo, o que implica que os bens relacionados a esses processos ficarão longos anos sob a custódia do Estado. Esse quadro gera problemas diretos à boa administração e preservação dos bens apreendidos.

Lidar com esses problemas exige estratégias que conjugam esforços nacionais e internacionais. Em âmbito nacional, a ENCCLA tem pautado a política que congrega as principais instituições da República em prol da boa gestão dos bens em poder do Estado: tanto os bens públicos propriamente ditos – afinal, enfrentar a corrupção é, em suma, proteger o patrimônio público – quanto os bens que provisoriamente estão a cargo do Estado, como medida para enfrentar práticas ímprobas. Indubitavelmente, os principais avanços normativos e operacionais para o aprimoramento da administração de bens apreendidos foram pensados no âmbito da ENCCLA.

A corrupção não é, contudo, exclusividade brasileira. Ao contrário, provoca toda a comunidade internacional, que se vê prejudicada pelos altos custos do desvio de recursos públicos. Os principais foros internacionais erigiram o enfrentamento da corrupção como uma de suas principais pautas. Os países têm lançado mão das ferramentas próprias do direito internacional – convenções, acordos bilaterais, programas de assistência técnica, documentos de referência, manuais de boas práticas – com o escopo de buscar diretrizes inovadoras para lidar com uma criminalidade que transpõe fronteiras. Se a corrupção, como crime econômico, afeta o sistema financeiro internacional, a arena transnacional onde se opera a comunicação entre países reage em busca de estratégias coordenadas para enfrentá-la.

Recuperar ativos desviados por práticas de corrupção é desafio que deve ser encarado de forma inovadora, aberta ao desenvolvimento de propostas que surgem dentro e fora das nossas fronteiras. Exige o desenvolvimento de ações futuristas, que sejam capazes de enxergar à frente para projetar soluções capazes de oferecer respostas efetivas em longo prazo. É lidar com a criminalidade econômica com visões e instrumentos adequados de política criminal. É, em suma, resgatar o que o crime desviou.

REFERÊNCIAS

AAS, Katja Franko. Global criminology. In: MCLAUGHLIN, Eugene; NEWBURN, Tim (eds). *The Sage handbook of criminological theory*. Londres: Sage, 2010.

ANSELMO, Marcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANCO MUNDIAL. *Worldwide governance indicators*: country data report for Brazil. Disponível em: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#countryReports>. Acesso em: 9 jan. 2016.

BANCO MUNDIAL E ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. *Stolen asset recovery initiative:* challenges, opportunities and an action plan. Washington, DC, 2007.

BERGERON, James. Transnational organised crime and international security. *The RUSI Journal*, v. 158, n. 2, 2013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales.* Madrid: Aranzadi, 2009.

_____. *Sistemas de administración de bienes de América Latina y Guía para la administración de bienes incautados y decomisados del crimen organizado.* Washington: OEA Documentos Oficiales, 2011.

BONFIM, Marcia Mougenout; BONFIM, Edilson Mougenout. *Lavagem de dinheiro.* São Paulo: Malheiros, 2005.

BRAGA, Mariana. O desafio de administrar os bens apreendidos dos criminosos. *Revista Via Legal*, v. 3, n. 9, p. 21, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, DF, 13 out. 1941 (retificado em 24 out. 1941).

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 3 jun. 1992.

BRASIL. Decreto n. 862, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de l7 de outubro de 1989. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 12 jul. 1993.

_____. Decreto n. 1.320, de 30 de novembro de 1994. Promulga o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, de 07 de maio de 1991. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 1º dez. 1994.

_____. Decreto n. 3.324, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, celebrado em Paris, em 28 de maio de 1996. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 31 dez. 1999.

_____. Decreto n. 3.810, de 2 de maio de 2001. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 3 mai. 2001a.

_____. Decreto n. 3.895, de 23 de agosto de 2001. Promulga o Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Colômbia, celebrado em Cartagena de Índias, em 7 de novembro de 1997. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 24 set. 2001b.

_____. Decreto n. 3.988, de 29 de outubro de 2001. Promulga o Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru, celebrado em Lima, em 21 de julho de 1999. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 30 out. 2001c.

_____. Decreto n. 5.721, de 13 de março de 2006. Promulga o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República da Coréia sobre Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal, celebrado em Brasília, em 13 de dezembro de 2002. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 14 mar. 2006a.

_____. Decreto n. 5.984, de 12 de dezembro de 2006. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia, celebrado em Kiev, em 16 de janeiro de 2002. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 13 dez. 2006b.

_____. Decreto n. 6.282, de 3 de dezembro de 2007. Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China sobre Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal, celebrado em Pequim, em 24 de maio de 2004. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 4 dez. 2007.

BRASIL. Decreto n. 6.462, de 21 de maio de 2008. Promulga o Acordo de Cooperação Judicial em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cuba, celebrado em Havana, em 24 de setembro de 2002. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 23 mai. 2008a.

_____. Decreto n. 6.681, de 8 de dezembro de 2008. Promulga o Acordo de Cooperação e Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, celebrado em Brasília, em 22 de maio de 2006. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 9 dez. 2008b.

_____. Decreto n. 6.747, de 22 de janeiro de 2009. Promulga o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, celebrado em Brasília, em 27 de janeiro de 1995. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 23 jan. 2009a.

_____. Decreto n. 6.832, de 29 de abril de 2009. Promulga o Tratado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Suriname sobre Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal, celebrado em Paramaribo, em 16 de fevereiro de 2005. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 30 abr. 2009b.

_____. Decreto n. 6.974, de 7 de outubro de 2009. Promulga o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, celebrado em Berna, em 12 de maio de 2004. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 8 out. 2009c.

_____. Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 7 jun. 2010.

_____. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 18 nov. 2011a.

_____. Decreto n. 7.582, de 13 de outubro de 2011. Promulga o Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Nigéria, firmado em Brasília, em 6 de setembro de 2005. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 13 out. 2011b.

_____. Decreto n. 7.595, de 1º de novembro de 2011. Promulga o Tratado de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos, firmado na Cidade do México, em 6 de agosto de 2007. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 3 nov. 2011c.

BRASIL. Decreto n. 7.596, de 1º de novembro de 2011. Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Panamá sobre Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal, assinado na Cidade do Panamá, em 10 de agosto de 2007. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 3 nov. 2011d.

_____. Decreto n. 8.046, de 11 de julho de 2013. Promulga o Tratado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Honduras sobre Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal, firmado em Tegucigalpa, em 7 de agosto de 2007. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 12 jul. 2013a.

_____. Decreto n. 8.047, de 11 de julho de 2013. Promulga o Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, firmado em Londres, em 7 de abril de 2005. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 12 jul. 2013b.

_____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2 ago. 2013c.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 14 nov. 2014.

_____. *Conselho Nacional de Justiça*. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/SNBA/relatorio_bens.php>. Acesso em: 7 jan. 2015.

_____. *Ministério da Justiça*. 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla>. Acesso em: 13 fev. 2017.

CONSÓRCIO INTERNACIONAL DE JORNALISTAS INVESTIGATIVOS. *HSBC pays Swiss authorities record-breaking fine*. Disponível em: <https://www.icij.org/blog/2015/06/hsbc-pays-swiss-authorities-record-breaking-fine>. Acesso em: 13 fev. 2017a.

_____. *Swiss leaks:* murky cash sheltered by bank secrecy. Disponível em: <https://www.icij.org/project/swiss-leaks/about-project-swiss-leaks>. Acesso em: 13 fev. 2017b.

_____. *Panama papers*. About this project. Disponível em: <https://panamapapers.icij.org/about.html>. Acesso em: 13 fev. 2017c.

CRIBB, Nicholas. Tracing and confiscating the proceeds of crime. *Journal of Financial Crime,* v. 11, n. 2, 2003.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro:* ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

FILIPPETO, Rogério. *Lavagem de dinheiro:* crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAFI. *Mutual evaluation report. Federative Republic of Brazil,* 2010. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20full.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

GREEN, Penny. Disaster by design: Corruption, construction and catastrophe. *The British Journal of Criminology,* v. 45, n. 4. Oxford: University Press, 2005.

KILCHLING, Michael. Tracing, seizing and confiscating proceeds from corruption (and other illegal conduct) within or outside the criminal justice system. *European Journal of Crime*. Criminal Law and Criminal Justice. v. 9, n. 4, 2001.

LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MACHADO, Maria Rocha. *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos:* Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MICHALOWSKI, Raymond J.; KRAMER, Ronald C. The space between the laws: the problem of corporate crime in a transnational context. *Social Problems*, v. 34, n. 1, 1987.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

MURRAY, Kenneth. A square go: tackling organised crime where it doesn't want to be tackled. *Journal of Money Laundering Control,* v. 16, n. 2, 2013.

NAYLOR, Robin Thomas. Towards a general theory of profit-driven crimes. *The British Journal of Criminology,* v. 43, n. 1. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *XXXVII Meeting of the Group of Experts for the Control of Money Laundering. Final Report*. 2013. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=2427>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. *Sistemas de administración de bienes de América Latina y Guía para la administración de bienes incautados y decomisados del crimen organizado*. Washington, DC: OEA, 2011.

_____. *Projeto BIDAL Brasil*. Documento de resultados do diagnóstico situacional relacionado à investigação patrimonial, administração e destino de bens apreendidos e confiscados. 2015. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1/arquivos-bidal/diagnostico-situacional-portugues.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. *Projeto BIDAL Brasil*. Documento de Trabalho do Grupo de Trabalho Interinstitucional. 2016. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1/arquivos-bidal/bidal-proposta-gti-final-1.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Brazil – OCDE Anti-Bribery Convention*. 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-oecdanti-briberyconvention.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

STEPHENSON, Kevin M. et al. *Barriers to asset recovery:* an analysis of the key barriers and recommendations for action. Washington, DC: The World Bank, 2011.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Relatório anual 2010*. 2010. Disponível em: <http://files.transparency.org/content/download/76/303/file/2010_AnnualReport_EN.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2015.

_____. *Global Corruption Barometer:* Brazil. 2013. Disponível em: <https://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=brazil>. Acesso em: 9 jan. 2016.

_____. *Corruption Perceptions Index 2016*. 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 12 jun. 2017.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Primavera árabe mostra a rejeição da população contra a corrupção e pedido por integridade*, 2011a. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2011/10/25-primavera-arabe-mostra-a-rejeicao-da-populacao-contra-a-corrupcao-e-pedido-por-integridade-disse-diretor-executivo-do-unodc-na-abertura-da-conferencia-global-contra-a-corrupcao.html>. Acesso em: 3 jan. 2015.

_____. *Country Review Report of Brazil*. 2011b. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017_01_19_Brazil_Final_Country_Report.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017

_____. *Brazil*. 2017. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/treaties/CAC/country-profile/CountryProfile.html?code=BRA>. Acesso em: 13 fev. 2017.

APÊNDICE A – AÇÕES ESTABELECIDAS PELA ENCCLA CONTRA A CORRUPÇÃO

2004	PREPARAR INSTRUMENTO NORMATIVO E CAMPANHA PARA ORIENTAR OS ÓRGÃOS PÚBLICOS FEDERAIS E ESTADUAIS A INVESTIGAR SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA E OUTROS INDÍCIOS DE CORRUPÇÃO APRESENTADOS POR SEUS FUNCIONÁRIOS (SINDICÂNCIA PATRIMONIAL) (META 29).
2005	REALIZAR GESTÕES JUNTO AO CONGRESSO NACIONAL NO SENTIDO DE APROVAR EM CARÁTER DE URGÊNCIA A CONVENÇÃO DA ONU CONTRA A CORRUPÇÃO (META 43).
2006	DEFINIR PESSOAS POLITICAMENTE EXPOSTAS (PEPS) EM ATENÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 52 DA CONVENÇÃO DA ONU CONTRA A CORRUPÇÃO E NA RECOMENDAÇÃO N. 6 DO GAFI (META 1).
2007	ELABORAR ANTEPROJETO DE LEI PARA APERFEIÇOAR A TROCA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS ENTRE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICOS DE CONTROLE, PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO (META 2).
2007	DESENVOLVER PROGRAMA DE ALTOS ESTUDOS SOBRE CORRUPÇÃO PARA O PODER JUDICIÁRIO (META 24).
2007	ELABORAR ANTEPROJETO DE LEI AMPLIANDO OS PRAZOS PRESCRICIONAIS PENAIS, EM ATENÇÃO AO ARTIGO 29 DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E AO ARTIGO 11, ITEM 5, DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL, CRIANDO NOVOS MARCOS INTERRUPTIVOS (META 26).
2007	RECOMENDA AOS ÓRGÃOS DA ENCCLA A DIVULGAÇÃO EM SEUS SITES E PARA SEUS SERVIDORES DAS CONVENÇÕES CONTRA CORRUPÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E DA ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (REC. 10).
2008	PROPOR MEDIDAS PARA A PROTEÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS QUE ATUEM NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CORRUPÇÃO (META 7).
2008	ELABORAR PROJETO PARA A REALIZAÇÃO DE CAMPANHAS E PROGRAMAS DE CONSCIENTIZAÇÃO, PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO EM ÂMBITO NACIONAL (META 16).
2008	PROMOVER A ARTICULAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS ENVOLVIDOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO, BUSCANDO A INTEGRAÇÃO DE AÇÕES NO ÂMBITO DE SUAS COMPETÊNCIAS (META 17).
2008	VIABILIZAR A CRIAÇÃO DE CADASTRO PÚBLICO UNIFICADO DE PESSOAS SANCIONADAS EM ÚLTIMA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA, RELEVANTES PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO (META 21).

2009	CRIAR UM BANCO INTERATIVO COM TIPOLOGIAS DE CORRUPÇÃO ALIMENTADO E COMPARTILHADO PELOS ÓRGÃOS DA ENCCLA (AÇÃO 2).
2009	ANALISAR A CORRUPÇÃO ASSOCIADA A SERVIÇOS TERCEIRIZADOS (AÇÃO 6).
2009	PROMOVER A HIERARQUIZAÇÃO DE VULNERABILIDADES À CORRUPÇÃO (AÇÃO 8).
2010	ANALISAR AS RELAÇÕES EXISTENTES ENTRE OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E A CORRUPÇÃO (AÇÃO 8).
2010	COMPILAR AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO, DESENVOLVIDAS NO ÂMBITO E EM DECORRÊNCIA DA ENCCLA, COM VISTAS AO PLANEJAMENTO DE AÇÕES FUTURAS (AÇÃO 11).
2010	ANALISAR A ATUAÇÃO DE MILÍCIAS NOS ESTADOS NA PRÁTICA DE CORRUPÇÃO E NA LAVAGEM DE DINHEIRO DELA DECORRENTE (AÇÃO 12).
2010	ANALISAR A ATUAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS EXISTENTES NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS E/OU CARCERÁRIOS NA PRÁTICA DE CORRUPÇÃO (AÇÃO 14).
2010	ANALISAR A ATUAÇÃO DO NARCOTRÁFICO NA PRÁTICA DE CORRUPÇÃO (AÇÃO 15).
2010	ANALISAR A CORRUPÇÃO ASSOCIADA A SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NO ÂMBITO ESTADUAL (AÇÃO 16).
2010	ANALISAR OS RISCOS DE CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS VINCULADOS À COPA 2014 E ÀS OLIMPÍADAS DE 2016, COM ÊNFASE NA FORMAÇÃO DE CARTÉIS (AÇÃO 17).
2011	IMPLEMENTAR MECANISMOS DE LEVANTAMENTO DE DADOS E ESTATÍSTICAS NOS ÓRGÃOS RELACIONADOS AO COMBATE À CORRUPÇÃO, INCLUSIVE DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS EXISTENTES, COM VISTAS À FUTURA INTEGRAÇÃO (AÇÃO 1).
2011	ELABORAR ANTEPROJETO DE LEI PARA INSERÇÃO, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, DE TIPOS PENAIS PREVISTOS EM TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA A CORRUPÇÃO INTERNALIZADOS PELO BRASIL (AÇÃO 6).
2011	CRIAR DELEGACIAS ESPECIALIZADAS NAS POLÍCIAS JUDICIÁRIAS PARA INVESTIGAÇÃO DAS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO (REC. 1).
2011	ESPECIALIZAR CÂMARAS E TURMAS NOS TRIBUNAIS E VARAS PARA JULGAR CASOS RELACIONADOS À PRÁTICA DE CORRUPÇÃO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (REC. 2).

2011	RECOMENDAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DOS ESTADOS A UNIFICAR DA ATRIBUIÇÃO CÍVEL E CRIMINAL RELATIVA À CORRUPÇÃO E À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (REC. 3).
2011	RECOMENDAR AOS ESTADOS E AO DISTRITO FEDERAL A ADOÇÃO DE INICIATIVAS REGIONAIS DE ARTICULAÇÃO PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO (REC. 4).
2012	APRIMORAR O SISTEMA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO SUBORNO TRANSNACIONAL PARA ADEQUÁ-LO ÀS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS, EM PARTICULAR NO MARCO DA CONVENÇÃO DA OCDE (AÇÃO 1).
2012	ELABORAR ROTEIRO DE BOAS PRÁTICAS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, PRIORITARIAMENTE VOLTADAS PARA A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO (AÇÃO 2).
2012	CRIAR MEIOS PARA COIBIR A CONTRATAÇÃO INDEVIDA DE PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS E A OCUPAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS POR PESSOAS CONDENADAS EM SEDE CIVIL, CRIMINAL OU ADMINISTRATIVA (AÇÃO 3).
2012	IDENTIFICAR E ELABORAR DIAGNÓSTICO DOS FUNDOS EXISTENTES, NOS ÂMBITOS FEDERAL E ESTADUAL, DE ARRECADAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BENS, VALORES E DIREITOS, ORIUNDOS DE PRÁTICAS ILÍCITAS, DE FORMA A VERIFICAR A NECESSIDADE E VIABILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE FUNDO ESPECÍFICO PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO OU DE READEQUAÇÃO DOS JÁ EXISTENTES (AÇÃO 5).
2012	ELABORAR MANUAIS DE ATUAÇÃO CONJUNTA ENTRE OS ÓRGÃOS PÚBLICOS EM INVESTIGAÇÕES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO (AÇÃO 6).
2012	MAPEAR E ANALISAR O TRATAMENTO DADO A TESTEMUNHAS, NOTICIANTES, INFORMANTES E COLABORADORES, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E PELO DIREITO COMPARADO, NAS ESFERAS CÍVEL, PENAL E ADMINISTRATIVA, BEM COMO NOS PROJETOS DE LEI EM ANDAMENTO, COM VISTAS A IDENTIFICAR AS LACUNAS NA LEGISLAÇÃO PARA EVENTUAL ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE LEI (AÇÃO 14).
2012	RECOMENDA A IMEDIATA IMPLEMENTAÇÃO DE NORMATIZAÇÃO PARA O PROVIMENTO DE TODOS OS CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA, TENDO POR BASE, DENTRE OUTROS, OS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA LEI DA FICHA LIMPA (REC. 3).
2013	APRESENTAR PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DO PROJETO DE LEI DO SENADO – PLS N. 236/2012 (NOVO CÓDIGO PENAL), ESPECIALMENTE DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A ORDEM ECONÔMICA, TRIBUTÁRIA, FINANCEIRA, TERRORISMO E SEU FINANCIAMENTO E DE LAVAGEM DE DINHEIRO (AÇÃO 2).

2013	AMPLIAR OS MECANISMOS DE COMBATE AO SUBORNO TRANSNACIONAL PARA ADEQUAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS, ESPECIALMENTE NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO DA OCDE (AÇÃO 6).
2013	PROPOR A CRIAÇÃO, NOS ÓRGÃOS DE CONTROLE, DE CADASTRO CONTENDO INFORMAÇÕES RELEVANTES ACERCA DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, ESPECIALMENTE DE DADOS DOS PARTICIPANTES, VISANDO À DETECÇÃO E À PREVENÇÃO DE FRAUDES (AÇÃO 8).
2013	ELABORAR PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO DOS MEIOS OPERACIONAIS DE INVESTIGAÇÃO NOS CRIMES RELACIONADOS À LAVAGEM DE DINHEIRO E À CORRUPÇÃO (AÇÃO 9).
2013	ELABORAR UM PROTOCOLO INTERINSTITUCIONAL DE CUMPRIMENTO DA LEI N. 9.807/99, PARA MAIOR EFETIVIDADE E CONFIABILIDADE DO SISTEMA DE PROTEÇÃO ÀS TESTEMUNHAS (AÇÃO 12).
2014	CONFERIR TRANSPARÊNCIA À MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DAS CONTAS BANCÁRIAS DE ENTES PÚBLICOS OU ENTIDADES PRIVADAS UTILIZADAS PARA GESTÃO DE RECURSOS PÚBLICOS, RESTRINGINDO O SAQUE EM ESPÉCIE (AÇÃO 6).
2014	PROPOR O APERFEIÇOAMENTO DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS QUE GARANTAM O USO OBRIGATÓRIO DO SISTEMA DE CONVÊNIOS DO GOVERNO FEDERAL (SICONV) PARA TODAS AS TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS FEDERAIS PARA ESTADOS, MUNICÍPIOS E ENTIDADES (AÇÃO 7).
2014	CRIAR MECANISMOS PARA DAR TRANSPARÊNCIA ÀS RENÚNCIAS FISCAIS CONCEDIDAS, SUA MOTIVAÇÃO E PRAZOS, DOS BENEFÍCIOS, CONTRAPARTIDAS ESPERADAS E DOS RESULTADOS ALCANÇADOS (AÇÃO 8).
2014	PROPOR A REGULAMENTAÇÃO DO *LAYOUT* DE DADOS, COM REGISTROS DAS CONTRATAÇÕES E LICITAÇÕES DO PODER PÚBLICO E IMPLEMENTAR A INTEROPERABILIDADE ENTRE OS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS INTEGRANTES DA ENCCLA (CONTINUIDADE DA AÇÃO 8/2013) (AÇÃO 9).
2014	IMPLEMENTAR E PUBLICAR CONSULTA INTEGRADA AOS CADASTROS COM INFORMAÇÕES REFERENTES A CONDENAÇÕES OU SANÇÕES QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO A PARTICIPAR DE LICITAÇÃO OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU PARA OCUPAR CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA (CONTINUIDADE DA AÇÃO 11/2013) (AÇÃO 10).
2014	DISSEMINAR E APERFEIÇOAR OS INSTRUMENTOS E NORMATIVOS DE ANÁLISE PATRIMONIAL DE AGENTES PÚBLICOS PARA FINS DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (AÇÃO 11).
2014	RECOMENDA QUE AS ATIVIDADES DE CONTROLE, FISCALIZAÇÃO E PERSECUÇÃO PENAL, ESPECIALMENTE AQUELAS RELACIONADAS AO COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO, SEJAM CONSIDERADAS PRIORITÁRIAS E PRESERVADAS EM SUA EFETIVIDADE DIANTE DA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA (REC. 3).

2014	RECOMENDA A CRIAÇÃO E FORTALECIMENTO NAS ADVOCACIAS PÚBLICAS FEDERAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS, DE GRUPOS ESPECIALIZADOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO E À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, ESPECIALMENTE PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES RELACIONADAS AO AJUIZAMENTO E ACOMPANHAMENTO DE AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EXECUÇÕES DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, AÇÕES CÍVEIS PARA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS, EXECUÇÕES CÍVEIS DE SENTENÇAS PENAIS E AÇÕES CIVIS *EX DELICTO*, BEM ASSIM EVENTUAL INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO EM AÇÕES PENAIS. RECOMENDA-SE QUE, QUANDO POSSÍVEL, ESSES GRUPOS ATUEM EM PARCERIA COM OUTROS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO (REC. 5).
2014	RECOMENDA A IMEDIATA APROVAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL DE LEGISLAÇÃO QUE CRIMINALIZE O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (REC. 6).
2014	DECLARA SEU APOIO À META NACIONAL 4 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, QUE TRATA DO JULGAMENTO PRIORITÁRIO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E COMBATE À CORRUPÇÃO A FIM DE SE CONSOLIDAR UM PADRÃO NA LUTA CONTRA A IMPUNIDADE (REC. 9).
2015	DAR CONTINUIDADE AO DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE CONSULTA E ANÁLISE DE DADOS DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO E PROPOR NORMA PARA IMPLEMENTAÇÃO EM TODOS OS TRIBUNAIS DE CONTAS (CONTINUAÇÃO DAS AÇÕES 8/2013 E 9/2014) (AÇÃO 1).
2015	ELABORAR DIAGNÓSTICO SOBRE O SIGILO FISCAL E OS SEUS EFEITOS NA EFETIVIDADE DAS AÇÕES DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (AÇÃO 2).
2015	PROPOR DIRETRIZES PARA AVALIAR OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE (*COMPLIANCE*) PREVISTOS NA LEI Nº 12.846/2013 (AÇÃO 3).
2015	ESTABELECER ESTRATÉGIA ARTICULADA DE FOMENTO, MONITORAMENTO E COBRANÇA DO CUMPRIMENTO DA LEI N. 12.527/2011, EM RELAÇÃO À TRANSPARÊNCIA ATIVA E PASSIVA (AÇÃO 4).
2015	MAPEAR AS INICIATIVAS DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL EXISTENTES NO BRASIL COM O FIM DE ATUAR JUNTO AOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELO PROJETO REGISTRO DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL – RIC, VISANDO FOMENTAR A SUA IMPLEMENTAÇÃO (AÇÃO 5).
2015	ELABORAR E PROPOR MECANISMOS PARA VIABILIZAR AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE INTERNO E EXTERNO, E ÓRGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, ACESSO À BASE DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA E À ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DIGITAL DO SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL – SPED (AÇÃO 6).

2016	AVALIAR A TRANSPARÊNCIA NOS PODERES LEGISLATIVO (TRÊS ESFERAS), JUDICIÁRIO (ESFERAS FEDERAL E ESTADUAL), MINISTÉRIO PÚBLICO (ESFERAS FEDERAL E ESTADUAL) E TRIBUNAIS DE CONTAS (ESFERAS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL) (AÇÃO 1).
2016	FOMENTAR A PARTICIPAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DE INSTRUMENTOS DE TRANSPARÊNCIA ATIVA PARA MONITORAMENTO DAS FORMAS DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FEDERAIS (AÇÃO 2).
2016	CRIAR DIRETRIZES PARA IMPLANTAÇÃO E EFETIVO FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS ESTADUAL E MUNICIPAL DE CONTROLE INTERNO (AÇÃO 3).
2016	ELABORAR DIAGNÓSTICO E PROPOSIÇÃO DE APRIMORAMENTO DO SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO E INCENTIVO AO DENUNCIANTE E *WHISTLEBLOWER* (AÇÃO 4).
2016	PROPOR A CRIAÇÃO DE MECANISMOS QUE INCENTIVEM A ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (AÇÃO 5).
2016	MAPEAR SISTEMAS DE INFORMAÇÃO E BASES DE DADOS ÚTEIS PARA A PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO, COM VISTAS A: (I) DIFUSÃO DOS RESULTADOS OBTIDOS; (II) COMPARTILHAMENTO, QUANDO POSSÍVEL; E (III) INTEROPERABILIDADE (AÇÃO 8).
2017	PROPOR NORMATIZAÇÃO PARA MELHORIA DOS PROCESSOS DE GOVERNANÇA E GESTÃO A SEREM ADOTADOS EM TODOS OS PODERES E ESFERAS DA FEDERAÇÃO, COM FOCO NO COMBATE À FRAUDE E À CORRUPÇÃO (AÇÃO 1).
2017	DESENVOLVER AÇÕES QUE PERMITAM APOIAR A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO NOS ESTADOS E MUNICÍPIOS (AÇÃO 2).
2017	ESTABELECER DIRETRIZES PARA ATUAÇÃO COORDENADA DA ADVOCACIA PÚBLICA E DAS ESTATAIS COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, OS ÓRGÃOS DE CONTROLE INTERNO E EXTERNO E A POLÍCIA, COM VISTAS À PREVENÇÃO E AO COMBATE À CORRUPÇÃO (AÇÃO 3).
2017	DEFINIR PARÂMETROS E CONCEITUAÇÃO DE CONFLITO DE INTERESSES (AÇÃO 4).
2017	CONSOLIDAR PROPOSTAS DE PREVENÇÃO À PRÁTICA DA CORRUPÇÃO FOMENTANDO A INTEGRIDADE SOCIAL E A EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA (AÇÃO 6).
2017	AMPLIAR O COMPARTILHAMENTO DE DADOS PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (AÇÃO 7).

Fonte: Ministério da Justiça (2017).

APÊNDICE B – AÇÕES ESTABELECIDAS PELA ENCCLA PARA ADMINISTRAÇÃO DE ATIVOS CONFISCADOS

2004	APRESENTAR ESTUDO PARA DAR MAIOR EFICIÊNCIA SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DE BENS BLOQUEADOS, ALIENADOS E CONFISCADOS (META 18).
2004	ELABORAR ESTUDO SOBRE QUANTIDADE, VALOR E DESTINO DOS ATIVOS APREENDIDOS POR ÓRGÃOS PÚBLICOS E APRESENTAR PROJETO PARA OTIMIZAÇÃO DO SISTEMA DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E DE SUA CAPACIDADE DE AUTOFINANCIAMENTO (META 19).
2005	DESENVOLVER SISTEMA DE CADASTRAMENTO E ALIENAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES APREENDIDOS, SEQUESTRADOS E ARRESTADOS EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS E PROCESSOS JUDICIAIS, DISPONIBILIZANDO-O ÀS INSTITUIÇÕES INTEGRANTES DO GABINETE DE GESTÃO INTEGRADA DE PREVENÇÃO E COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO – GGI-LD (META 17).
2005	INICIAR O CADASTRAMENTO DE BENS, DIREITOS E VALORES APREENDIDOS, SEQUESTRADOS E ARRESTADOS EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS E PROCESSOS JUDICIAIS (META 18).
2006	APRESENTAR PROJETO DE APOIO À GESTÃO DE ATIVOS SUJEITOS A CONSTRIÇÃO JUDICIAL, ATÉ FINAL DESTINAÇÃO (META 10).
2006	IMPLANTAR SISTEMA UNIFICADO E NACIONAL DE CADASTRAMENTO E ALIENAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES SUJEITOS A CONSTRIÇÃO JUDICIAL, ATÉ SUA FINAL DESTINAÇÃO (META 17).
2007	ELABORAR ANTEPROJETO DE LEI QUE CRIE O FUNDO NACIONAL DE ATIVOS ILÍCITOS E APERFEIÇOE O REGIME JURÍDICO DE CONFISCO DE BENS, DIREITOS E VALORES EM PROCESSO CRIMINAL (META 11).
2007	DEFINIR ÓRGÃO PÚBLICO RESPONSÁVEL PELA GESTÃO DE ATIVOS SUJEITOS A MEDIDAS ASSECURATÓRIAS EM PROCESSO JUDICIAL (META 13).
2008	REALIZAR LEVANTAMENTO DE DADOS RELATIVOS A BENS QUE FORAM OBJETO DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS EM ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL E ESTADUAL, PARA FINS ESTATÍSTICOS E DE REGISTRO NO CADASTRO NACIONAL DE BENS APREENDIDOS (META 10).
2008	ELABORAR ANTEPROJETO DE LEI QUE VIABILIZE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DE URGÊNCIA (PATRIMONIAIS, RESTRITIVAS DA ATUAÇÃO) TOMADAS EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS (META 19).

2011	PROPOR A CRIAÇÃO DE MECANISMOS EFETIVOS DE ADMINISTRAÇÃO DE BENS E VALORES APREENDIDOS E SEQUESTRADOS E DE FUNDO ESPECÍFICO PARA RECEBER ATIVOS RECUPERADOS POR PRÁTICAS DE LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO (AÇÃO 4).
2012	UNIFORMIZAR TABELAS DE BENS APREENDIDOS ENTRE AS POLÍCIAS (AÇÃO 7).
2012	APRIMORAR O SISTEMA NACIONAL DE BENS APREENDIDOS (SNBA), INTEGRANDO-O COM AS BASES DE APREENSÕES DA RECEITA FEDERAL, DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL E DE AO MENOS DUAS POLÍCIAS CIVIS (AÇÃO 8).
2013	PROPOR A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 7, § 1 DA LEI N. 9.613/98 (AÇÃO 4).
2013	PROPOR A CRIAÇÃO DE ÓRGÃO ENCARREGADO DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS SUBMETIDOS A MEDIDA ASSECURATÓRIA (AÇÃO 5).
2014	PROPOR MECANISMOS QUE ASSEGUREM A EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DETERMINAM A PERDA DE BENS (AÇÃO 13).

Fonte: Ministério da Justiça (2017).

Ricardo Andrade Saadi

Delegado de Polícia Federal (Departamento de Polícia Federal). Doutor em Direito político e econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; especialista em Ciência policial e investigação criminal e em Direito processual civil; graduado em Direito e em Ciências econômicas. Foi diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, do Ministério da Justiça.

ricardo.saadi@mj.gov.br

Diogo de Oliveira Machado

Analista de Políticas Sociais (Ministério da Justiça). Mestrando em Crimes Transnacionais, Justiça e Segurança na Universidade de Glasgow; especialista em Gestão Pública; graduado em Direito pela Universidade de Brasília. É Analista de Políticas Sociais e foi coordenador

DE PREVENÇÃO E COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO DO
DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO
JURÍDICA INTERNACIONAL, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

diogoom@hotmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 07.31.2015
Aprovado: 05.11.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201720

Investors protection in the U.S.: the issue of mandatory arbitration clauses in contracts between investors and brokerage/advisory firms

PROTEÇÃO DOS INVESTIDORES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A QUESTÃO DAS CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM OBRIGATÓRIA EM CONTRATOS ENTRE INVESTIDORES E CORRETORAS DE VALORES/EMPRESAS DE ACONSELHAMENTO EM INVESTIMENTO

Débora Chaves Martines Fernandes[1]

Abstract
This paper proposes a review of the American literature, as well as the main rulings of Supreme Court of United States, aiming to map the pros and cons of inserting a mandatory pre-dispute arbitration clause in contracts between investors and brokerage/advisory firms that trade on the securities market. The study discusses some proposals to banish this sort of clause and some ideas to reach a middle ground solution.

Keywords
Arbitration; investors' protection; brokerage/advisory firms; securities market; adhesive contracts; consumers.

Resumo
O artigo propõe uma revisão da literatura americana e das principais decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, buscando mapear os prós e contras da inserção de cláusulas de arbitragem obrigatória em contratos firmados entre investidores individuais e empresas de corretagem atuantes no mercado de valores mobiliários. Discutem-se as propostas para banir tais cláusulas e algumas ideias de solução intermediária.

Palavras-chave
Arbitragem; proteção dos investidores; corretoras de valores/empresas de aconselhamento em investimento; mercado de valores mobiliários; contrato de adesão; consumidores.

1 Lawyer
São Paulo – SP – Brazil

CC BY-NC

Introduction

The American literature on mandatory pre-dispute arbitration clauses in all sorts of contracts tends to present a clash between powerful and well organized corporations and fragile consumers, investors, and employees. Arbitration clauses ideally arise out party autonomy. Nevertheless, when one party inserts such clauses in an adhesive contract – preventing the counterparty to negotiate this provision – the arbitration becomes mandatory. The impossibility of choosing and the forceful waiver of the right to go to Court leave a bitter taste of unfairness on the customers' mouth.

Several proposals for an Arbitration Fairness Act (AFA),[1] which would amend the Federal Arbitration Act (FAA) addressed the matter by considering invalid any mandatory arbitration clauses in consumer, employment, franchise, and civil rights disputes. The idea is to curb the gap of sophistication and bargaining power between the parties (GROSS, 2010, p. 1175).

However, regardless of the fact that most customers of brokerage/advisory firms (investors) are in the same situation when dealing with broker-dealers and financial advisers, they were left out of the reach of the AFA draft presented in 2009. The latest version of the AFA bill, recently introduced by Senator Al Franken and Representative Hank Johnson to the American Congress in 2015, considers these investors as peers of plain consumers.

Nevertheless, nowadays, due to the lack of a legal provision banning, this sort of clause and pursuant to the consistent interpretation of the Courts (since the Supreme Court decision in *McMahon* in 1987), pre-dispute arbitration clauses inserted in securities transaction contracts are fully enforceable. The result is that the great majority of the securities firms include mandatory arbitration clause in their contracts (CFPB, 2013).

The Financial Regulatory Authority (FINRA) holds most of these mandatory arbitrations.[2] Although this non-profit independent entity was allegedly created to protect investors and regulate Broker Dealers and Advisory firms, some question its impartiality, adding to the lack of choice regarding arbitration itself the lack of choice on where the procedure will be held. These current features of pre-dispute arbitration clauses lead to a feeling that people related to the securities firms dominate the arbitration panels and, therefore, the decisions systematically harms the investors.

1 One of these bills were introduced to American Congress in 2009; other in 2013 and then again in 2015. Apart from the most recent one (2015), the other never made out of the committee.

2 The Financial Regulatory Authority (FINRA) concentrate more than 90% of the arbitration involving securities transactions, describing their arbitration forum as "the largest securities dispute resolution forum in the United States, and has extensive experience in providing a fair, efficient and effective venue to handle a securities-related dispute". Available at: <http://www.finra.org/arbitration-and-mediation>. Accessed: Mar. 31, 2015.

This perception of unfairness towards mandatory arbitration clauses is persistent among investors, at least in the last two decades. The financial crises of 2008 and the enactment of Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank) in 2010 revived this debate. The act created a new regulatory authority, the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB), and commanded this bureau to conduct a comprehensive study about the fairness of arbitration in different contexts, including securities transactions. The idea was to verify the viability of changing the legislation and prohibit mandatory arbitration clauses – and both the CFPB and the Securities Exchange Commission (SEC) are awarded by Dodd-Frank with the power to do so if they deem necessary.[3] In March 2015, CFPB turned in the final report of the aforementioned study. This means that, soon enough, we shall be able to see some regulatory efforts on this matter.

This paper will discuss the pros and cons of mandatory arbitration clauses in securities firms' contracts, taking into consideration a continuously evolving scenario, in which American Courts gradually started to foster arbitration as an alternative to traditional litigation and investors had become closer to consumers than to sophisticated agents of financial markets.

The first part will analyze the evolution of the legal background related to mandatory arbitration clauses, taking into account the legislative efforts to regulate it and the prominent cases on the matter, such as *Shearson v. McMahon* (1987) and *AT&T Mobility v. Conception* (2011). The second part will revise the pros and cons raised by the interested parties – securities industry and customers –, by organizations responsible to verify the efficiency of the system, and by legal scholars.

At the end, the study will try to identify future tendencies regarding this kind of clause, by creating a dialogue between the two opposite sides: customers' perceptions and empirical data gathered to measure efficiency of the dispute resolution system. The goal is to identify if there is truth to the most common customers' complaints and if there are grounds for a legislative change, prohibiting mandatory pre-dispute arbitration clauses in securities transactions.

1 Legal and Judicial background

The legal register of mandatory pre-dispute arbitration clauses was in the Federal Arbitration Act of 1926. It was part of a congressional agenda to favor arbitration in an environment where Courts saw arbitration as an inferior way to litigate controversial issues.[4] Regarding securities transactions, however, the posterior enactment of the Securities Act (1933) and

3 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act Section 1028 (a) on the regulatory power of CFPB to banish mandatory arbitration clauses and Section 921 on the power of SEC.

4 *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 511 (1944) and Moses H. Cone, 460 U.S. at 24. In Scherk, the claim arouse from the breach of a contract that included a pre-dispute arbitration clause in the

the Securities Exchange Act (1934) created a legal conflict, once both acts give Federal and State Courts exclusive jurisdiction over claims arising under their provisions. More than that, these acts forbade the waiver of any of their provisions, among them, the judicial forum requirement to litigate securities issues (LINDERMAN, 1988, p. 333-334).

The Supreme Court tackled the conflict between the mandate of enforcement of pre-dispute arbitration clauses in the Arbitration Act and the judicial prevalence established by the securities related legislation in the following years. The jurisprudence evolved within time until present days.

The first emblematic case was *Wilko v. Swan*,[5] in 1953, where the Supreme Court decided if a pre-dispute arbitration clause in a contract between investor and brokerage firm was enforceable, once the claim was brought under the section 12(a) (2) of the Securities Act. In a judgment that exposed the negative opinion of the Court towards arbitration, the case was entered for the investor seeking to declare the arbitration clause void. The majority held that the Securities Act gave federal courts exclusive jurisdiction over claims arising under it, and prohibited the parties to waive this provision.[6]

The mood of the Supreme Court towards arbitrations, however, changed in the following decades. Maybe because of a series of political and social developments –such as the work overload of Courts –, pushing parties to alternative dispute resolution methods (ADR). In this new scenario, *Shearson/American Express inc. v. McMahon* (1987) was brought to the Supreme Court to discuss the enforceability of a pre-dispute arbitration clause in a contract between broker and customer, when the claim arouse under Section 10b-5 of the Securities Exchange Act of 1934. Once again, the problem was the legal conflict between the Arbitration Act and the securities legislation, which favored the court system.[7] This time, however, the solution was completely different.

• • •

international Chamber of Commerce in Paris, and the Court upheld the validity of the clause even if the claim involved violation of the section 10b-5 of the Securities Exchange Act, but refusing to overrule Wilko on the grounds that the "contract to purchase the business entities belonging to Scherk was a truly international agreement" which "involve[d] considerations and policies significantly different from those found controlling in Wilko." 417 U.S. at 515.

5 Wilko v. Swan, 346 U.S. 427 (1953).

6 Section 12(a)(2) provides that any person who offers or sells a security through a prospectus *or* an oral communication containing a material misstatement or omission is liable to the purchaser for rescission of the purchase or damages – provided that the purchaser did not know about the misstatement or omission at the time of the purchase. The Supreme Court in *Wilko* listed some reasons why arbitration was inferior to litigation in that case, among them the lack of judicial review, arbitrators with no judicial training, procedure not suited for the material findings required in the case.

7 Shearson/Am. Express v. McMahon, 482 U.S. 220, 242 (1987).

In *McMahon*, which came to be known as the cornerstone of mandatory pre-dispute arbitration clauses in securities transactions, the opinion delivered by Judge O'Connor upheld the validity of the arbitration clause. The basis for this decision was that arbitration panels are an adequate forum to discuss matters related to the Securities Exchange Act, particularly Section 10b-5, and that *Wilko* did not apply to the case, once "that case should be read as barring the waiver of a judicial forum only where arbitration is inadequate to protect the substantive rights at issue". To consolidate the trend, in 1989, the Supreme Court judged *Rodrigues de Quijas v. Shearson/American Express Inc.*, which definitely overruled *Wilko* holding that claims arising under the Securities Act of 1933 can be subjected to arbitration too (BORN, 2014, p. 965).[8]

The outcome of these cases, and the fact that several passages of the opinion made clear that claims under securities legislation would be subject to arbitration in the presence of a pre-dispute arbitration clause, reverberated in the securities industry and began a process that led to the inclusion of pre-dispute arbitration clauses in the vast majority of contracts.[9] Moreover, it gave way to the creation of arbitration centers by the securities industry, such as the ones in the National Association Securities Dealers (NASD) and in the New York Stock Exchange (NYSE), which merged in 2007 to form the autonomous Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), that comprises the largest arbitration forum for securities related claims (GROSS, 2010, p. 1177).

Nevertheless, the indiscriminate spread of mandatory arbitration clauses not only in securities contracts but in a number of other adhesive consumer agreements turned the congressional attention to the matter in the early 2000`s. To the Congress, the broad interpretation given to the Federal Arbitration Act by the Supreme Court allowed mandatory arbitration clauses to bind parties with dramatically different levels of sophistication and bargaining power. The efforts to curtail this kind of behavior resulted in the proposal, coming from both the House of Representatives and the Senate, of the Arbitration Fairness Act (AFA) in 2009, prohibiting mandatory arbitration clauses in employment, consumer, franchise, and civil rights disputes.[10]

8 Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc., 490 U.S. 477, 485 (1989).

9 Findings from empirical research in the field points that most brokerage agreements include a provision of mandatory arbitration, such as the model of adhesion contract of Fidelity Investment, available at <https://www.fidelity.com/bin-public/060_www_fidelity_com/documents/brokretagree.pdf>. Regarding investor advisers' agreements, findings by the Massachusetts Securities division staff for 2013 states that almost half of the agreements contain such clauses, *see* Massachusetts Securities Division Staff (2013). Available at: <http://www.sec.state.ma.us/sct/sctarbitration/Report%20on%20MA%20IAs%27%20Use%20of%20MPDACs.pdf>. Accessed: Mar. 31, 2015.

10 Arbitration Fairness Act of 2009, S.931, 111th Cong. (2009), H.R. 1020, Section 931 §2 (1). The Congress started discussing the possibility of amendment to the Federal Arbitration Act in 2005.

The AFA do not encompass, however, agreements between customers and securities firms, which would still fall under the courts idea that contracts "involving commerce" and, hence, would still have valid and enforceable arbitration clauses (GROSS, 2010, p. 1175). Because of that, and the fact that the profile of investors nowadays are much closer to consumer status than to sophisticated commercial parties,[11] regarding bargaining power and the inevitable submission to adhesive contracts, heated discussions surround the theme of mandatory pre-dispute arbitration clauses in securities transactions.

The theme is so controversial that, after the financial crisis of 2008, when a new wave of consumer protection regarding financial products arouse, the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act commanded the CFPB to study the perception of customers and the effectiveness of such clauses. Moreover, it empowered the new regulatory agency, along with the SEC, to prohibit or limit the use of mandatory arbitration clauses in securities contracts if such measure is deemed as necessary.

In 2015, a new draft for an Arbitration Fairness Act was presented to the American Congress equating the position of investors and consumers. This bill is still subject to the scrutiny of the congressional committee, which barred all previous proposals for an AFA.

The mandatory arbitration clauses are under attack in two fronts: (i) in Congress, with legislative proposals to amend the Federal Arbitration Act and prohibit or limit its use; and (ii) in the regulatory sphere, where the Congress empowered the CFPB and the SEC to prohibit or limit mandatory arbitration clauses in securities related contracts. Before considering if Congress or regulatory agencies should act to eliminate such clauses from securities related contracts, it is interesting to explore the pros and cons of these contractual provisions.

• • •

In 2007, subcommittees from both the House and the Senate proposed the Arbitration Fairness Act with critics to the securities arbitration process noted in the hearings about the bill. In the wake of the financial crisis the matter of arbitration in financial industry were included in the Dodd-Frank Act, delegating to the SEC and to the CFPB the power to study and prohibit mandatory arbitration clauses – power which would be exercised by the Congress, if the AFA came to be enacted. See *The Arbitration Fairness Act of 2007: Hearing on S. 1782 Before de Subcomm. on the Constitution,* 110th Congress (2007). Available at: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-110shrg42605/pdf/CHRG-110shrg42605.pdf>. Accessed: Apr. 1, 2015.

11 The treatment of investors as people with the same level of sophistication as consumers can be extracted from the content and design of the SEC website subdivision "investor.gov", in which the Commission addresses to teachers, students, parents, military among other categories of people, and provides several tools for calculating investments, check the background of brokerage firms and so on.

2 Pros and Cons of the mandatory pre-dispute arbitration clauses for customers of securities firms

The literature on pros and cons of mandatory pre-dispute arbitration clauses in securities transactions begins with *McMahon*, once this was the turning point of the Supreme Court holdings about the enforceability of such clauses in the context of securities related contracts and adhesion contracts (LINDERMAN, 1988, p. 337). It draws a picture of customers *versus* firms, in a David *versus* Goliath fashion.

Most of securities firms today include in its contracts a mandatory arbitration clause, taking the parties automatically to an arbitration panel held by an organization somehow connected to the securities market. They generally defend these clauses and these panels in terms of cost and speed, asserting that arbitration is not only fair to the parties but also less costly and faster than litigation. On the other hand, customers and investor protection organizations fight the mandatory clauses claiming they create an unbalance towards the securities firms. The lack of choice, as well as the lack of transparency of arbitration procedures, is in the center of most of the complaints.

2.1 Pros

Not only the securities firms, but also other entities of the financial market – such as banks (CFPB, 2013, p. 8) – fiercely defend mandatory pre-dispute arbitration clauses from the perspective of lowering the transactional costs of disputes between customers and securities firms. The defense of these clauses unfolds in two different aspects: (i) the superiority of arbitration over litigation; and (ii) the need for the clauses to be mandatory.

Regarding the first aspect, the defenders of mandatory pre-dispute arbitration clauses assert that arbitration is less costly for both parties and provides a faster solution, compared to litigation in federal and state courts regarding claims brought under the Securities Exchange Act of 1934 and under the Securities Act of 1933. The Financial Service Institute and The Financial Markets Practice Group of Briggs and Morgan P.A. delivered a comprehensive empirical research on the efficacy of securities arbitration, in response to the consumer protection legislative proposals that arouse after the 2008 financial crisis (FSI; FMPG, 2010).

After surveying independent broker-dealers, the report concluded that arbitrations conducted by FINRA panels are more cost efficient than litigation, both regarding discovery and aggregate costs (FSI; FMPG, 2010, Appendix B), and generally reaches the merit hearing faster than courts reaches a final hearing or trial (SIFMA, 2007). According to the researchers, the perception of broker-dealers is consistent with previous Securities Industry and Financial Markets Association's (SIFMA) studies that compared the rate of cases that reached a final decision between 2006 and 2007. The SIFMA study reached the conclusion that arbitration is 40% faster, and costs, at least, US$ 22.000 less than litigation (SIFMA, 2007, p. 3, 62). Consequently, arbitration would be the most appropriate way to

resolve small claims, and approximately 25% of the securities claims filed between 2006-2007 felt bellow a US$10.000 threshold, a sum for which it is often not cost effective to litigate before Courts (GROSS; BLACK, 2008).

These entities affirm that one of the reasons for these benefits is a narrow tailored and specific focused discovery procedure, once this procedural phase is considered the most time and cost consuming part of litigation (FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, 2013, p. 831-834). Besides, the arbitration procedure is fair and unbiased, once the FINRA provides an extensive list of safeguards on its Customer Code, and SEC really oversights the procedures (GROSS, 2010, p. 1190). The unfairness complaints would be a misperception of investors, probably because of the lack of choice.

The second aspect defenders of pre-dispute arbitration clauses enhance is the beneficial role of the mandatory character of these clauses. They contend that, although it may seem unpopular to deprive the customer of the choice whether or not to arbitrate a claim, providing this choice could lead to irrational decisions towards the default mechanism, which would be litigation (BARENDRECHT; DE VRIES, 2005, p. 93-111). Moreover, the possibility to resolve the matter in more than one way would compel the securities firms to adjust their business model to account the costs of litigation – costs that would ultimately be transferred to the customers (GROSS, 2010, p. 1190).

Finally, enthusiasts of such clauses hold that arbitration in the securities field is fundamentally different – and better – than arbitration in general consumer and employment fields, which are directly addressed by the prospective AFAs (GROSS, 2008, p. 101-107). The existence of an administrative agency to review rules, procedures, and protocols (SEC) makes securities arbitration superior to other kinds of consumer arbitration, in which there is no supervisory authority. Moreover, FINRA's Code of Arbitration Procedure for Customers Disputes include a number of provisions that are not present in the mandatory arbitration situations target by AFA bill of 2009[12] and should enhance the fairness aspect. Some of these provisions are the required notice, hearing in a convenient location, and the composition of the panel.

Especially regarding the choice of arbitrators, which is one of the focuses of mandatory arbitration critics, FINRA's Code provides multiple possibilities of panel. There can be a one-arbitrator panel – integrated by a public arbitrator – for claims bellow US$ 50,000.00 and a three arbitrators panel in cases above this threshold, integrated by one public arbitrator, one non-public arbitrator and one chairperson roster. According to FINRA's this blend is enough to ensure an unbiased composition of the panel, once necessarily one arbitrator cannot have any ties to the industry.

• • •

12 CUSTOMER CODE R. 12300,12301, 12600, 12213, 12400, 12408, 12414.

Besides, from a systemic point of view, enthusiasts of the mandatory pre-dispute arbitration clause contend that eliminating the mandatory character would diminish the political pressure over FINRA and SEC to ensure the fairness of the procedure, what could harm the whole arbitration system (GROSS, 2010, p. 1193).

2.2 Cons

In the opposite corner, investors perceive the mandatory clauses as fundamentally unfair, from both the procedural and the systemic points of view. They believe that arbitration panels are predominantly dominated by the securities industry, and perceive that this influences the whole procedure – from the fairness of the decision to the costs of the dispute (CFPB, 2013, p. 7). Regarding that, investors' protection entities (such as NASAA) contest the affirmation that arbitration is more cost efficient in all cases (NASAA, 2013).

When it comes to procedural features, investors do not see arbitration as a superior mechanism compared to litigation. The idea of a narrow tailored discovery phase is perceived as a limitation harmful to the party that does not master the subject-matter – in securities cases, the customers (LINDERMAN, 1988, p. 342). Moreover, there is no right to appeal (GROSS, 2010, p. 1193). Other problem frequently pointed is the lack of transparency, once the arbitration panels are not required to explain the reasons for the decision or the ratio they used to calculate the damages and, in some cases, they are not even required to issue a writing decision (GROSS; BLACK, 2008, p. 39). Apart from the bad feeling of being left with no explanation of the outcome of the case, the lack of written opinions diminishes the accountability of the arbitration panels, may impair judicial review when procedural mistakes occur, and prevent the formation of precedents.[13]

One of the most contentious points regarding securities arbitration is the fact that most arbitration panels are believed to be predominantly connected to the securities industry. As pointed out before, the Financial Industry Regulatory Authority (FINRA) operates the preferable and largest arbitration forum for securities matters. The composition of the panels can also lead to a predominance of people tied to the securities industry, once the participation of a "non-public" arbitrator is required in the three-member panel. These professionals are generally members of the securities industry. Besides that, it is the FINRA and the Self-Regulatory Organization (SRO) who define the qualified professionals that can integrate the arbitrator pool – including the public arbitrators and chairpersons (NASAA, 2009). Considering these facts, it would be impossible to ensure an unbiased composition of the

13 Justice Blackmun noted on his dissent in *McMahon* that "Arbitrators are not bound by precedent and are actually discouraged by their association from giving reasons for a decision" *in* Shearson/Am. Express v. McMahon, 482 U.S. 220, 242 (1987), p. 2354.

panel (GROSS; BLACK, 2008, p. 24-25; LINDERMAN, 1988, p. 344-345) and as the arbitration is mandatory, it is also difficult to ensure a fair decision.

From a more systematic point of view, the fact that customers are submitted to adhesive contracts containing the pre-dispute mandatory arbitration clause, and that the great majority of securities firms include this sort of clause in its contracts, completely restrains the customer's bargaining power. It is not only a matter of lack of knowledge or information, it is the fact that these are "take it or leave it" propositions that are present in most contracts of this financial segment. In other words, if you want to trade in the market, you must submit to this provision. It curbs the bargaining power not only from customers, but also from other firms of the financial market (DONEFF, 2010, p. 236-238).

The literature raises yet another concern. Compelling the use of arbitration, the securities industry is able to diminish the aggregation of claims and the litigation of securities issues – such as securities fraud – through class actions. This can be pointed out as one of the goals of mandatory arbitration clauses. Nowadays, some broker-dealer and advisor contracts contain also a class action waiver clause – through which the customer waives the right of taking part in any class action discussing the security transaction (STERNLIGHT, 2012, p. 89-90). In addition, FINRA's arbitration panels cannot entertain class claims, according to the Section 12204 (a) of the Arbitration Customers' Code. The Supreme Court recently upheld the validity of the so-called "no-class" provision in *AT&T Mobility LLC v. Conception*.[14]

Critics of the mandatory arbitration consider that the joint interpretation of these mandatory arbitration clauses and "no-class" provision gives the securities industry absolute control over disputes with investors. First, because a large number of claims under securities laws are quite small, and the incentives to litigate – or even to arbitrate – such claims individually are very low, once the costs will probably surpass the benefits. An outcome of this unbalance of incentives is that there would be no individual private enforcement of liability rules of any sort, undermining the deterrence effect of litigation, which is one of the most important features of small claims class actions (CFPB, 2013, p. 5; RUBENSTEIN, 2006, p. 721).

Finally, critics of the mandatory arbitration clauses contest the affirmation that arbitration is clearly more cost effective than litigation, especially regarding small claims. Arbitration fees – and the unclear way they are divided between the parties even when the investor receives an award – are significant and can undermine real compensation. Furthermore, the fact that arbitration is mandatory and that FINRA is practically a monopolist player as arbitration *fori*, it could manipulate the costs of the procedure. For instance, in the

14 AT&T Mobility v. Conception, 131 S. Ct. 1740, 1753 (2011).

end of 2014, FINRA filed with the SEC a proposed rule change to increase some of the arbitration costs in its panels (FINRA, 2014).

The perception of the customers regarding the cost efficiency of arbitration does not coincide with the view of securities industry. In fact, the empirical research conducted by Gross and Black (2008, p. 27-41) on the fairness of securities arbitration noted that 49,13% of the researched customers of securities firms considered the arbitration process too expensive.

3 Looking to the future – banning mandatory arbitration clauses or meeting halfway?

After years of discussion, both the critics and the defenders of mandatory pre-dispute arbitration clauses agree that securities arbitration, as we know it, will endure some structural changes soon (GROSS, 2010, p. 1194). After the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act empowered the CFPB and the SEC to prohibit or limit the use of mandatory arbitration clauses in securities contracts, the investors' protection entities intensified the efforts to secure the ban of such clauses. On the other hand, securities firms and FINRA seem ready to commit to changes on the structure of the mandatory clauses and arbitration procedures to avoid a statutory prohibition (GROSS, 2010, p. 1185-1187).

Congressman Keith Ellison introduced a bill to the House of Representatives in 2013 called "The Investors Choice Act". The goal of the new act would be to prohibit mandatory arbitration clauses in contracts between securities firms and customers, as well as ban any clause that would prevent the investor to seek court relief individually or as a member or representative of a class.[15] This proposal is quite straightforward on the banning of such clauses, leaving no space to discuss middle ground solutions such as modifications on the rules to choose panels and their components.

The investors' protection entities strongly support the bill asserting that, if enacted, the "The Investors Choice Act" would fill in the blank left by the ongoing inaction of SEC and the CFPB – once six years after the enactment of Dodd-Frank, the commission had not

15 The summary of the bill states that the new act "Declares unlawful for a broker, dealer, funding portal, or municipal securities dealer (entities) to enter into, modify, or extend an agreement with customers or clients governing a future dispute between the parties that would mandate arbitration. Declares likewise unlawful acts by such entities that would restrict, limit, or condition the ability of a customer or client to: (1) select or designate a forum for dispute resolution, or (2) pursue a claim relating to a dispute in an individual or representative capacity or on a class action or consolidated basis." Available at: <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/2998>. Accessed: Mar. 28, 2015.

undertaken a comprehensive regulatory review of mandatory pre-dispute arbitration clauses (ABSHURE, 2013). Their position, as well as the bill's momentum, seems to be strengthen by the fact that the final draft of the "Arbitration Study" turned in by the CFPB to the Congress focused on pre-dispute arbitration clauses in other financial contracts – such as credit card and loans – and left out the securities transaction (CFPB, 2015).

The detractors of mandatory pre-arbitration clauses fiercely defend the ban of any kind of arbitration clause. However, we envision some possible middle grounds to protect customers and, yet, keep arbitration for causes involving higher stakes. One of the possible proposals is a "carve-out" provision in case of small claims. According to the CFPB's study, regarding other financial products such as students' loans contracts, most arbitration clauses provide an opt-out possibility for claims that can be adjudicated on small claims courts (CFPB, 2015).[16] This model of opt out could be inserted in contracts of the securities firms, even in cases where the mandatory arbitration clause is present, providing customers with the possibility of pursuing small claims in the courts system. Another idea that also focuses on the adjudication of small claims would be directing the regulatory efforts on banning "no-class provisions", aiming to preserve the possibility of aggregate litigation of securities related claims and the social benefits that arouse from it.

The securities industry seems to be more interested in proposing middle ground solutions to the problem, once they have interest in keeping its current position, avoiding radical banning proposals.

In addition to the ongoing lobby to avoid the Arbitration Fairness Act to be extended to securities transactions, as well as to keep away the ban threat after Dodd-Frank, the securities industry also responded to the crisis of 2008 by adapting several rules of FINRA's Code of Arbitration Procedures for Customers Disputes. These changes intend to modify customers' perception of unfairness by (i) prohibiting pre-dispute arbitration clauses to encompass class-action waiver provisions; (ii) requiring the arbitration panel to write an explain decision awarding damages; and (iii) imposing sanction for discovery intransigence.[17]

In 2013, FINRA amended the Code of Arbitration Procedures for Customers Disputes once more, aiming to address customers concerns on regarding the composition of arbitra-

16 As much as this provision seems to be favor to consumers, once they would probably be best served on the court system than in arbitration panels – in terms of transparency and impartiality – the CFPB study concludes, surprisingly, that most litigation in small claims courts regarding financial issues are business-initiated (approximately 53%). Therefore, the financial industry tends to use carve-out provisions and the small claims courts more frequently than consumers.

17 Several Sections of FINRA's Customer Code were amended in the beginning of the crises period and in at the same time the AFA proposals reached the Congress. One of them was the section 12904 (j) about the need for written opinions and detailed damage awards.

tion panels, especially regarding the method to select these panels. Before the amendment, in cases with a three arbitrators' panel, FINRA provided customers with a choice between two panel-composition methods: (i) a mixed panel of one chair-qualified public arbitrator, one public arbitrator and one non-public arbitrator; (ii) the All-Public Panel Option, in which the party can select an arbitration panel consisting of three public arbitrators. The default option was the all-public arbitrators' panel. After the amendment, there is only one method, which includes the selection of the panel from 3 lists – one with 10 chair-qualified public arbitrators, one with 10 public arbitrators, and one with 10 non-pubic arbitrators. The motivation for the change was to simplify the procedure and to call the attention of consumers to the importance of a proactive and participative choice of the panel (FINRA, 2013).

These changes would address part of the concerns demonstrated by investors regarding mandatory arbitration clauses, but some of them – particularly important ones – remain unaddressed. It is the case of the arbitration panel selection, once the arbitrators – both public and non-public – are selected from a list that although receives the name of "neutral list" is kept and controlled by FINRA (LINDERMAN, 1988, p. 345). Other important concern is that only decisions that award damages need to be written and explained, leaving out of the Customers Code scope decisions entered against the customers. That may enhance the transparency regarding a range of damages in different cases arbitrated by the arbitration panels, but prevents the effective construction of a system of precedents.

The fact that the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) has not addressed specifically the issue of securities transactions in the study about mandatory pre-arbitration clauses required by the Dodd-Frank Act, will leave the matter with no definitive answer. Nevertheless, it seems clear that the financial crisis of 2008 substantially changed the environment that upheld the validity of such clauses since the *McMahon* ruling in 1987.

Conclusion

The discussion over the maintenance or the ban of mandatory pre-arbitration clauses in contracts between investor and securities firms is far from over. Revising the literature about the topic, the main characteristic is that defenders and detractors of the mandatory arbitration clause have a hard time meeting halfway. Either the investors' protection entities preach about an inalienable right to choose, or the securities industry threatens a price increase in case of banishment of such clauses.

In our opinion the current model, that indiscriminately allows the mandatory clauses, have two fundamental flaws. First, it transforms in mandatory something that was born as an alternative way to solve disputes and that draws its legitimacy from consensus (LINDERMAN, 1988, p. 333). Furthermore, it is based on a misperception of the profile of customers of brokerage and advisory firms and the level of information they have about the financial

operations they are engaging in. They are ultimately consumers of financial industry services and, as such, should receive the same level of legal protection of consumers in general – therefore, being protected by provisions that prohibit the mandatory arbitration clauses.

That does not mean arbitration is doomed to fall into oblivion in securities related transactions. We believe the customers' choice must be respected and arbitration should be elective, but there are several ways to present both choices – litigation and arbitration – to investors. The simpler one would be negotiate arbitration in a separate contract, allowing the customer to opt-in. This is the model adopted by countries like Brazil (MARQUES, 2004, p. 635). A possible critic to this option is that it could benefit inertia and force investors to litigation, which is the legal "default" option (GROSS, 2010, 1191). As an alternative, regulators could make use of the nudge theory, changing the default option to arbitration and allowing customers to opt-out and take their claims to Court (THALER; SUNSTEIN, 2008; WILLIS, 2013, p. 1155). If the arbitration is, as preached, so superior to litigation, within time it will become the preferable choice.

Assuming a position after discussing the pros and cons on this issue, customers' choice must be respected and mandatory arbitration clauses should not be permitted in securities related contracts. That does not mean regulatory authorities such as SEC and CFPB should not take other measures to foster arbitration, such as inverting the default rule that seems to favor litigation, as proposed above. These remedies could enhance the investors' perception of fairness regarding arbitration in securities related transactions, as well as keep the cost and time efficiency of the system.

REFERENCES

ABSHURE, A. Heath. *Letter to Representative Keith Ellison on behalf of NASAA*. Washington, 2013. Available at: <http://www.nasaa.org/wp-content/uploads/2011/07/NASAA-Letter-in-Support-of-Investor-Choice-Act-of-2013.pdf>. Accessed: Feb. 4, 2015.

BARENDRECHT, Maurits; DE VRIES, Berend R. Fitting the forum to the fuss with stick defaults: failures in the market for dispute resolutions services? *Cardoso Journal of Conflict Resolution,* v. 83, n. 7, p. 93-111, 2005.

BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. Alphen na den Rijn: Wolters Kluwer, 2014. v. I, p. 965-1506.

CFPB (Consumer Financial Protection Bureau). *CFPB s Arbitration Study Preliminary Results*. CFPB: Iowa City, 2013. Available at: <http://files.consumerfinance.gov/f/201312_cfpb_arbitration-study-preliminary-results.pdf>. Accessed: Mar. 31, 2015.

_____. *Arbitration Study*. CFPB: Iowa City, 2015. Available at: <http://files.consumerfinance.gov/f/201503_cfpb_arbitration-study-report-to-congress-2015.pdf>. Accessed: Apr. 24, 2015.

DONEFF, Andrea. Arbitration clauses in contracts of adhesion trap sophisticated parties too. *Journal of Dispute Resolution* (University of Missouri), v. 2, p. 235-269, 2010.

FINRA (Financial Regulatory Authority). SEC Approves Amendments to Customer Arbitration Code to Simplify Panel Selection in Cases With Three Arbitrators. *Regulatory Notice 13-30*. September, 2013. Available at: <http://finra.complinet.com/net_file_store/new_rulebooks/f/i/FINRANotice13-30.pdf>. Accessed: Apr. 24, 2015.

_____. *Order approving proposed rule change to amend the Code of Arbitration Procedure for Customers Disputes and the Code of Arbitration procedure for Industry Disputes to increase Arbitrators honoraria and increase certain arbitrations fees*. FINRA, 79-192 Federal Registry, October 3, 2014. Available at: <http://www.finra.org/sites/default/files/rule_filing_file/APP%20FINRA-2014-026_0.pdf>. Accessed: Jul. 2, 2017.

FSI; FMPG (Financial Service Institute; The Financial Markets Practice Group of Briggs and Morgan P.A.). *The efficacy of securities arbitration and proposals for change*. FSI; FMPG: Atlanta, 2010. Available at: <https://www.financialservices.org/uploadedFiles/FSI_Content/Advocacy_Action_Center/Resources_and_Reference/White_Papers/fsi_white_paper_april2010_final.pdf>. Accessed: Mar. 31, 2015.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Key; MILLER, Arthur R. *Civil procedure:* cases and materials. Eagan: West Academic Publishing, 2013.

GROSS, Jill I. McMahon turns twenty: the regulation of fairness in securities arbitration. *University of Cincinnati Law Review*, v. 76, p. 101-128, 2008.

_____. The end of mandatory securities arbitration? *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1174-1194, 2010.

_____; BLACK, Barbara. Perceptions of fairness of securities arbitration: an empirical study. *University of Cincinati Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, n. 8-1, Febr. 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1090969>. Accessed: Apr. 1, 2015.

LINDERMAN, Mark Jay. Enforcement of pre-dispute arbitration clauses in broker-investor contracts: are investors protected? *BYU Journal of Public Law*, v. 2, p. 331-347, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004.

MASSACHUSETTS SECURITIES DIVISION STAFF. *Report on Massachusetts Investment Advisers use of mandatory pre-dispute arbitration clauses in investment advisory contracts*. Massachusetts Securities Division Staff, Feb. 11, 2013. Available at: <http://www.sec.state.ma.us/sct/sctarbitration/Report%20on%20MA%20IAs%27%20Use%20of%20MPACs.pdf >. Accessed: Mar. 31, 2015.

NASAA (North America Securities Administrator Association). *Mandatory binding arbitration:* is it fair and voluntary? NASAA: Washington, D.C., 2009. Available at: <http://www.nasaa.org/807/mandatory-binding-arbitration-is-it-fair-and-voluntary/>. Accessed: Apr. 1, 2015.

_____. *NASAA Strongly Supports the Investors Choice Act of 2013*. NASAA: Washington, D.C., 2013. Available at: <http://www.nasaa.org/25252/nasaa-strongly-supports-the-investor-choice-act-of-2013/>. Accessed: Apr. 1, 2015.

RUBENSTEIN, Willian B. Why enable litigation? A positive externalities theory of small claims class actions. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, v. 74, p. 709-728, 2006.

SIFMA (Securities Industry and Financial Markets Association). *White paper on arbitration in the securities industry*. SIFMA: New York, 2007. Available at: <http://www.sifma.org/uploadedfiles/societies/sifma_compliance_and_legal_society/whitepaperonarbitration-october2007.pdf>. *Accessed*: Mar. 31, 2015.

STERNLIGHT, Jean R. Mandatory binding arbitration clauses prevent consumers from presenting procedurally difficult claims. *Southwestern University Law Review*, v. 42, p. 87-129, 2012.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge:* improving decisions about health, wealth and happiness. New York: Penguin Books, 2008.

WILLIS, Lauren E. When Nudges fail: slippery defaults. *The University of Chicago Law Review*, v. 80, n. 3, p. 1155-1229, Summer 2013.

Débora Chaves Martines Fernandes

Lawyer. Law degree from University of São Paulo (USP). Master's degree in Civil Procedure from University of São Paulo (USP). Master of Laws (LL.M) from Harvard Law School.

deboracmfernandes@gmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 14.10.2015
Aprovado: 05.05.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201721

Avaliação apreciativa de um Núcleo de Prática Jurídica

APPRECIATIVE EVALUATION OF A LEGAL PRACTICE CENTER

Rezilda Rodrigues Oliveira[1] *e Francinete Paula Alves Pereira*[2]

Resumo

Este artigo busca fazer uma avaliação apreciativa do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito do Recife (NPJ/FDR). Conforme o paradigma apreciativo utilizado, o referencial conjuga teoria, método e ação de forma alinhada com o modelo de 5-D (*Definition/Discovery/Dream/Design/Destiny*). Foi desenvolvida uma pesquisa exploratória, descritiva e colaborativa, para a qual foram feitos levantamento documental, oficinas e entrevistas. Como resultado, obteve-se evidências acerca do que funciona bem no NPJ/FDR, identificando-se áreas que requerem ajustes, inovações e melhorias. A conclusão aponta para uma experiência de avaliação, que contempla aprendizagem dos participantes e autoconhecimento do que faz a instituição, por meio dos que nela atuam. Ao final, o estudo destaca o papel desempenhado pelo NPJ na formação jurídica do aluno, em associação com os pontos fortes do desenho funcional adotado, de modo a atender às necessidades daqueles que o procuram em busca da prestação dos serviços que lhe cabe prestar à sociedade.

Palavras-chave

Núcleo de Prática Jurídica; Faculdade de Direito do Recife; desenho institucional; avaliação apreciativa; pesquisa colaborativa.

Abstract

This article seeks to make an appreciative evaluation of the Recife Law School (LPC/RLS) Legal Practice Center. Following the appreciative paradigm, the framework combines theory, method, and action aligned with the 5-D model (Definition/Discovery/Dream/Design/Destiny). To this end, an exploratory, descriptive, and collaborative research was developed, held by documentary survey, workshops, and interviews. As a result, were identified the areas that work well in LPC/RLS, as well as the ones that also require adjustments, improvements, and innovations. The conclusion points to an evaluation experience, which combines the learning process and self-knowledge, in order to acknowledge the role of the institution, run by its participants. Finally, the study highlights the role played by LPC in students' legal education, associated to the strengths of functional design adopted, in order to meet the needs of those who come looking for the service that LPC provides.

Keywords

Legal Practice Center; Recife Law School; institutional design; appreciative evaluation; collaborative research.

1 Universidade Federal Rural de Pernambuco
Recife – PE – Brasil

2 Universidade Federal de Pernambuco
Recife – PE – Brasil

CC BY-NC

Introdução

O artigo busca fazer uma avaliação apreciativa do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito do Recife, cuja atuação está centralizada no direcionamento, na orientação e no acompanhamento de estágios do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Ligado ao Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), sua história remonta à tradicionalmente conhecida Faculdade de Direito do Recife (FDR), fundada em 1827 e respeitada por seu papel no fortalecimento e na propagação do direito nos cenários regional e nacional (BEVILAQUA, 2012).

À época, o ensino jurídico brasileiro era direcionado às aulas-conferência, sob forte influência da Universidade de Coimbra. Em sua evolução, as escolas de Direito se voltavam para o aprofundamento de conhecimentos sobre a lei, além de ser uma forma de inicialização para a política no período do Brasil Imperial. Com a República, ao longo dos primeiros anos, os cursos de Direito foram, paulatinamente, distanciando-se do núcleo político e se tornando mais técnicos, por meio de algumas reformas curriculares (FRAGALE FILHO, 2009). Inclusive, em 1930, houve a criação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que passaria a regular as atividades dos profissionais do Direito e a exercer forte influência sobre o ensino jurídico (BONELLI, 1999).

Nesse contexto, a primeira reforma educacional, a nível nacional, foi realizada pelo ministro da Educação e Saúde, Francisco Campos, no governo de Getúlio Vargas, de acordo com o Decreto n. 19.890, de 18 de abril de 1931. A Reforma Francisco Campos, como ficou conhecida, destaca a criação do Conselho Nacional de Educação (CNE), a organização do ensino secundário e comercial, bem como uma nova orientação para o ensino superior, direcionada para a pesquisa, a expansão da cultura e uma maior autonomia administrativa e pedagógica (MORAES et al., 2014).

Outro marco histórico no processo de formação jurídica vem ser a exigência posta pela Lei n. 4.215/1963, que estabeleceu a necessidade de estágio como regra para o ingresso nos quadros da OAB. Três décadas depois, o novo Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994) promoveu novas alterações quanto ao exercício do estágio, somente permitindo ao estudante a prática das atividades privativas da advocacia em conjunto com os profissionais da área (MENEZES; MENEZES, 2013).

Uma outra modificação no ensino jurídico foi instituída com a introdução de uma visão mais técnica, salientando o manuseio da lei, por meio da Resolução n. 3/1972, do Conselho Federal de Educação (CFE), a qual iria produzir seus efeitos sobre o funcionamento do ensino jurídico brasileiro nos 20 anos seguintes (RODRIGUES, 2005).

Como explica Fragale Filho (2009), a referida Resolução introduziu a disciplina Prática Forense no currículo, sob a forma de estágio supervisionado. Entretanto, o autor sugere que não houve a adoção propriamente de práticas pedagógicas nas clínicas jurídicas, tendo se consolidado um modo alternativo para o ingresso na OAB, sem maiores laços com a realidade social. Ao mesmo tempo, não se estabeleceu o ensino jurídico de forma prática,

pois no formato acadêmico continuou predominando o das aulas expositivas, sem que houvesse mudanças que revolucionassem a metodologia adotada pelas instituições universitárias (MELO FILHO, 1993).

Porém, foi a conjuntura decorrente do processo de redemocratização pós-Constituição Federal de 1988 que aproximou o curso de Direito da nova realidade política brasileira, aproximação traduzida por uma postura mais condizente junto aos alunos, em termos de um enfoque mais humanístico e social. Ficara evidente que o currículo de 1972 não se mostrava capaz de atender às demandas decorrentes das mudanças sociais e políticas que estavam acontecendo no país, de sorte que o ensino jurídico precisava dar uma resposta satisfatória às inevitáveis pressões institucionais (FRAGALE FILHO, 2009; MORAES et al., 2014).

Ante tal cenário, a OAB desempenhou um papel preponderante no processo de mudança curricular ao propor novos temas e métodos de ensino aplicados à sala de aula e às atividades práticas do curso de Direito envolvendo situações concretas. Mais do que isto, em 1992, a entidade destacou-se por discutir a crise do ensino jurídico e por aconselhar que fosse feita uma reavaliação da função social do advogado e de seu papel como cidadão (MARTÍNEZ, 2006). A proposta de reforma curricular sofreu também o impacto da Lei n. 9.394/1996 (Lei Diretrizes e Bases da Educação Nacional), mais conhecida como LDB, com seu indicativo de que a educação escolar deveria vincular-se ao mundo do trabalho e à prática. Pode-se dizer que havia um clamor por novas regulamentações para todos os cursos de nível superior, que também atingiram os cursos jurídicos (FRAGALE FILHO, 2009; KRÜGER, 2010).

Nessa perspectiva, a Portaria n. 1.886/1994, do Ministério da Educação e Cultura (MEC), para o curso de Direito, fixou as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico, uniformizando os currículos, além de, entre outras ações, tornar obrigatória a implantação e instalação de um Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) nas instituições de ensino, com o objetivo de contribuir para o alcance de uma mudança cultural alinhada à transformação das clínicas legais, cuja atuação seria redirecionada da lógica assistencialista de apoio judiciário para uma prática mais ampla de assessoria jurídica (FRAGALE FILHO, 2009). A referida Portaria elegeu o estágio como elemento central da atuação do NPJ, exigindo a destinação de instalações apropriadas para treinamento e integração com a realização de atividades profissionais, em todos os cursos de graduação em Direito (BRASIL, 1994a).

Como defende Sousa Júnior (2006), a formação dos estudantes de Direito, em função deste novo paradigma curricular, passou a visar não apenas o conhecimento cognitivo, mas também a proporcionar o crescimento pessoal e profissional do aluno. Isto seria determinante para que houvesse a presença direta e participativa do aluno no processo de formação, pressupondo-se a aplicação de conhecimentos teóricos em casos reais e a sua interação direta com demandas e transformações sociais (BRASIL, 1994a).

Com efeito, os novos ares ensejavam o compromisso identificado com a defesa dos direitos fundamentais e da cidadania, até por conta do reforço da Lei n. 11.788/2008, a qual permitiria evidenciar a importância que o estágio exerce na formação do aluno: no seu artigo 2º, parágrafo 2º, é referido que "o estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho" (BRASIL, 2008).

Este retrospecto constitui fator relevante para situar o curso de Direito da UFPE em tal contexto, sobretudo a partir da reforma promovida pela Resolução n. 3/1972, do CFE, que foi responsável, igualmente, pela introdução da disciplina Prática Forense na Clínica Jurídica do Curso de Direito da instituição. Note-se que esta atividade de ensino era realizada sem que houvesse espaço físico específico, aliada ao fato de o estágio não possuir caráter obrigatório no currículo do estudante.

É lícito dizer, portanto, que isto somente veio a acontecer com a já referida Portaria n. 1.886/1994, do MEC, por meio da qual a UFPE instituiu o seu próprio Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito do Recife, doravante NPJ/FDR, regulamentado em 1999, com o propósito de fazer valer a prática real e simulada do exercício da advocacia. Ao NPJ/FDR foi atribuída competência para prestar serviços e assistência jurídica por parte dos alunos, que passaram a integralizar a carga horária e contar com a presença do Poder Judiciário nas dependências da instituição, através da instalação de unidades jurisdicionais (UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, 1999). Inclusive, com a OAB também foi firmado convênio e se instituiu na UFPE o estágio profissional da advocacia, de que trata a Lei n. 8.906/1994 (BRASIL, 1994b).

Além disso, o eixo de formação dos discentes foi fortalecido com a colaboração de outros dois órgãos públicos conveniados com a UFPE e o NPJ/FDR, dedicados à assistência judiciária individual e comunitária: a) a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco – Núcleo Boa Vista (Recife), desde o ano de 2002; e b) o Posto Avançado da Justiça Federal de Pernambuco, desde 2006, visando atender a pessoas de baixo poder aquisitivo (PERNAMBUCO, 2014; BRASIL, 2014).

Em 2013, o NPJ/FDR também passou a contar com o apoio de uma Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA), a qual se utiliza do sistema operacional do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), mediante convênio firmado com a UFPE. A CCMA funciona atendendo a um contingente de pessoas físicas que procuram os serviços dessa Câmara ou a ela são encaminhadas pelo TJPE (PERNAMBUCO, 2013).

Ao todo, no ano de 2016, os atendimentos realizados pelo NPJ/FDR chegaram a 175 pessoas por mês, a maioria oriunda da Região Metropolitana do Recife. Deste público, cerca de 66% é do sexo feminino, com destaque para a faixa etária de 21 a 40 anos (60%), seguida pela faixa etária de 41 a 60 anos (40%). É importante ressaltar que as principais demandas que nele se apresentam recaem nas seguintes ações: alvará judicial, concessão de benefícios previdenciários, divórcio consensual, guarda e regulamentação de visitas, abertura de inventários e concessão de pensões alimentícias, dentre outras.

Os dados foram levantados junto aos arquivos do NPJ/FDR, no qual circulam pelo menos 400 alunos por semestre, matriculados nas disciplinas do eixo prático,[1] às quais se vinculam pelo menos 25% dos discentes que realizam o estágio curricular nas instituições conveniadas e instaladas no NPJ/FDR.

Entende-se que isto tem estreita ligação do NPJ/FDR com sua missão de propiciar a formação de estudantes de Direito que saibam lidar com a tensão decorrente dos óbices gerados pelas disparidades existentes entre os que dispõem de recursos econômicos que os habilitam a contar com o apoio jurídico em prol de suas causas e aqueles que são desfavorecidos e enfrentam grandes dificuldades de acesso à justiça (ECONOMIDES, 1999). Não por acaso, em termos empíricos, a análise do projeto pedagógico da graduação em Direito da UFPE[2] denota que, além do domínio dos conhecimentos técnicos, busca-se promover a capacidade de reflexão e crítica dos conteúdos, a efetiva participação na sociedade para a construção do mote fundamental da justiça, a diminuição das desigualdades e o respeito aos valores dos direitos humanos (UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, 2014).

Ante esse quadro de referência pode-se dizer que a atuação do NPJ/FDR se alinha com a tendência internacional, que recomenda a formação de um estudante de Direito crítico e reflexivo, que seja capaz de pensar, agir e conduzir-se como um profissional tecnicamente preparado para enfrentar diferentes situações que requerem do cidadão ter acesso à justiça e exercer seus direitos quando mais necessitam (RHODE, 2004).

Este é o pano de fundo que remete à avaliação apreciativa do NPJ/FDR, cuja abordagem começa pelo reconhecimento de que se trata do estudo de um tema ainda inovador no Brasil, em especial se for considerado o campo do ensino jurídico. No exterior, pode-se citar a experiência realizada pelo *Institute for Law Teaching and Learning*, que utilizou este modelo de avaliação organizacional com base na Investigação Apreciativa (IA) e proporcionou aos professores dos cursos de Direitos associados a essa instituição norte-americana a oportunidade de identificar, compartilhar e capturar as melhores práticas de ensino (RANDON, 2010). Por outro lado, na literatura, a visão apreciativa também foi encontrada em estudos

1 De acordo com a Portaria n. 1.886, de 30 de dezembro de 1994, e a Resolução n. 02/1999 – CD/FDR, as disciplinas do eixo de práticas do curso de Direito são as seguintes: Simulação, Prática Jurídica (Estágio Supervisionado) e Conciliação, Mediação e Arbitragem, ministradas sob responsabilidade do NPJ/FDR, correspondentes a 300h/aulas, ao todo (BRASIL, 1994; UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, 1999).

2 O curso de Direito da UFPE obedece às recomendações da LDB, da proposta de Projeto Político Pedagógico Institucional (PPPI), de julho de 2007 (UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, 2007) e das Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito (Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004) (UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, 2014a).

que se dedicam à análise da eficácia de práticas adotadas no âmbito da justiça restaurativa, como constatado por Murray (2012).

A IA pode ser utilizada como um guia orientador das boas práticas existentes em uma organização (VAN DE WETERING, 2010). Em particular, tem se disseminado no campo do ensino e da educação superior (ALLEN, 2013). No caso da educação médica, a IA foi recentemente aplicada em um estudo voltado para o desenvolvimento do currículo de um curso de Medicina e de seu corpo docente, junto com o apoio aos alunos através de aconselhamento acadêmico e *mentoring* (SANDARS; MURDOCH-EATON, 2016).

Por sua vez, o trabalho de Leering (2014) discorre sobre os aspectos positivos da capacidade de reflexão a ser disseminada em uma escola de Direito canadense responsável pelo desenvolvimento desta competência profissional essencial, com destaque para as práticas promissoras por ela identificadas em sua pesquisa.

O que há de comum no referencial apreciativo ora descrito reside no foco dado à abordagem positiva dos trabalhos, baseada nos pontos fortes, em contraposição à abordagem que enfatiza o déficit ou o elo fraco de um sistema (COOPERRIDER; WHITNEY; STAVROS, 2009). O ponto de partida deste artigo repousa neste paradigma, coerente com a tendência de se criar ambientes de aprendizagem mais produtivos e de revitalizar visões e missões das instituições (COGHLAN; PRESKILL; CATSAMBAS, 2003). Procura-se realçar mais o que está dando certo na atuação da organização (HAMMOND, 1998) e menos o que se refere a seus aspectos críticos ou problemáticos de seu funcionamento, como preconiza a visão tradicional.

Posto desta maneira, o estudo foi realizado por meio de uma pesquisa exploratória, descritiva e colaborativa aplicada à avaliação apreciativa desenvolvida do NPJ/FDR. A análise conjuga dois verbos (apreciar e investigar): a) apreciar: reconhecer o melhor nas pessoas ou no mundo à nossa volta; e b) investigar: ato de exploração e descoberta (COOPERRIDER; WHITNEY; STAVROS, 2009). A consecução do trabalho começa por expor o referencial teórico que dá sustentação à metodologia adotada, a qual se segue a exposição dos resultados obtidos e a conclusão a que se chegou neste artigo.

1 Referencial

O referencial teórico do artigo é marcado pela interdisciplinaridade que cerca a temática, cuja discussão requer a compreensão do papel desempenhado por um órgão que faz parte da estrutura de uma universidade pública e os preceitos ligados à sua missão. Por outro lado, a opção pela avaliação apreciativa explica o porquê de a abordagem ser circular e reflexiva, considerando-se que os avanços acontecem na medida em que se conhece melhor o contexto no qual se está trabalhando (SOUZA; McNAMEE; SANTOS, 2010). Sendo assim, explicita-se que estas são as bases que conformam o quadro de referência da temática explorada neste artigo, como exposto a seguir.

1.1 Avaliação apreciativa: propósito, contexto e método

Na literatura, avaliar implica julgar valores e qualidades, ao lado de posicionamentos voltados para uma tomada de decisão (aceitação ou transformação). Em geral, o homem busca obter resultados, construir o seu universo, construir a si mesmo (LUCKESI, 2006). Deve-se chamar a atenção para o fato de que o propósito da avaliação nem sempre consistiu em medir e quantificar, embora tenha sido praticado dessa forma, por muito tempo. Em sua evolução, o ato de avaliar tornou-se cada vez mais complexo e adquiriu novos significados, tais como: um modo de julgar, de interpretar, de analisar, de atribuir valor ou de apreciar.

Assim, a avaliação propagou-se pelas mais diversas áreas de atuação profissional, de sorte que, por ser um processo dinâmico, passou por transformações e se aprimorou na procura constante por resultados eficazes e eficientes (FERREIRA, 1975; HAYDT, 1997).

No caso das universidades, a avaliação tem sido vista como um instrumento necessário para promover a qualificação institucional e contribuir para a melhoria do ensino, da pesquisa, da extensão e da gestão (PEREIRA et al., 2006). Certamente, esse processo atinge a todos que delas fazem parte, assim como faz repensar a função social e científica da universidade, desde o seu projeto político-pedagógico até aos requerimentos da realidade socioeconômica que a cerca (ANTONELLO; DUTRA, 2005).

Neste contexto, tem-se o quadro de referência aqui utilizado, no qual se começa por fazer uma retrospectiva do tema da avaliação, conforme Dinesen (2009), para quem a avaliação apreciativa corresponde à quarta geração de estudos sobre o assunto. A discussão data dos anos 1960, sendo que as três primeiras gerações enfocavam a medição, a descrição e o julgamento respectivamente (GUBA; LINCOLN, 1989). Para os efeitos deste trabalho, então, a quarta geração é a que mais interessa, pois fornece a base epistemológica da avaliação apreciativa, definida por sua natureza construtivista e qualitativa (DINESEN, 2009).

Em Gadotti (1995), a avaliação recebe a contribuição de diferentes ciências e pode ser aplicada a qualquer prática e diversas atividades profissionais, bem como a uma empresa, a um programa, a uma política. O domínio desses pressupostos é necessário para que se avance rumo à avaliação apreciativa adotada no estudo do NPJ/FDR. Sob esse prisma, não é demais reforçar o intuito de revelar e valorizar o que é certo e correto ou descartar o que não é (VAN DE WETERING, 2010; CLEGG; LANG; FIEBRICH, 2011).

A estratégia epistemológica, de natureza apreciativa, parte da postura de avaliação algo a ser valorizado, a qual conduz o foco para o que, de algum modo, dá certo naquilo que as pessoas fazem juntas. Para este fim, avaliar denota verificar o mérito, o valor ou o sentido de algo (SCRIVEN, 1982; CHELIMSKY, 1997).

Tomando partido da IA, ao invés de simplesmente se buscar possíveis causas e soluções para os problemas, o intuito passa a ser o de identificar as boas práticas e os recursos necessários para que elas aconteçam com mais frequência (KELLY, 2010). A este respeito, Van de Wetering (2010) estabelece as diferenças entre a avaliação tradicional e a avaliação apreciativa, como visto no Quadro 1.

QUADRO 1 – **DIFERENÇAS ENTRE A VISÃO TRADICIONAL DA AVALIAÇÃO E A DA AVALIAÇÃO APRECIATIVA**

AVALIAÇÃO TRADICIONAL E SEUS FOCOS DE INTERESSE	AVALIAÇÃO APRECIATIVA E SEUS FOCOS DE INTERESSE
PROCEDIMENTOS E NORMAS	MELHORAMENTOS E INOVAÇÕES
IDENTIFICAÇÃO DE PROBLEMAS E DIFICULDADES ENCONTRADAS NO FUNCIONAMENTO ORGANIZACIONAL	IDENTIFICAÇÃO DO QUE FUNCIONA BEM (BOAS PRÁTICAS)
ESTILO AUTORITÁRIO DE TRABALHO	ESTILO PARTICIPATIVO DE TRABALHO
VALORIZAÇÃO DOS MOMENTOS CRÍTICOS E DOS INCIDENTES	VALORIZAÇÃO DOS MOMENTOS EXITOSOS E DAS EXPERIÊNCIAS POSITIVAS

Fonte: adaptado de Van de Wetering (2010).

Dinesen (2009) traz outro fator a ser contemplado na análise: o fato de que uma das importantes atribuições da avaliação consiste em também desenvolver a prática e a qualidade, não se restringindo apenas ao que se entende por medição. Como justifica a autora, quando se quer exclusivamente medir, as respostas são quantitativas. Convém dizer que isto, embora seja necessário, ainda não é suficiente.

Se for desejado ir além desse patamar, pode-se pensar na função intrínseca da avaliação, sob o ângulo que incorpora o ponto de vista dos interessados acerca do fenômeno focalizado, seja ele ligado à aprendizagem, ao ensino ou ao desempenho de um programa ou sistema (FIRME, 2009). Neste sentido, o olhar apreciativo "não elimina a percepção dos aspectos negativos, apenas ressalta os positivos, para fortalecer a capacidade de admitir falhas e a iniciativa de resolvê-las" (FIRME, 2009, p. 47).

Quatro princípios delineados por Cooperrider e Srivastva (2009) são sugestivos do que fundamenta a avaliação de um sistema organizacional: a abordagem deve começar pela valorização, deve ser posta em prática de forma colaborativa, deve ser provocativa e deve ser aplicável. O uso de procedimentos participativos e inclusivos, bem como de incentivos para aumentar a capacidade de aprendizagem e de mudança dentro de organizações e comunidades, também faz parte do processo de avaliação (COGHLAN; PRESKILL; CATSAMBAS, 2003).

Nesse contexto, verifica-se que, enquanto nas avaliações tradicionais o avaliador se destaca pela captação, realização e análise dos resultados, na avaliação apreciativa, os participantes do processo são envolvidos no ciclo da avaliação, a fim de descobrir o que funciona

bem, assim como para analisar as prováveis causas e soluções do que se pode fazer para melhorar. Dessa maneira, o processo apreciativo aponta o que foi bem-sucedido em qualquer estudo, projeto, programa ou atividade da organização, objetivando, principalmente, a busca de boas práticas. Para Ojha (2010), o método oferece excelente potencial de envolver as pessoas na avaliação participativa para contínua melhoria e, mais importante, para uma implementação mais sustentável das mudanças.

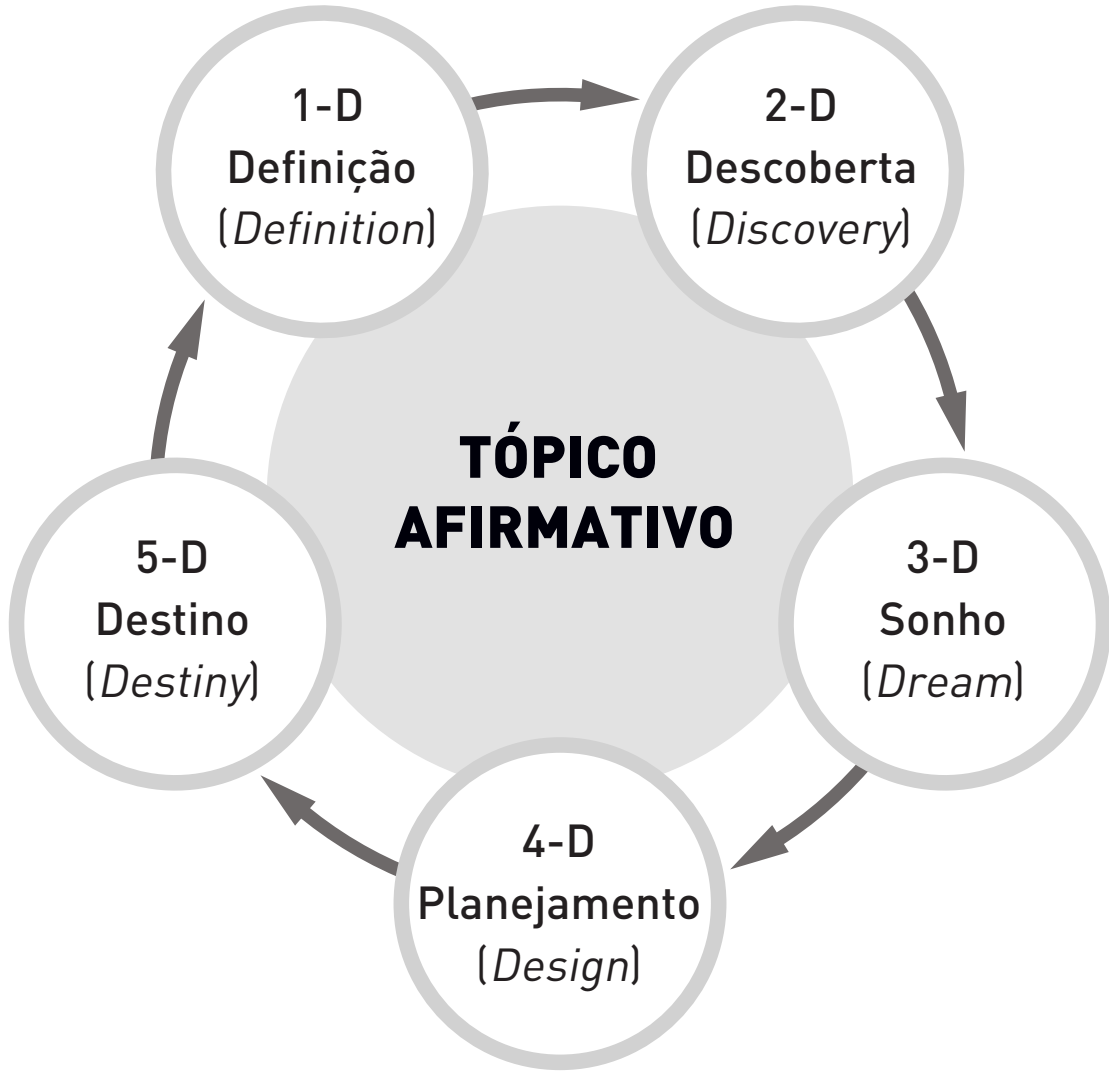
À luz desse quadro de referência, a próxima seção trata da metodologia adotada no estudo de caso do NPJ/FDR.

2 METODOLOGIA: NATUREZA E ESTRATÉGIA DE UMA PESQUISA COLABORATIVA

Na elaboração do trabalho do NPJ/FDR, deve-se assinalar que a opção pelo estudo de caso mostrou-se adequada à pesquisa avaliativa, pois, dentre outros motivos, favoreceu o estabelecimento de vínculos causais em uma situação da vida real, além de permitir a obtenção de dados em um contexto de aprofundamento do fenômeno focalizado (YIN, 2005).

O esquema de avaliação apreciativa do NPJ/FDR foi elaborado com base no modelo de 5-D (em inglês-português: 1-D *Definition*/Definição, 2-D *Discovery*/Descoberta, 3-D *Dream*/Sonho, 4-D *Design*/Planejamento, 5-D *Destiny*/Destino), que pode ser visualizado na Figura 1. O processo começa pela definição do que será feito no trabalho, de acordo com protocolo da pesquisa, avança pela descoberta acerca dos pontos fortes do sistema organizacional, envereda pela visualização das possibilidades de futuro, seguida pela formulação de proposições provocativas e busca de sustentabilidade dos planos traçados para colocá-las em prática, junto com apoios e recursos a serem mobilizados para a sustentabilidade do que irá ser (BUSHE; KASSAM, 2005; COOPERRIDER; WHITNEY; STAVROS, 2009).

FIGURA 1 – **MODELO DE 5-D APLICADO AO ESTUDO DO NPJ/FDR**



Fonte: adaptado de Cooperrider, Whitney e Stavros (2009).

Os autores entendem que o modelo de 5-D é compreensivo, composto por fases que se conectam, embora sem linearidade, tendo ao centro um tópico afirmativo, que representa o eixo do processo da avaliação apreciativa, em torno dele giram as ações projetadas no protocolo de pesquisa, direcionadas ao que se pretende estudar (COOPERRIDER; WHITNEY; STAVROS, 2009). Às vezes, torna-se necessário adotar prioridades, estratégias de mediação de conflitos, replanejar ações e construir consenso (MacCOY, 2014), considerando que, geralmente, isto implica em superar o desafio ao *status quo* estabelecido.

No estudo do NPJ/FDR, o modelo de 5-D foi aplicado de forma conjunta: reuniu pesquisadores e pessoal envolvido seguindo o formato de pesquisa colaborativa (OKADA, 2009; CORNWALL; JEWKES, 1995). Neste particular, Cooperrider e Srivastva (2009) sugerem que se junte teoria, método e ação formando um todo que se integra simultaneamente, tanto à coleta como à análise dos dados obtidos por diferentes meios, como ocorreu neste caso: a) consulta a documentos referentes à dinâmica funcional do NPJ/FDR;

b) formação de um grupo colaborativo para participar das oficinas do ciclo de 5-D; e c) realização de entrevistas apreciativas.

Um roteiro (não estruturado) de perguntas apreciativas foi adotado para as oficinas e para as entrevistas (gravadas e transcritas), junto com anotações de campo e registros dos eventos da pesquisa. É interessante assinalar que, sob o ângulo ontológico, não existe uma única verdade interpretativa, posto que este tipo de avaliação se apoia em diferentes pontos de vista para se entender o fenômeno, erigido por meio de distintos processos de observação, conhecimento, opiniões, interpretações e experiências de pessoas (HENNING; VAN RESBURG; SMIT, 2004).

Os dados podem refletir atitudes, percepções e significados encontrados nas observações, entrevistas, histórias, conversas positivas e desejos externados pelos participantes. Note-se que, na IA, por essência alinhada ao construtivismo, não se busca um método perfeito e acabado para dar sentido aos dados levantados, o que encoraja fazer adaptações e interpretações que digam respeito às peculiaridades do estudo (COOPERRIDER; WHITNEY; STAVROS, 2009).

Para sistematizar o material obtido, entendeu-se que cada "D" poderia ser considerado uma categoria temática de análise, cada qual com conteúdos associados ao significado que lhes é intrínseco, de acordo com o ciclo apreciativo aplicado ao caso do NPD/FDR. Neste particular, sabe-se que, como explicam Cooperrider, Whitney e Stavros (2009, p. 132),

> [...] os dados podem ser reduzidos e exibidos em diagramas, cartazes, tabelas, figuras, livros de histórias, boletins informativos e outros recursos visuais. A busca por um método perfeito para extrair sentido dos dados não é importante. Não existe uma única forma correta de analisar os dados.

Assim sendo, respeitando-se o formato dado aos achados, estes foram compartilhados e validados junto com os participantes da pesquisa, que puderam aprender sobre si e seu trabalho. Essa forma epistemológica e reflexiva contribuiu para que a metodologia proposta fosse bem-sucedida e implementada contando com o pessoal envolvido, inclusive os oriundos de órgãos externos que estão instalados na estrutura física do NPJ/FDR em decorrência de convênios firmados entre estes e a UFPE, como já mencionado na Introdução deste artigo.

Ressalta-se que foi considerado relevante pensar como fundamental a relação do NPJ/FDR com a sociedade, posto que pesa em seu papel a retribuição do curso de Direito à comunidade que o cerca, para atender as suas necessidades legais básicas, sem esquecer o quanto as práticas jurídicas enriquecem a formação humana e social, essenciais para o aluno.

Bloom et al. (2013) recomendam que se deve dar atenção ao plano institucional, sob o argumento de que é importante para os indivíduos se situarem no melhor do contexto organizacional, até mesmo para que possam se sentir orgulhosos de sua ligação profissional. Para os autores, em ambientes educacionais, é importante ter em mente como saber modelar

e enfatizar o reconhecimento dos pontos fortes de indivíduos e grupos na organização. Essa abordagem também pode contribuir para melhorar as interações do pessoal acadêmico com estudantes e outros interessados em um estudo como o que se realizou junto ao NPJ/FDR, cujos resultados são objeto da próxima seção.

3 Discussão e resultados: aplicação do modelo de 5-D no NPJ/FDR

O modelo de 5-D serviu para que se criasse um passo a passo referente a cada um dos "D", constituindo este o caminho percorrido, de modo coordenado e interdependente, sem rigidez quanto ao seu cumprimento na íntegra, pois logo se percebeu que ajustes poderiam ser feitos no próprio momento de sua aplicação.

3.1 Definição (1-D): protocolo de pesquisa e escolha do tópico afirmativo

A primeira etapa do ciclo de 5-D é denominada Definição (1-D) e representa o início da pesquisa. O seu teor foi bem recebido pela direção do órgão, que apoiou a constituição do grupo colaborativo, formado por sete participantes, assinalados no Quadro 2, conforme seu vínculo institucional junto ao NPJ/FDR e a indicação sobre a melhor razão para que cada um viesse a dele fazer parte (o compromisso de preservar a identidade de cada um foi firmado).

quadro 2 – **Grupo formado para a pesquisa colaborativa**

POSIÇÃO	ÁREA ORGANIZACIONAL	MELHOR RAZÃO PARA O CONVITE DE INGRESSO NA EQUIPE
TÉCNICO JUDICIÁRIO	JUSTIÇA FEDERAL	RESPONSÁVEL PELO POSTO AVANÇADO DA JUSTIÇA FEDERAL – SETOR DE ATERMAÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL, NO NPJ. EGRESSO DO CURSO DE DIREITO.
DISCENTE	-	CURSA ATUALMENTE AS DISCIPLINAS PRÁTICA JUDICIÁRIA E CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. JÁ CURSOU A DISCIPLINA SIMULAÇÃO.
DISCENTE	-	CURSA A DISCIPLINA PRÁTICA JUDICIÁRIA. JÁ CURSOU AS DISCIPLINAS SIMULAÇÃO E CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM.

TÉCNICO ADMINISTRATIVO EM EDUCAÇÃO	NPJ/FDR	TRABALHA NO NPJ DESDE 2001.
TÉCNICO ADMINISTRATIVO EM EDUCAÇÃO	NPJ/FDR	TRABALHA NO NPJ DESDE 2003.
TÉCNICO ADMINISTRATIVO EM EDUCAÇÃO	NPJ/FDR	TRABALHA NO NPJ DESDE 2014.
TÉCNICO ADMINISTRATIVO EM EDUCAÇÃO	NPJ/FDR	TRABALHA NO NPJ DESDE 2000 E É RESPONSÁVEL PELA CONDUÇÃO DA PESQUISA.

Fonte: elaboração própria com base nos dados da pesquisa.

Com este grupo colaborativo se estabeleceu o protocolo do trabalho, que incluiu a apresentação do enfoque teórico e empírico do modelo de 5-D e dos objetivos da avaliação apreciativa e suas particularidades. Quatro encontros foram realizados nos meses de abril, maio e junho de 2015, e no primeiro deles, após discussão sobre o assunto, teve lugar a escolha do tópico afirmativo que se tornou o eixo central da pesquisa: "O NPJ como facilitador na formação prática dos discentes do Curso de Direito da FDR, promovendo o ensino, a pesquisa e a extensão". Assim sendo**,** o ciclo prosseguiu rumo ao 2-D.

3.2 Descoberta (2-D): o que há de melhor no NPJ/FDR

A etapa do 2-D, ou seja, a busca do que há de melhor, começou com a realização de uma oficina apreciativa, na qual os participantes foram convidados a refletir sobre: a) si mesmos e seu desempenho, voltado para a obtenção de bons resultados; b) os pontos fortes a serem destacados; c) as experiências exitosas e impressões que ficaram marcadas nas memórias dos envolvidos; e d) o papel que desempenha o NPJ/FDR no contexto da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Para melhor situar a discussão, um dos membros do grupo apontou como exemplo a posição do NPJ/FDR na articulação da universidade com a sociedade, tendo se observado que sua própria ação institucional se estabelece em conjunto com parceiros vitais para o cumprimento da missão que lhe é confiada. A inserção do NPJ/FDR e a do próprio curso de Direito na ambiência social também foi debatida, ante a força que exerce na formação acadêmica e profissional dos estudantes de Direito, ao compor o eixo das disciplinas práticas, previstas na Portaria n. 1.886/1994.

Conforme orientação adotada pelo próprio grupo, a etapa do 2-D atribuiu mais relevância à análise da atuação do NPJ/FDR como agente de formação prática dos discentes e na promoção do ensino, pesquisa e extensão, sendo este o ápice da descoberta (2-D). Consequentemente, foi dada maior atenção e espaço a este conteúdo, em face das respostas do grupo ao questionamento sobre o que há de melhor no NPJ/FDR. Os resultados foram alinhados tomando como base as quatro perspectivas eleitas pelos participantes no decorrer desse processo, as quais devem ser vistas de forma integrada, como disposto nos quadrantes da Figura 2, em que se procura expressar uma forma de articulação simbiótica entre os assuntos debatidos pelo grupo colaborativo e que revelam a convergência das respostas com o tópico afirmativo da pesquisa.

FIGURA 2 – **O QUE HÁ DE MELHOR NO NPJ/FDR EM QUATRO PERSPECTIVAS INTEGRADAS**

OS SEUS PONTOS FORTES

- Posição estratégica como elo entre a universidade e a sociedade;
- Papel estratégico junto à Defensoria Pública do Estado, à Justiça Federal e à Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA);
- Ênfase dada ao eixo prático na implantação do novo currículo do curso de Direito;
- Bom desempenho dos servidores técnico-administrativos nas atribuições para as quais são designados.

A SUA ATUAÇÃO COMO AGENTE DE FORMAÇÃO PRÁTICA DOS DISCENTES E NA PROMOÇÃO DO ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO

- Forte na interação do aluno com a sociedade. Na medida em que se aprimora o ensino, há uma prestação de serviços com mais qualidade;
- Significativa, porém, a infraestrutura ainda deixa a desejar;
- Positiva na promoção do ensino, pesquisa e extensão;
- Facilitador da prática por sua vocação de gerenciador dos estágios e disciplinador dos interesses da instituição de ensino e dos órgãos de estágios;
- Interessante poder proporcionar o estágio curricular com atendimento ao público;
- Cumpre bem seu papel, entretanto, em todas as áreas ainda há muito por fazer. Novas metodologias de ensino e pesquisa poderiam ser implantadas. Abertura de novas frentes (serviços) a serem exploradas e oferecidas ao público;
- Útil, sobretudo para os alunos que não tiveram oportunidade de estagiar. Ele é extremamente importante como distribuidor dos conhecimentos produzidos na faculdade aos problemas das pessoas na sociedade.

O QUE MAIS SE VALORIZA EM SEU FUNCIONAMENTO

- O bom atendimento ao público;
- A promoção junto aos discentes do papel social da prática jurídica, com oferta de estágio no próprio NPJ, ao lado do seu acompanhamento junto aos órgãos conveniados com a UFPE. Os estágios feitos pelos alunos colaboram para o sucesso do desempenho da prática jurídica;
- As parcerias (convênios), os serviços prestados à população aliados à prática jurídica;
- A oportunidade de conectar o conhecimento teórico da graduação com os problemas reais da sociedade.

AS EXPERIÊNCIAS EXITOSAS

- As aulas referentes aos temas da conciliação, mediação e arbitragem (fala de um aluno);
- Além das experiências particulares adquiridas, a ajuda às pessoas carentes me faz feliz (fala de um aluno);
- Ver o brilho nos olhos de alguns alunos ao passar pela experiência de atender pessoas carentes junto à Defensoria Pública;
- A comunicação com discentes e docentes ficou mais ágil quando foram criados emails e facebook para o NPJ;
- A admissão de docentes ligados, prioritariamente, ao NPJ, ocasionou um melhor desempenho;
- O engajamento dos alunos na reformulação da grade curricular, proporcionando a inclusão das disciplinas relacionadas ao NPJ;
- A criação da CCMA e a reestruturação dos espaços físicos do NPJ.

Fonte: elaboração própria com base nos dados da pesquisa.

Não obstante os aspectos positivos abordados, houve uma preocupação objetiva com a introdução de melhorias na infraestrutura física e as frentes que o NPJ/FDR deve abrir para explorar o potencial existente, bem como com os métodos de trabalho que podem ser utilizados em prol tanto do ensino como da pesquisa. Sempre pensando naquilo que pode ser revertido para a sociedade.

Semelhante senso crítico foi utilizado para fazer uma conexão com as experiências exitosas vivenciadas no cotidiano e que formam a trajetória NPJ/FDR, constituída pela simplicidade que cerca as pequenas coisas, que têm valor porque foram consideradas como elemento básico da motivação dos participantes do trabalho lá realizado. A etapa do 2-D teve também um momento de descontração, influenciado pelos sentimentos e emoções aflorados ao serem relembrados fatos, eventos e situações prazerosas na realização de atividades desenvolvidas pelos que fazem parte do NPJ/FDR.

Essas questões ensejaram o exercício de olhar para dentro e para fora do NPJ/FDR, trazendo à tona os componentes que contribuem para a obtenção de seus resultados. A visão do NPJ/FDR como um agente capaz de se destacar perante o público que atende e de com ele interagir foi constantemente ressaltada. Sendo assim, esforços devem ser envidados para se incentivar o trabalho que o NPJ/FDR realiza perante a sociedade.

A coleta de dados no âmbito do 2-D contou, ainda, com nove entrevistas que foram realizadas com quatro ex-coordenadores que passaram pelo NPJ/FDR e o que atualmente estão na sua coordenação,[3] duas servidoras que hoje são ex-integrantes[4] do NPJ/FDR, além do representante da Justiça Federal (que também participou das oficinas) e do representante da Defensoria Pública Estadual. Para tanto, foi elaborado um roteiro bem próximo ao que foi utilizado na oficina realizada com o grupo colaborativo, tendo as perguntas sido gravadas e validadas pelos entrevistados, que foram identificados por códigos alfanuméricos.

A cada entrevistado foi solicitado fazer uma apreciação das questões que giram em torno do tópico afirmativo da pesquisa. Como critério para a tabulação dos dados, escolheu-se as três principais respostas dadas ao que foi destacado como de maior valor atribuído ao que há de melhor no funcionamento do NPJ/FDR.

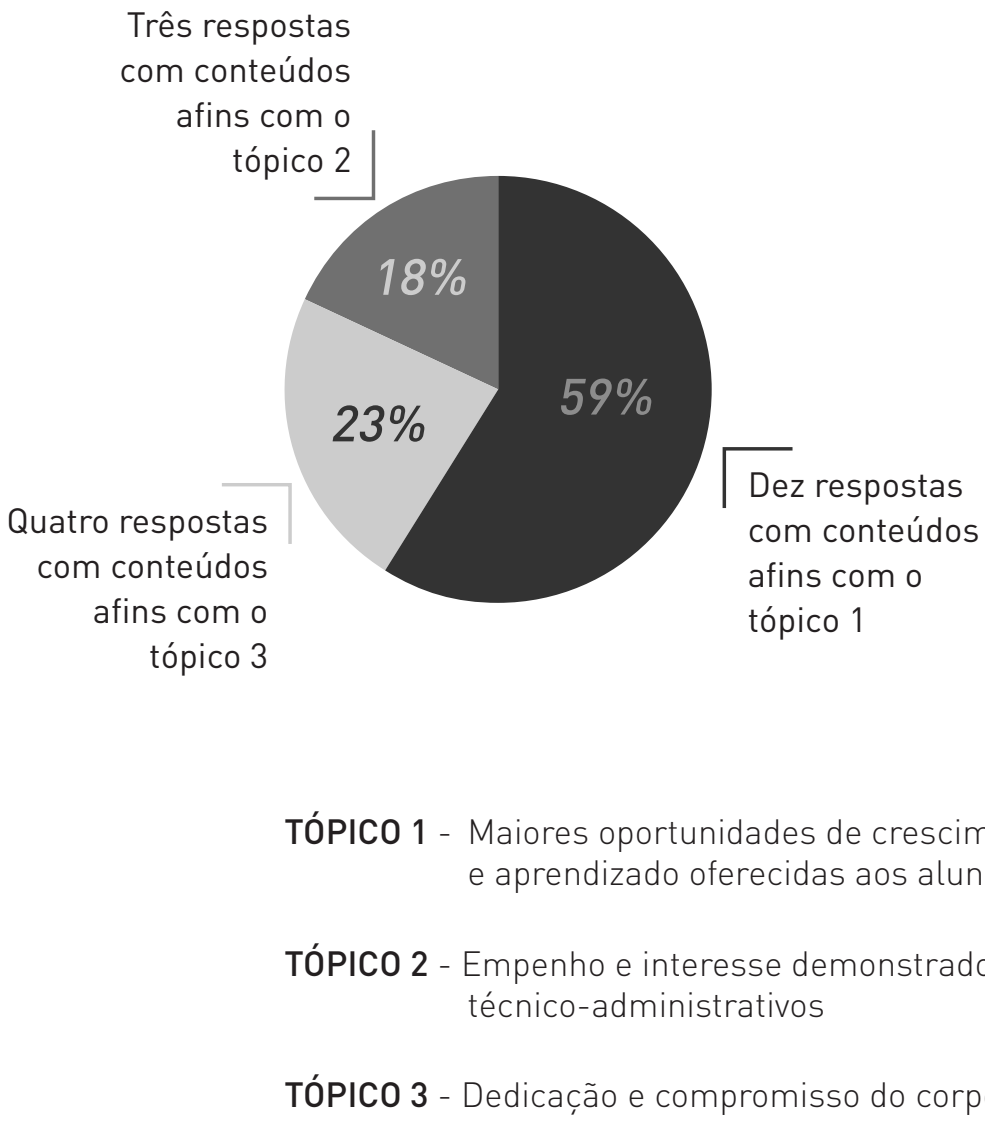
De acordo com a frequência obtida nas respostas, chegou-se ao seguinte resultado, pela ordem: a) as oportunidades de crescimento profissional e aprendizado oferecidas aos alunos; b) o empenho e o interesse demonstrados pelos servidores técnico-administrativos;

3 O coordenador 1 atuou de janeiro de 2000 a fevereiro de 2001; o coordenador 2, de março de 2001 a julho de 2003; o coordenador 3, de setembro de 2004 a fevereiro de 2009; o coordenador 4, de março de 2009 a agosto de 2014 e o coordenador 5 atua desde setembro de 2014. No período de agosto de 2003 a agosto de 2004, o NPJ foi coordenado por uma docente que já se aposentou da UFPE.

4 Participantes da implantação do NPJ, em 2000, que depois foram remanejados para outros setores da FDR.

e c) a dedicação e o compromisso do corpo docente. Para a apresentação de tais achados foi elaborado o Gráfico 1, de modo a dar maior visibilidade aos três tópicos que mereceram o destaque dos entrevistados.

GRÁFICO 1 – **DISTRIBUIÇÃO PERCENTUAL DAS TRÊS PRINCIPAIS RESPOSTAS DADAS SOBRE O QUE CADA ENTREVISTADO MAIS VALORIZAVA NO FUNCIONAMENTO DO NPJ/FDR**



Fonte: elaboração própria com base nos dados da pesquisa.

Por ser oportuno, cabe ainda dizer que um assunto foi comum na visão dos entrevistados: o reconhecimento de que no NPJ/FDR se procura, com bastante intensidade, promover o cultivo de uma cultura de paz, no preparo dos discentes para lidar com conflitos entre as pessoas e o foco em sua resolução, a partir dos meios extrajudiciais (conciliação, arbitragem e mediação), em um contexto de aumento da violência, como acontece na atualidade.

Outro ponto a ser salientado na fala dos entrevistados diz respeito ao peso dado ao espírito de harmonia e dedicação dos servidores técnico-administrativos que existe no dia a dia do funcionamento do NPJ/FDR. Não menos importante também foi a referência de que se deve buscar obter maior compromisso por parte do corpo docente, para além da carga horária das disciplinas, com seu envolvimento em projetos do NPJ/FDR, tema este que explica a proposição de, futuramente, ser criado um quadro exclusivo de professores para dar maior sustentabilidade ao seu funcionamento, afora a questão motivacional que isto encerra.

Para isto, foi sugerido incentivar a admissão de docentes-orientadores com disponibilidade para a prática advocatícia e maior dedicação ao NPJ/FDR, paralelamente ao aprimoramento das metodologias e didáticas de ensino, pesquisa e extensão.

Da mesma forma que ocorreu com o grupo colaborativo, solicitou-se aos entrevistados pensar em uma linha do tempo que envolvesse o passado e o presente de cada um em sua relação com o NPJ/FDR, a fim de refletir sobre a experiência vivenciada pelos coordenadores.

O testemunho do primeiro coordenador discorre sobre como foi gratificante seu trabalho na implantação do NPJ/FDR:

> *Participar da implantação do NPJ foi muito gratificante, uma experiência esplêndida. A implantação se deu em cumprimento da lei que alterou o currículo escolar para o curso de Direito, exigindo que as escolas implantassem o NPJ, no sentido de propiciar aos alunos um curso não só de conhecimento teórico, mas prático do ensino do Direito. Ao mesmo tempo, privilegiou o acesso do aluno, aproximando-o da sociedade carente. A prática gratuita modificou a visão do curso de Direito, bem como o ensino de disciplinas voltadas a dirimir conflitos, de modo extrajudiciais pela Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem* (Coordenador F1).

Outro adjetivo empregado pelos coordenadores para definir suas experiências foi o termo "enriquecedoras", em associação às conquistas gradualmente alcançadas na formação de competências do ensino/extensão ministrados no NPJ/FDR. Tomou-se como exemplo o fato de os alunos passarem a ter acesso "*a um estágio qualitativo e contato direto com as demandas sociais, em particular nas áreas do Direito de Família*" (Coordenador F1).

Entretanto, não foi esquecida a fase de superação de desafios, tais como "*a falta de recursos e a ausência de apoio do* campus *para a implantação da estrutura ideal para o desenvolvimento das práticas simuladas e/ou reais*" (Coordenador F2). Um dos relatos descreve a luta do coordenador para vencer o patamar inicial vivido pelo NPJ/FDR há mais de uma década atrás:

> *Fui coordenador do NPJ/FDR no período de setembro/2004 a fevereiro/2009. Na ocasião, vivia solicitando professores exclusivos para as disciplinas oferecidas no Núcleo. Havia a disciplina denominada indevidamente por Simulação (aulas teóricas de prática processual civil, penal e trabalhista), Prática Judiciária e Arbitragem. Nas duas primeiras, os alunos não aprendiam o*

suficiente. Reclamavam constantemente da operacionalização inadequada, além da ausência dos professores. Na prática judiciária, procurava supervisionar a atuação dos alunos, junto à Defensoria Pública, nos polos da Região Metropolitana do Recife e no prédio do próprio Núcleo. Neste ambiente, os alunos recebiam a comunidade e preparavam a Petição Inicial pertinente ao caso apresentado. Daí, repassavam para os defensores públicos, os quais analisavam o texto e, em seguida, chancelavam ou orientavam a uma nova redação. Com o texto final, os defensores assinavam e levavam a referida petição para ser distribuída no fórum. Isso me angustiava muito, pois os alunos ficavam restritos a reproduzir a petição inicial e não havia espaço para eles distribuírem a peça no fórum, bem como acompanhar o caso (Coordenador F2).

O contraponto se institui com o balanço das atividades feitas pelo atual coordenador do NPJ/FDR, que avalia de forma positiva, mas também crítica, as realizações alcançadas ao longo de sua trajetória histórica:

Tivemos a oportunidade de aperfeiçoar o funcionamento do NPJ/FDR e de implementar algumas novidades importantes, como: 1) o NUCMA – Núcleo de Conciliação, Mediação e Arbitragem; 2) as alterações na grade curricular (com a criação de três disciplinas separadas para Prática Civil, Penal e Trabalhista); o incremento da carga horária de Prática Civil para 60h, ao lado da inclusão dessas disciplinas na grade no mesmo horário em que o aluno estuda; 3) a reestruturação do espaço físico do NPJ; 4) a ampliação do convênio de estágio voluntário com a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco; 5) a renovação do convênio com a Justiça Federal de Pernambuco; e 6) a assinatura de convênio com a Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, para estágio preferencial para estudantes oriundos de escolas públicas, dentre outras (Coordenador F5).

A visão de futuro do NPJ/FDR, externada tanto pelo seu atual coordenador como pelos seus antecessores, projeta ideias acerca da "*criação de um escritório modelo (clínica jurídica) nas diversas especialidades, com a atuação dos alunos prestada diretamente à sociedade e com assistência de professores advogados*" (Coordenador F4), e até mesmo a proposta de "*um quadro exclusivo de docentes alocados no Núcleo*". Aliás, este é um desejo acalentado desde seus primórdios, assim como são as demandas por melhoria da infraestrutura de pessoal e material.

O atual coordenador também levantou o aspecto financeiro que está implícito nesta discussão, posto que assinalou haver carência de funções gratificadas, em contraste com as que são encontradas nos departamentos do CCJ, ao qual o NPJ/FDR é vinculado (Coordenador F5).

Estes momentos foram entremeados por uma certa tensão, pois o tópico ensejou o contato com assuntos pessoais e profissionais dos entrevistados, cujas impressões colaboraram para repensar o que houve no passado e no presente do NPJ/FDR, além de ajudar a fazer correlação com o que foi debatido nas oficinas apreciativas, no contexto de uma relação tempo/espaço que foi se criando em ambas as interfaces da coleta de dados.

Assim, a pesquisa ofereceu a oportunidade de se conhecer múltiplas realidades em torno de um mesmo fenômeno, de acordo com a apreciação feita pelos entrevistados e a dos integrantes das oficinas apreciativas. A interpretação dos dados permitiu verificar como foi pertinente avaliar a percepção do pessoal envolvido na pesquisa, o que implicou a leitura e releitura do material obtido, para melhor entender os pressupostos norteadores do funcionamento do NPJ/FDR, e das questões fundamentais que foram sendo enunciadas na descoberta (2-D).

Muitas delas não chegaram a ser transpostas diretamente para este artigo (por questão de espaço), mas muito contribuíram para dar corpo à avaliação apreciativa, que é constituída por diferentes vozes e descobertas, as quais informam o processo de construção da realidade e do compartilhamento dos dados, submetidos à validação pelos participantes, conforme foi pactuado no protocolo da pesquisa.

O respeito às semelhanças e diferenças encontradas nas visões dos participantes constituiu o ponto alto desta fase, sabendo-se que se trata dos valores de cada um e que expressavam suas manifestações, serviram como uma forma de aprendizado das lições do melhor do passado e do presente, principalmente porque forneciam subsídios acerca da necessidade de introduzir melhorias para que o futuro pudesse ser viabilizado, como proposto no 3-D.

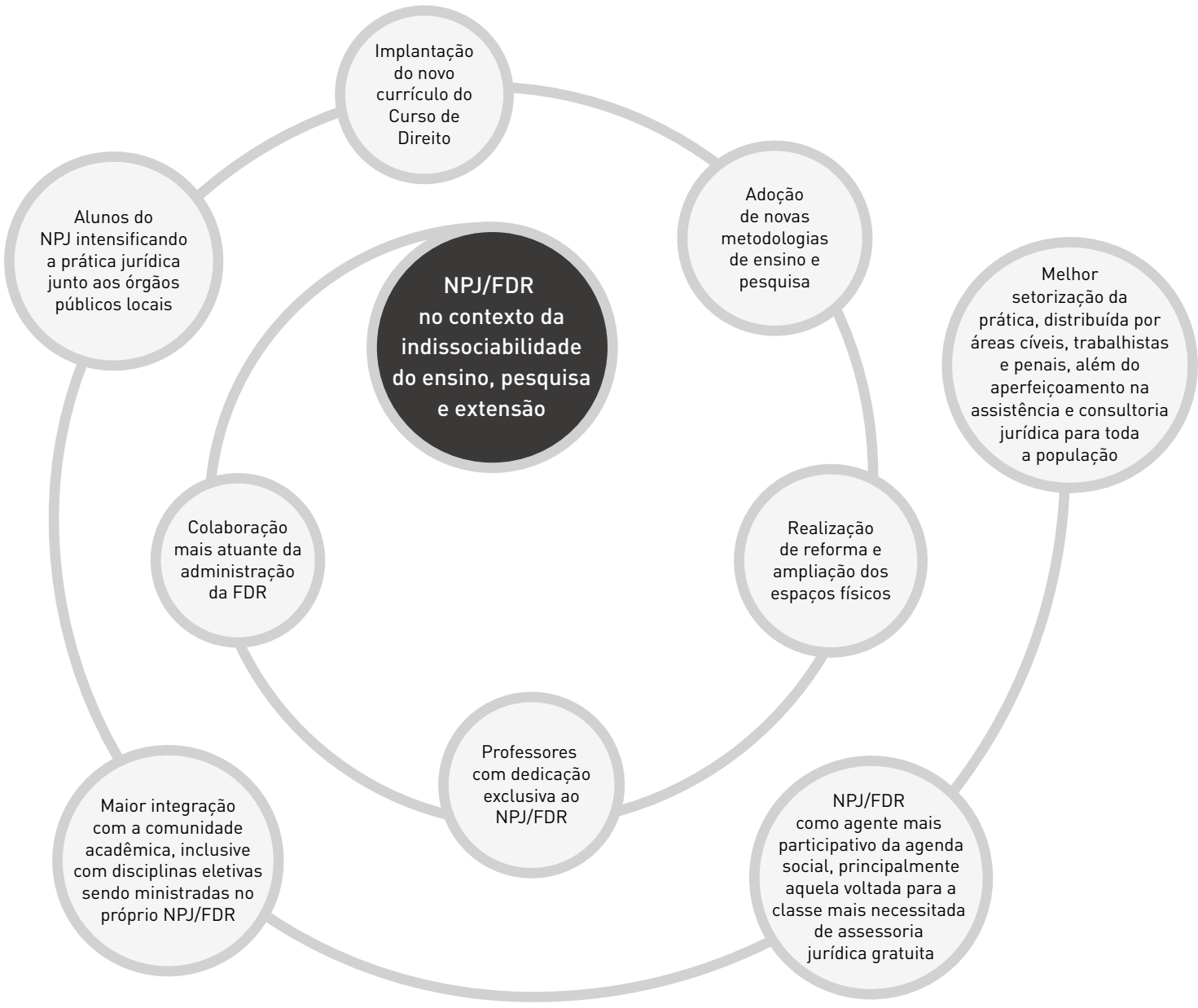
3.3 Sonho (3-D): as possibilidades de futuro

A oficina do 3-D, levada adiante com os participantes do grupo colaborativo teve como propósito imaginar um futuro promissor para o NPJ/FDR, enfatizando temáticas que se entrecruzaram, tais como: a) a promoção das melhores práticas ligadas à indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão; b) a contribuição que cada participante poderia dar para que o NPJ/FDR tenha uma adequada atuação; e c) que melhorias e inovações podem ser sugeridas.

Nesta etapa, mais uma vez, as temáticas também foram associadas ao tópico afirmativo da pesquisa, que procura situar o NPJ/FDR no contexto da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão. Para tanto, na medida em que as ideias iam surgindo, seguindo o paradigma positivo, os resultados foram sendo projetados como um círculo virtuoso, delineado como uma espiral (ver Figura 3).

As respostas foram sendo postas como elos de uma cadeia de práticas positivas em que uma iniciativa (na atividade de ensino, por exemplo) deveria favorecer ou reforçar as outras (atividade de pesquisa/extensão), de modo que as partes pudessem (e devessem) desencadear novos eventos a elas conectados, do que resultou a Figura 3.

FIGURA 3 – **NPJ/FDR NO CONTEXTO DA INDISSOCIABILIDADE DO ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO**



Fonte: dados da Oficina Apreciativa.

Em meio a esse clima de trabalho, deu-se continuidade à discussão acerca das contribuições dos participantes para que o NPJ/FDR tenha uma atuação mais adequada. O grupo considerou que a pesquisa estava oferecendo uma oportunidade para se aumentar o comprometimento com o NPJ/FDR, bem como para discorrer sobre seu papel junto à sociedade.

O entendimento, entretanto, levou à observação de que o primeiro passo deveria ser a sua divulgação no próprio meio acadêmico da UFPE, ao lado da busca de maior oferta de serviços à população carente. Na ocasião, falou-se não apenas do cumprimento de obrigações e do zelo de todos em face das atividades que lhes cabe desempenhar no NPJ/FDR, mas também da abertura de seus integrantes para novas técnicas e tecnologias que auxiliem no desenvolvimento do trabalho de cada um.

Com estes dados, pode-se reunir elementos para dar andamento ao 4-D, em função do qual se tornou possível pensar acerca da formulação de um foco estratégico voltado para a apresentação de proposições provocativas sustentáveis em relação ao bom funcionamento do NPJ/FDR.

3.4 Planejamento (4-D): proposição provocativa

Na oficina do 4-D, devido à natureza do tema colocado em pauta, foi dada ênfase aos aspectos pedagógicos e administrativos que norteiam o funcionamento do NPJ/FDR, como forma de fomentar o surgimento de proposições provocativas no seio do grupo, a quem se solicitou evocar frases de natureza afirmativa, desafiadora e plausível de realização. Para tanto, os participantes foram convidados a propor medidas e ações capazes de garantir sua viabilidade, como exposto no Quadro 3.

QUADRO 3 – **PROPOSIÇÃO PROVOCATIVA:** MEDIDAS E AÇÕES SUGERIDAS

PROPOSIÇÃO PROVOCATIVA
O NPJ/FDR DEVE SER CONSIDERADO PROATIVO POR TODOS EM SUA ATUAÇÃO NA FORMAÇÃO PRÁTICA DOS DISCENTES, PELA PROMOÇÃO DA INDISSOCIABILIDADE ENTRE O ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO, ALÉM DE SE DESTACAR NO APOIO DADO AO DESENVOLVIMENTO DAS COMPETÊNCIAS E HABILIDADES DO ALUNO NA APLICAÇÃO DO SABER JURÍDICO.
MEDIDAS E AÇÕES SUGERIDAS
: FORMAR UMA EQUIPE DE ALUNOS RECÉM-FORMADOS E INSCRITOS NA OAB PARA ATUAR VOLUNTARIAMENTE NAS ATIVIDADES PRÁTICAS DO NPJ/FDR, EXERCENDO A FUNÇÃO DE ADVOGADO-TUTOR;
: PROMOVER A ASSISTÊNCIA GRATUITA À SOCIEDADE POR MEIO DE CONSULTORIA E ASSESSORIA JURÍDICA;
: LUTAR PELA ADMISSÃO DE DOCENTES EXCLUSIVOS PERMANENTES OU SUBSTITUTOS (NA CONDIÇÃO DE ADVOGADOS) PARA ATUAREM NO NPJ/FDR, OS QUAIS, ALÉM DE SEREM RESPONSÁVEIS PELAS AULAS PRÁTICAS, SEJAM TAMBÉM OS ORIENTADORES DOS DISCENTES;
: PROMOVER E DIVULGAR MAIS, NO ÂMBITO DA FDR, O PAPEL QUE O NPJ EXERCE NA FORMAÇÃO PRÁTICA DO ALUNO;
: BUSCAR MELHORIAS PARA A INFRAESTRUTURA DO NPJ/FDR, CRIANDO SALAS ESPECÍFICAS NAS ÁREAS DO DIREITO, PRINCIPALMENTE EM RELAÇÃO ÀS ÁREAS CÍVEL, PENAL E TRABALHISTA, ALÉM DE UM SETOR DE TRIAGEM;

: LIMITAR O NÚMERO DE ALUNOS POR SALA DE AULA, PARA LHES OFERECER ATENDIMENTO MAIS PERSONALIZADO;
: ARTICULAR OS PARCEIROS INSTITUCIONAIS PARA QUE O ATENDIMENTO AO PÚBLICO POSSA SER DIÁRIO E NOS TRÊS TURNOS (MANHÃ, TARDE E NOITE);
: PROMOVER COM FREQUÊNCIA OFICINAS E SIMPÓSIOS SOBRE OS DIVERSOS TEMAS DO DIREITO;
: LUTAR PARA QUE O NPJ/FDR POSSA ASCENDER À CONDIÇÃO DE UM DEPARTAMENTO DA FDR, PARA QUE POSSUA AUTONOMIA DE AÇÃO;
: REALIZAR REUNIÕES TRIMESTRAIS SOBRE O FUNCIONAMENTO DO NPJ/FDR, PARA FINS DE AVALIAÇÃO E ACOMPANHAMENTO SISTEMÁTICO DOS RESULTADOS OBTIDOS.

Fonte: dados da Oficina Apreciativa.

Diante das contribuições que surgiram, o grupo colaborativo assumiu o compromisso de buscar apoio para a implementação das medidas e ações sugeridas, de modo que o NPJ/FDR possa contar com as condições necessárias para atuar satisfatoriamente e desempenhar bem suas atividades, chegando ao destino para ele traçado.

3.5 Destino (5-D): busca de sustentabilidade para o NPJ/FDR

A discussão sobre como dar sustentabilidade à proposição provocativa estabelecida pelo grupo colaborativo levou ao consenso acerca da necessidade de elaborar um Plano de Ação para que o NPJ/FDR, em termos institucionais e acadêmicos, possa cumprir a sua missão nos próximos anos.

Neste sentido, considerou-se primordial o envolvimento de todos, gestores, professores, alunos e técnico-administrativos, em torno da captação de recursos financeiros e materiais para que essas ideias tenham como ser implementadas, inclusive contando com a própria disponibilidade do grupo colaborativo para levar o projeto adiante.

Com esse propósito, uma agenda de trabalho foi estabelecida, denotando que o ciclo de 5-D está e permanecerá ativo ante os compromissos para dar andamento ao trabalho iniciado junto com os participantes desta avaliação apreciativa. A próxima seção encerra o trabalho com as conclusões alcançadas.

Conclusão

Neste trabalho, a avaliação apreciativa do NPJ/FDR seguiu o caminho participativo e

inclusivo, de que resultou a união das partes interessadas e a adesão ao trabalho realizado, de modo que novas ideias foram aflorando com o conhecimento adquirido acerca do processo em desenvolvimento. O estudo mostrou que conversas e diálogos ajudaram a facilitar a apreciação e a criação de uma imagem comum identificada com a organização.

Ao longo do ciclo apreciativo, o foco na melhoria funcionou como um estímulo para que se introduzisse um espírito de mudança organizacional, expresso nas falas e nas demonstrações de vontade e compromisso, para levar adiante os resultados advindos da descrição de experiências e das práticas positivas, expostos de modo crítico e analítico pelos participantes do grupo colaborativo, bem como dos entrevistados.

Um dos pontos a destacar diz respeito à prevalência da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão no NPJ/FDR, como eixo central, em um ambiente que permitiu observar o respeito e o sentimento de pertencer à instituição. Isto foi demonstrado na escolha do tópico afirmativo e as consequentes associações estabelecidas com cada "D", etapa após etapa da avaliação apreciativa, com destaque para o círculo virtuoso desenhado como uma metáfora dos sonhos dos participantes da pesquisa.

A análise desses dados evidencia existir grandes potencialidades a serem exploradas, que fortaleçam o papel institucional que cabe ao NPJ/FDR de exercer a promoção do ensino, a pesquisa e a extensão, a fim de proporcionar aos seus discentes uma prática jurídica concernente com o que dele se espera na atualidade. Em particular, chama-se a atenção para as forças internas de que dispõe para impulsionar suas ações, afora as parcerias construídas e implementadas mediante convênios firmados com órgãos públicos, que juntos respaldam a ambiência positiva requerida para sua institucionalização.

Entretanto, torna-se necessário assinalar que muito há para ser feito e aperfeiçoado. Foi percebido e avaliado, que, apesar de o NPJ/FDR possuir mais de 15 anos de funcionamento, ainda não alcançou o grau de maturidade requerido pela proposição provocativa elaborada ao final do ciclo apreciativo levado a efeito, principalmente levando em conta as medidas e ações sugeridas pelos membros da pesquisa que protagonizaram o processo de avaliação apreciativa ora apresentado.

O fato é que, não obstante a avaliação ter sido apreciativa, deve-se ter em vista que foram apontados alguns fatores que interferem no bom desempenho do NPJ/FDR, como é o caso, dentre outros, das deficiências encontradas na infraestrutura física, na percepção de que deveria contar com quadro de docentes dedicados exclusivamente ao seu funcionamento, e na falta de maior reconhecimento de seu papel institucional perante as instâncias de gestão superior da Universidade, até para a melhoria dos serviços oferecidos à população. Isso demonstra, como foi frisado anteriormente, que a IA não ignora os problemas, porém, instiga a busca de estratégias para resolvê-los (COOPERRIDER; WHITNEY; STAVROS, 2009).

Neste contexto, o trabalho dos que realizaram o estudo do NPJ/FDR deve ser visto como forte indicativo de tal posicionamento, o qual está sendo posto em evidência através de um pensamento crítico e reflexivo. Com ele, foi construída uma estratégia de análise,

que tanto é teórica como empírica, ao longo de uma experiência de aprendizagem que se espera venha a ser compreendida como ponto de referência do autoconhecimento dos participantes acerca do que fez e faz a instituição.

Afinal, não se pode perder de vista o papel desempenhado pelo NPJ/FDR na formação prática do aluno, inclusive por conta de seu envolvimento com parceiros que integram seu desenho organizacional, sendo relevante salientar que todo o serviço prestado pelas instituições que o integram está direcionado à importante parcela carente da sociedade.

É indispensável dizer, ainda, que existe campo fértil para se acreditar que está em curso uma mudança para melhor sobre essa realidade, pois o trabalho teve lugar em um clima de nítido engajamento. O grupo colaborativo apontou para as expectativas de um NPJ/FDR mais proativo e inserido em seu contexto, sem falar das intenções de expandir suas atividades na esfera institucional, de sorte que uma clínica jurídica ganhe espaço e se possa oferecer um serviço permanente de consultoria e assistência jurídica para a sociedade.

A transposição desses pensamentos para um plano de ação completa as iniciativas que devem ser articuladas visando abrir portas para aproximar mais o NPJ/FDR das instâncias de poder da instituição, que lhe possibilitem a obtenção de apoio logístico e financeiro, dos quais depende para que a sua implementação seja bem-sucedida.

Conclui-se, então, que a avaliação apreciativa atingiu seu objetivo, não sendo demais reafirmar o significado que tem o NPJ/FDR na formação profissional do discente de graduação em Direito. O estudo do que há de melhor no NPJ/FDR delineou o seu traçado histórico-institucional e mobilizou os que dele fazem parte à realização de um trabalho em que se conjugou visão, comprometimento e ação em um ambiente de colaboração e conhecimento, elementos que são necessários para levar adiante a transformação do sonho em algo concreto.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Jeanne M. Using appreciative inquiry to frame the appraisal of an Australian initial teacher education program. *Australian Journal of Teacher Education,* v. 38, n. 11, p. 1-16, 2013.

ANTONELLO, Claudia S.; DUTRA, Marina. L. S. Projeto pedagógico: uma proposta para o desenvolvimento das competências de alunos do curso de administração com foco no empreendedorismo. In: Anais do XXIX Encontro Anual da Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Administração - EnANPAD, Campinas, 18 a 21 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EPQ1161.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2015.

BEVILAQUA, Clovis. *História da Faculdade de Direito do Recife.* 3. ed. Recife: UFPE, 2012.

BLOOM, Jennifer L.; HUTSON, Bryant L.; HE, Ye; KONKLE, Erin. Appreciative education. *New Directions for Student Services,* n. 143, p. 5-18, Fall 2013. Disponível em: <http://media.johnwiley.com.au/product_data/excerpt/60/11187977/1118797760-36.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2015.

BONELLI, Maria da Gloria. O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* v. 14, n. 39, p. 61-81, fev. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 mar. 2017.

BRASIL. *Acordo de Cooperação n. 03/2014-JFPE*, de Cooperação para a Prática Jurídica, que entre si celebram a União, por intermédio da Justiça Federal de Primeiro Grau em Pernambuco, e a Universidade Federal de Pernambuco, 2014, mimeo.

_____. *Lei n. 11.788,* de 25 de setembro de 2008. Dispõe sobre o estágio de estudantes. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

_____. *Portaria n. 1.886*, de 30 de dezembro de 1994. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. Brasília (DF), 1994a. Disponível em: <http://www.ufpb.br/sods/consepe/resolu/1997/Portaria1886-MEC.htm>. Acesso em: 26 jul. 2015.

_____. *Lei n. 8.906*, de 04 de Julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília (DF), 1994b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 26 jul. 2015.

BUSHE, Gervase R.; KASSAM, Aniq F. A. When is appreciative inquiry transformational? *The Journal of Applied Behavioral Science,* v. 41, n. 2, p. 161-181, 2005. Disponível em: <http://www.gervasebushe.ca/ai-meta.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

CHELIMSKY, Eleanor. The coming transformations in evaluation. In: CHELIMSKY, Eleanor; SHADISH, William R. (Eds.), *Evaluation for the 21st Century*. Thousand Oaks, Sage, 1997.

CLEGG, Diane; LANG, Simon; FIEBRICH, Jeff. Audit effectiveness – assuring customer satisfaction. Excerpt from PNSQC 2011. *Proceedings.* Disponível em: <http://www.uploads.pnsqc.org/2011/papers/T-06_Clegg_Lang_Fiebrich_paper.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2015.

COGHLAN, Anne T.; PRESKILL, Hallie; CATSAMBAS, Tessie T. An overview of appreciative inquiry

in evaluation. *New Directions for Evaluation,* n. 100, p. 5-22, Winter 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/ev.96/epdf>. Acesso em: 03 mai. 2015.

COOPERRIDER, David L.; SRIVASTVA, Suresh. Investigação apreciativa na vida organizacional. In: COOPERRIDER, David L.; WHITNEY, Diana; STAVROS, Jacqueline M. (Org.). *Manual da investigação apreciativa* – Para Líderes da mudança. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009.

_____; WHITNEY, Diana; STAVROS, Jacqueline M. (Org.). *Manual da investigação apreciativa* – Para líderes da mudança. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009.

CORNWALL, Andrea; JEWKES, Rachel. What is participatory research? *Social Science & Medicine*, v. 41, n. 12, p. 1667-1676, 1995. Disponível em: <http://www.civitas.edu.pl/pub/nasza_uczelnia/projekty_badawcze/Taylor/what_is_participatory_research.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2014.

DINESEN, Malene S. Systemic appreciative evaluation. *AI Practitioner*, v. 11, n. 3, p. 49-56, 2009.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "movimento de acesso à justiça": Epistemologia *versus* metodologia? PANDOLFI, Dulce et al. (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

FERREIRA, Aurélio B. H. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S. A., 1975.

FIRME, Thereza P. Uma perspectiva inclusiva de avaliação. *Revista Pátio/Artmed*, ano XIII, p. 44-47, maio/julho 2009. Disponível em: <http://www.wservices.srv.br/public/projetos/a1educar/UserFiles/files/16_06_10%20PENNA%20FIRME%20-%20UMA_PERSPECTIVA_INCLUSIVA_D_%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

FRAGALE FILHO, Roberto. Ensino jurídico: as transformações de um processo formativo capturado pela corporação advocatícia. In: Anais do XV Congresso Brasileiro de Sociologia, p. 1-19, 2009, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://docplayer.com.br/18541002-Ensino-juridico-as-transformacoes-de-um-processo-formativo-capturado-pela-corporacao-advocaticia.html>. Acesso em: 28 out. 2016.

GADOTTI, M. Prefácio. In: DEMO, P. *Avaliação qualitativa*. 5. ed. Campinas, SP: Autores Associados, 1995.

GUBA, Egon G.; LINCOLN, Yvonna S. *Fourth generation evaluation*. Newbury Park: SAGE Publications, 1989.

HAMMOND, Sue A. *The thin book of appreciative inquiry*. 2. ed. Plano, Texas: Thin Book Publishing, 1998.

HAYDT, Regina C. *Avaliação do processo ensino-aprendizagem*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997.

HENNING, Elizabeth; VAN RESBURG, Wilhelm; SMIT, Brigitte. *Fining your way in qualitative research*. Pretoria: Van Schaik Publishers, 2004.

KELLY, Tricia. A positive approach to change: the role of appreciative inquiry in library and information organisations. *Australian Academic & Research Libraries,* v. 41, n. 3, p. 163-177, 2010. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00048623.2010.10721461>. Acesso em: 22 dez. 2014.

KRÜGER, Frederico Marcos. Evolução e adequação curricular do curso jurídico. *Revista Âmbito Jurídico,* v. XIII, n. 73, p. 1-9, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7196>. Acesso em: 01 out. 2016.

LEERING, Michelle. Conceptualizing reflective practice for legal professionals. *Journal of Law and Social Policy,* n. 23, p. 83-106, 2014.

LUCKESI, Cipriano C. *Avaliação da aprendizagem escolar.* 18. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

MacCOY, David J. Appreciative inquiry and evaluation – Getting to what works. *Canadian Journal of Program Evaluation/La Revue canadienne d'évaluation de programme,* v. 29, n. 2, p. 104-127, fall/automne 2014. Disponível em <http://rcep.ca/secure/29-2-104_2WUY4UN3XR.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2015.

MARTÍNEZ, Sérgio R. A evolução do ensino jurídico no Brasil. *Jus Navigandi,* Teresina, v. 11, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8020/a-evolucao-do-ensino-juridico-no-brasil>. Acesso em: 26 out. 2016.

MELO FILHO, Álvaro. Por uma revolução no ensino jurídico. *Revista Forense,* v. 322, ano 89, p. 09-15, abr./jun. 1993.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale; MENEZES, Mirla Mara Bastos Mangueira de. A prática jurídica e os núcleos de prática dos cursos de Direito. Uma visão menos dicotômica das atividades de estágio. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3563, abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24083>. Acesso em: 7 jun. 2017.

MORAES, Patrícia R. et al. O Ensino jurídico no Brasil. *Revista Eletrônica Direito em Foco,* p. 1-16, 2014. Disponível em: <http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2014/ensino_juridico.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

MURRAY, Winifred M. *Restorative justice facilitation*: an appreciative inquiry into effective practice for Aotearoa/New Zealand facilitators. PhD Thesis, Institute of Public Policy, Faculty of Applied Humanities, 2012.

OJHA, Gana P. Appreciative inquiry approach to evaluation practices in South Asia. *Revista de Cercetare si Interventie Socialâ,* v. 30, p. 7-18, 2010. Disponível em: <http://www.rcis.ro/images/documente/rcis30_01.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2014.

OKADA, Saburo. A intermediação pedagógica múltipla no universo das TIC e Moodle. In: ALVES, Lynn; BARROS, Daniela; OKADA, Alexandra (Orgs.). *Moodle:* Estratégias pedagógicas e estudos de caso. Salvador: EDUNEB, 2009. Disponível em: <http://www.moodle.ufba.br/file.php/1/Moodle_1911_web.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2015.

PEREIRA, Breno A. D.; MORALES, Ronaldo; VENTURINI, Jonas C.; GROHMANN, Marcia Z.; WEIBLEN, Bruno. Percepção da avaliação: um retrato da gestão pública em uma IES. In: Anais do II Encontro de Administração Pública e Governança – EnAPG**,** São Paulo, 22 a 24 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2006/2006_ENAPG263.pdf>. Acesso em: 25 jul 2015.

PERNAMBUCO. *Convênio que entre si celebram Defensoria Pública do Estado de Pernambuco e a Universidade Federal de Pernambuco para a execução e desenvolvimento dos programas de estágio*. 2014. Mimeo.

_____. *Convênio que entre si celebram, o Tribunal de Justiça de Pernambuco e a Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, para a implantação de uma Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem*. 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/124991425/dou-secao-3-09-09-2016-pg-72>. Acesso em: 13 fev. 2017.

RANDON, Emily L. Appreciative inquiry: discovering and learning from our strengths as teachers. *Institute for Law Teaching and Learning Summer Conference,* June 17-18, 2010. Workshop 4D. Disponível em: <http://lawteaching.org/wp-content/uploads/2016/07/4d-AppreciativeInquiry.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

RHODE, Deborah L. *Access to justice*. New York: Oxford University Press, 2004.

RODRIGUES, Horácio W. *Pensando o ensino do direito no século XXI:* diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

SANDARS, John; MURDOCH-EATON, Deborah. Appreciative inquiry in medical education. *Medical Teacher,* v. 38, p. 1-5, 2016.

SCRIVEN, Michael. *The logic of evaluation*. Invernes: Edgepress, 1982.

SOUSA JÚNIOR, José G. Ensino do Direito, Núcleos de Prática e de Assessoria Jurídica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 123-144, jul.-dez. 2006. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/7_78.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2017.

SOUZA, Laura. V.; McNAMEE, Sheila; SANTOS, Manoel. A. Avaliação como construção social: investigação apreciativa. *Psicologia & Sociedade,* v. 22, n. 3, p. 598-607, 2010. Disponível em: <http://www.producao.usp.br/bitstream/handle/BDPI/6720/art_SANTOS_Avaliacao_como_construcao_social_investigacao_apreciativa_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 jun. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO. *Resolução n. 02/99 – CD*, de 24 de fevereiro de 1999. Institui e regulamenta o Núcleo de Prática Jurídica. Recife: UFPE, 1999, mimeo.

_____. *Projeto Pedagógico do Curso de Graduação em Direito*. 2014, mimeo.

VAN DE WETERING, Annet. Appreciative auditing. *Al Practitioner,* v. 12, n. 3, p. 25-30, August 2010. Disponível em: <http://www.iia.nl/SiteFiles/Appreciative%20Auditing/0.%20aip-aug10-private-sector-auditing.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2015.

YIN, Robert K. *Estudo de caso:* planejamento e métodos. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

Rezilda Rodrigues Oliveira

Doutora em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Professora adjunta da Universidade Federal Rural de Pernambuco.

rezilda.rodrigues@gmail.com

Francinete Paula Alves Pereira

Mestre em Gestão Pública pela Universidade Federal de Pernambuco.

francinetepereira2@gmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 28.10.2015
Aprovado: 05.05.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201722

Correlação entre demanda, quantidade de juízes e desempenho judicial em varas da Justiça Federal no Brasil

CORRELATION BETWEEN CASELOAD, NUMBER OF JUDGES AND JUDICIAL PERFORMANCE IN BRAZILIAN FEDERAL COURTS

Adalmir Oliveira Gomes[1] *e Maria Eduarda Mendonça de Freitas*[2]

Resumo

A demanda por serviços de justiça no Brasil está em constante crescimento e, apesar dos investimentos em força de trabalho e tecnologia, e da criação de novas varas, o Judiciário não tem conseguido reduzir o acervo de processos pendentes. Diante desse contexto, este artigo tem como objetivo identificar a correlação entre a demanda, a quantidade de juízes e o desempenho judicial em varas da Justiça Federal no Brasil. Dados secundários oficiais foram analisados estatisticamente por meio de análise de correlação linear. Os principais resultados encontrados indicam ausência de correlação entre a demanda das varas e a quantidade de juízes; correlação positiva entre a demanda e o desempenho das varas; e correlação negativa entre a quantidade de juízes e a produtividade das varas. No final do texto, são discutidas as implicações dos resultados encontrados para a teoria e a prática gerencial das varas de justiça.

Palavras-chave

Gestão do Judiciário; justiça federal; demanda; juízes; desempenho judicial.

Abstract

The demand for judicial services in Brazil unceasingly increases, and despite investments made in workforce and technology, and the creation of new judicial units, the Judiciary has not been able to reduce the caseload. In this context, this paper aims to identify the correlation between caseload, number of judges and judicial performance in Brazilian Federal Courts. Secondary official data were analyzed statistically by linear correlation analysis. The main results indicate a lack of correlation between demand and the number of judges in the courts; positive correlation between demand and court performance; and negative correlation between the number of judges and productivity of the courts. At the end of the text, we will be discussing the theoretical and practical implications of the findings.

Keywords

Judicial management; federal justice; caseload; judges; judicial performance.

1 Universidade de Brasília
Brasília – DF – Brasil

2 Universidade de Brasília
Brasília – DF – Brasil

CC BY-NC

Introdução

Com a Constituição de 1988, a demanda por serviços de justiça no Brasil cresceu muito, o que afetou significativamente a agilidade do Judiciário. O sistema judicial que já era lento acabou se tornando altamente congestionado, com reflexos negativos para toda a sociedade. Esse fenômeno ficou amplamente conhecido como "crise do Judiciário" (SADEK, 2004). Uma das medidas adotadas para enfrentar essa crise foi a criação, em 2004, de um órgão estratégico voltado para "pensar" a gestão do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

O relatório *Justiça em números*, elaborado anualmente pelo CNJ, mostra que o acervo de processos pendentes no Judiciário brasileiro tem aumentado consideravelmente desde que os dados começaram a ser coletados, em 2003. No final de 2015, o acervo total de processos pendentes em todos os segmentos do Judiciário atingiu a marca de 74 milhões (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). De cada 100 processos que tramitaram em todo Judiciário em 2013, apenas 37 foram baixados. Considerando apenas a Justiça Federal, a situação é ainda pior, somente 33 foram baixados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Outro dado revelado pelo relatório *Justiça em números* é que, desde 2011, a quantidade de processos baixados é menor que a quantidade de processos novos, ou seja, a justiça brasileira não consegue julgar nem a quantidade de processos novos que recebe por ano, muito menos os processos que estão parados no acervo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014). Em consequência disso, a carga de trabalho dos juízes aumenta todos os anos. Em 2015, a quantidade de processos dos juízes cresceu em média 6,5% em relação ao ano anterior (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Para reduzir o congestionamento dos tribunais, o Judiciário brasileiro tem apostado em algumas estratégias. Entre elas, as de maior destaque são: investimento em tecnologias da informação e comunicação, contratação de pessoal – juízes e assistentes administrativos –, incentivo aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos e busca constante para aumentar o desempenho judicial (GOMES; GUIMARAES, 2013; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). Em relação a essa última estratégia, um dos grandes desafios é compreender quais variáveis influenciam na produtividade de juízes e na eficiência de tribunais.

Este artigo tem como foco o desempenho judicial. O objetivo do trabalho foi identificar a correlação entre a demanda, a quantidade de juízes e o desempenho judicial (produção e produtividade) de varas da Justiça Federal no Brasil. A demanda judicial, representada pelo acervo de processos pendentes nas varas de justiça, e a quantidade de juízes são variáveis fundamentais para o funcionamento do sistema judiciário. A relação entre essas variáveis é complexa e já foi investigada em diversos estudos anteriores (BEENSTOCK; HAITOVKSY, 2004; SCHWENGBER, 2006; ROSALES-LÓPEZ, 2008; DIMITROVA-GRAJZL et al., 2010; EL-BIALY, 2011; CASTRO, 2011; JONSKI; MANKOWSKI, 2014; GOMES; GUIMARAES; SOUZA, 2016; GOMES; GUIMARAES; AKUTSU, 2016), porém os resultados permanecem inconclusivos.

O estudo é importante porque seus resultados podem contribuir para a gestão da demanda por serviços de justiça em unidades judiciais, que envolve, entre outras coisas, a definição de critérios de alocação de juízes nas varas com base no volume de trabalho e a formulação de estratégias para responder aumentos eventuais nos acervos das unidades. Os resultados também são relevantes para compreender quais os mecanismos que afetam o ritmo de trabalho de juízes em diferentes condições de trabalho. Em termos teóricos, o estudo é importante porque aborda questões que ainda permanecem com lacunas, conforme discutido na seção 2, como é o caso do relacionamento entre as variáveis investigadas – demanda, quantidade de juízes e produção judicial.

Nas seções seguintes são apresentados o referencial teórico, o método utilizado na pesquisa empírica e os resultados do estudo. Mas antes é feita uma breve descrição da Justiça Federal no Brasil para que, posteriormente, os resultados da pesquisa empírica possam ser contextualizados.

1 Breve caracterização da Justiça Federal no Brasil

O Judiciário brasileiro pode ser dividido em justiça comum e justiça especial. A justiça comum é dividida em primeiro e segundo grau. No primeiro grau da justiça comum, encontram-se a Justiça Estadual, a Justiça Federal, a Justiça da União e a Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. No segundo grau da justiça comum, encontram-se os tribunais estaduais e os tribunais regionais federais. Já na justiça especial, existem os tribunais superiores, como o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Superior Tribunal Militar (STM), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), que é a última instância no Judiciário brasileiro, encarregado de resguardar os dispositivos constitucionais.

A Justiça Federal é regulamentada pela Lei n. 5.010/96, e tem competência para julgar e processar questões que envolvem a União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas, assim como questões de interesse da Federação previstas no art. 109 da Constituição Federal de 1988. A Justiça Federal atua em questões de alto valor social, como previdência social, tributação e sistema financeiro. Na esfera criminal, a Justiça Federal possui um papel importante no combate ao tráfico internacional de drogas e ao crime organizado (SILVA, 2006, p. 40). Do ponto de vista administrativo, a Justiça Federal comum é organizada em duas instâncias.

A primeira instância é composta de uma Seção Judiciária em cada Estado da Federação. A segunda instância é composta de cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), um em cada região. Os TRFs atuam em diferentes regiões jurisdicionais e têm sede em Brasília (TRF da 1ª Região), Rio de Janeiro (TRF da 2ª Região), São Paulo (TRF da 3ª Região), Porto Alegre (TRF da 4ª Região) e Recife (TRF da 5ª Região). As Seções Judiciárias são formadas por um conjunto de varas federais, nas quais atuam juízes federais. Essas varas

são localizadas nas capitais dos estados e também nas principais cidades do interior, onde funcionam como varas únicas ou subseções judiciárias. Cada Seção Judiciária está sob a jurisdição de um dos TRFs.

Em termos de força de trabalho, em 2013, o Judiciário em geral (exceto STF e Conselhos) possuía uma força de trabalho de 16.429 magistrados, 217.694 servidores da área judiciária e 412.501 funcionários. Já a Justiça Federal possuía um total de 45.772 servidores, 1.549 magistrados e 22.263 servidores da área judiciária, em que 84% dos magistrados e 81% dos servidores da área judiciária se encontram na primeira instância. Quanto à demanda, em 2015, a Justiça Federal apresentou um acervo total de 9,1 milhões de processos pendentes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). A taxa de congestionamento da Justiça Federal de 2009 a 2015 aumentou de 84% para 86% nos processos de execução, e de 56% para 58% nos de conhecimento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Este trabalho restringe-se à primeira instância da Justiça Federal da 1ª Região, que é composta de 14 Seções Judiciárias: Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. Entre todos os Tribunais Regionais Federais, o TRF da 1ª Região possui a maior quantidade de funcionários, com um total de 13.737 servidores, 423 magistrados e 6.773 servidores judiciários (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014). Em 2015, o TRF da 1ª Região apresentou uma taxa de congestionamento de 88% nos processos de execução e de 61% nos processos de conhecimento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

2 Desempenho judicial

Desde o período colonial no Brasil, o Judiciário já era apontado como um órgão moroso e pouco eficiente (SADEK, 2004, p. 83). Com a Constituição de 1988, houve um grande aumento dos direitos individuais e sociais, o que acabou liberando uma demanda por justiça reprimida no país ao longo do período militar. Embora o Poder Judiciário represente uma instituição essencial para o cidadão resolver seus litígios e reivindicar seus direitos, os tribunais têm sido vistos pela população como entidades lentas e burocráticas. Silva (2006, p. 46) coloca o aumento da demanda judicial sob outra ótica, pois este aumento mostra que cada vez mais o cidadão tem acesso à justiça, fortalecendo o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

A avaliação de desempenho judicial é um fenômeno relativamente recente no cenário internacional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011), mas seu entendimento tem avançado muito com a realização de estudos em vários países. Apesar disso, ainda não há consenso a respeito do que deve ser avaliado, nem em como isso deve ser feito. Diversas dimensões de desempenho judicial têm sido utilizadas em estudos anteriores (GOMES; GUIMARAES, 2013). Segundo o CNJ (2011, p. 17), a avaliação de desempenho judicial

pode ser definida como um "processo sistemático de mensuração do desempenho de juízes, com objetivos institucionais notadamente voltados para o aprimoramento dos magistrados e do judiciário como um todo".

Desempenho no judiciário envolve diferentes níveis de análise. No nível mais amplo, o objeto de estudo é o sistema judiciário como um todo; no nível intermediário, os objetos são os tribunais e as demais organizações, inclusive as varas de justiça, que formam o judiciário; já o nível de análise individual é mais restrito e envolve juízes e servidores. O juiz é considerado o ator central no conceito de desempenho judicial, em especial porque praticamente todos os indicadores de desempenho de tribunais são baseados na produção judicial dos juízes. Mas é importante ressaltar que a administração do Judiciário envolve também a participação de inúmeros outros atores, como os advogados, os funcionários administrativos dos tribunais, os representantes do Ministério Público, os usuários, entre outros (SILVA, 2006).

A discussão a respeito de como deve ser medido o desempenho judicial com frequência recai em uma dicotomia entre aspectos qualitativos e quantitativos. Enquanto qualidade envolve o mérito das decisões, quantidade está relacionada com a produção judicial. Segundo o CNJ (2011), o Poder Judiciário não deve ser avaliado unicamente por meio de critérios quantitativos, mas também por meio de critérios qualitativos, no entanto, o conceito de qualidade envolve menos a qualidade das sentenças e mais os serviços jurisdicionais prestados. Abramo (2010) sustenta que, mesmo que não seja o ideal, a avaliação quantitativa do desempenho de juízes e de tribunais é necessária e deve ser feita.

Rosales-López (2008) destaca que existem diversos obstáculos na avaliação do desempenho judicial, como a complexidade da estrutura institucional do sistema judiciário; a escassez de informações da atividade judicial; a existência de preconceitos por parte de atores do judiciário no que diz respeito à avaliação quantitativa; e o fato de o desempenho judicial ser certamente afetado por fatores externos, associados ao contexto mais amplo em que as atividades judiciais são realizadas, além dos fatores internos, associados aos juízes e tribunais.

De acordo com Gulati, Klein e Levi (2010), na avaliação de juízes, primeiramente se deve perguntar o que significa julgar bem, qual o desempenho dos juízes e como as instituições judiciais podem ser organizadas para promover o melhor desempenho possível. Esses mesmos autores afirmam que é importante uma análise de qualidade das decisões dos juízes, embora seja algo muito difícil de ser avaliado. Geralmente, as decisões de juízes são avaliadas somente por outros juízes que atuam em instâncias superiores. Além disso, ainda há outra preocupação que seria até que ponto as preferências políticas e pessoais dos juízes podem afetar decisões imparciais.

De qualquer forma, alguns estudos encontraram relações positivas entre produção judicial e variáveis relacionadas com a qualidade de decisões. Um dos exemplos é o estudo de Rosales-López (2008), que investigou tribunais civis de primeira instância da Espanha.

A autora comparou os tribunais com base na relação entre a quantidade e a qualidade das decisões judiciais, utilizando a taxa eficiência como indicador quantitativo e a taxa de recursos, ou seja, a quantidade de recursos recebidos por uma decisão proferida, como indicador qualitativo. Os resultados indicaram uma correlação negativa entre as variáveis, o que significa dizer que tribunais mais eficientes apresentam menores taxas de recurso.

Já a avaliação do desempenho quantitativo de juízes e de tribunais, ao contrário da avaliação da qualidade judicial, é um procedimento usual em judiciários de diversos países. No Brasil, esse tipo de avaliação tem sido viabilizado pela criação de bases de dados referentes a juízes e tribunais, dos diversos segmentos do Judiciário, como é o caso da base *Justiça em Números*, elaborada pelo CNJ.

O desempenho quantitativo no Judiciário envolve, entre outras coisas, a necessidade de mensurar os produtos e os resultados do trabalho de juízes. Entretanto, muitos dos produtos e dos resultados desse trabalho não podem ser mensurados, uma vez que são subjetivos. Esforços no sentido de quantificar o trabalho judicial têm sido acompanhados por diversas críticas. Esse fenômeno consiste no que Dejours (2008) chama de "quantificação do trabalho", processo que desconsidera o conteúdo e enfatiza somente a quantidade de trabalho. No caso do Judiciário, "a quantificação acaba por desconsiderar, por exemplo, se um processo exige mais reflexão do que os outros", uma vez que os processos judiciais são muito diferentes em termos de volume e complexidade (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Outra crítica refere-se à ideia de justiça como "eficiência administrativa" (PRINCE, 2016), passando de um bem público de longo alcance ofertado pelo setor público, para um "pacote" na forma de um "serviço público" (GENN, 2009, p. 47), como qualquer outro tipo de serviço público. Tal crítica enfatiza que a justiça possui uma "ordem de importância" diferente em comparação com outros serviços públicos, e, dessa forma, não deveria ser quantificada, nem tratada como se fosse, por exemplo, um serviço médico (OLIVER, 2014).

Apesar das críticas e da desconfiança em estudos quantitativos no âmbito do Poder Judiciário, tais estudos podem ser uma ferramenta poderosa para aperfeiçoar a gestão do Judiciário. Mesmo com todas as disputas ideológicas e os problemas práticos que envolvem o movimento gerencial que tem influenciado o Judiciário brasileiro, o fato é que existem dados disponíveis que precisam ser analisados, cuja análise pode, por exemplo, indicar problemas e/ou oportunidades relacionados à gestão dos recursos disponíveis. Segundo Prince (2016), são necessárias pesquisas independentes, qualitativas e quantitativas, para aferir se mudanças adotadas no Judiciário são eficientes em termos administrativos e satisfatórias em termos de justiça.

Além disso, é importante mencionar que existem diferentes perfis de juízes no Judiciário brasileiro, e que, embora muitos deles limitem sua atuação profissional à estrita aplicação da lei, muitos outros apresentam um perfil mais voltado às atividades administrativas e, geralmente, se preocupam mais com questões relacionadas à gestão dos tribunais

e das unidades judiciais, do que com questões legais e processuais (GOMES; GUIMARAES; SOUZA, 2016).

2.1 Relação entre demanda, quantidade de juízes e desempenho judicial

Conforme mostram dados do relatório *Justiça em números* do CNJ, apesar do aumento na produtividade de juízes e tribunais entre 2003 e 2012, a quantidade de processos pendentes também tem aumentado constantemente, porém em ritmo superior à produtividade. Segundo alguns autores (SILVA, 2006; VEREECK; MÜHL, 2000), o acúmulo de processos é inevitável, pois mesmo que fossem contratados mais juízes o problema não seria resolvido. Isso porque, com um aumento na capacidade dos tribunais, mais pessoas procurariam a justiça, congestionando novamente os tribunais. Essa lógica perversa parece indicar uma contradição entre o acesso aos serviços de justiça, garantido na Constituição Federal, e o desempenho do Judiciário.

O Banco Mundial já apontava em 1999 o congestionamento de tribunais como um dos problemas mais frequentemente apontados pela população de muitos países (WORLD BANK, 1999). O principal indicador utilizado para mensurar o estoque de processos nos tribunais é a taxa de congestionamento ou *congestion rate* (WORLD BANK, 1999). No Brasil, a taxa de congestionamento é um indicador utilizado pelo CNJ no relatório *Justiça em números*. Segundo a Resolução do CNJ n. 219/2016, a taxa de congestionamento consiste no percentual de processos pendentes em relação ao total de processos que tramitaram em determinado período de tempo, geralmente um ano (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Nesse contexto, diversos estudos têm sido realizados em judiciários de vários países no intuito de descobrir quais fatores afetam o desempenho judicial. Entre eles, dois têm sido investigados com frequência: a demanda e a quantidade de pessoal, principalmente de juízes. No caso da demanda, a questão principal consiste em compreender de que forma o volume do acervo de uma unidade de justiça influencia na produtividade dos juízes dessa unidade. Como exemplos de estudos nesse sentido, podem ser citados: Beenstock e Haitovksy (2004); Rosales-López (2008); Dimitrova-Grajzl et al. (2010); Castro (2011); El-Bialy (2011); Jonski e Mankowski (2014); e Gomes, Guimaraes e Akutsu (2016).

Em estudo com dados referentes a tribunais de Israel, Beenstock e Haitovksy (2004) concluíram que a produtividade dos juízes, tendo como base o número de casos decididos, varia diretamente com a quantidade de casos distribuídos individualmente. Os resultados sugerem que juízes concluem um número maior de casos quando estão sob pressão, e quando o número de casos é menor, eles demoram mais para decidi-los. No mesmo sentido, Rosales-López (2008) estudou os tribunais civis de primeira instância da Espanha com o objetivo de desvendar porque alguns tribunais produzem mais do que outros. A autora concluiu que a carga de trabalho afeta positivamente a produção, ou seja, quanto maior a carga de trabalho, maior a produção. Além disso, Rosales-López constatou que

uma maior produção judicial não necessariamente implica aumento dos gastos por parte dos tribunais.

Outros estudos, como Dimitrova-Grajzl et al. (2010), El-Bialy (2011) e Jonski e Mankowski (2014), também encontraram evidências de que um aumento na demanda judicial tende a aumentar os esforços e a produtividade de juízes. Jonski e Mankowski (2014), no entanto, colocam uma ressalva nesse resultado e sugerem o que denominam de "teoria do bastão", segundo a qual, apesar de os juízes com um maior número de casos aumentarem sua produtividade, esse aumento tem um limite físico e mental. Ou seja, a partir de um determinado volume de trabalho, os juízes não conseguem mais responder à demanda de trabalho.

No Brasil, Castro (2011) estudou varas da Justiça Estadual e descobriu que quando a carga de processos por juiz nas varas aumenta, a produção individual dos juízes também aumenta. E classifica a demanda judicial como endógena, isto é, se a morosidade de uma determinada vara for considerada alta, por questões financeiras e psicológicas, é reduzida a atratividade para o cidadão ingressar com uma ação, fazendo com que reduza a demanda e, consequentemente, aumente o indicador de atendimento. Ou seja, a "morosidade excessiva pode reduzir os casos novos, levando uma melhora no índice" (CASTRO, 2011, p. 24).

Também em estudo no Brasil, Gomes et al. (2016) analisaram a produtividade dos 27 tribunais estaduais com base em dados em painel, cobrindo um período de dez anos (de 2003 a 2012). Os autores descobriram que existe uma relação direta e positiva entre o tamanho do acervo de processos pendentes e a produtividade dos tribunais. Descobriram também que essa relação positiva é mitigada pelo número de assistentes administrativos, ou seja, quanto mais assistentes administrativos existir em um tribunal, mais fraca será a relação positiva entre o aumento do acervo e a produtividade (GOMES et al., 2016).

A relação entre a quantidade de juízes e o desempenho judicial é mais controversa. Alguns estudos (BEENSTOCK; HAITOVKSY, 2004; SCHWENGBER, 2006; CASTRO, 2011; GOMES et al., 2016) indicam que aumentar o número de juízes em uma unidade, por um lado, aumenta a produção total da unidade, por outro, tende a reduzir a produção individual dos juízes e a produtividade da unidade. Como exemplo, Beenstock e Haitovksy (2004) descobriram que quanto mais juízes são contratados, menos os juízes produzem. Embora os novos juízes tendem a julgar mais processos, esse aumento, segundo os autores, não supera a diminuição dos processos julgados pelos juízes já existentes. Ou seja, ao contrário do esperado, contratar mais juízes pode levar a um declínio na produtividade de um tribunal (BEENSTOCK; HAITOVKSY, 2004; SCHWENGBER, 2006; CASTRO, 2011).

Uma explicação para esse fenômeno oferecida pelos autores é que os juízes mais antigos tendem a desacelerar o ritmo de produção quando novos juízes chegam à unidade. A vinda de novos juízes permite que o acervo de processos pendentes seja dividido por um número maior de juízes, o que acaba reduzindo a carga individual de trabalho (BEENSTOCK;

HAITOVKSY, 2004; CASTRO, 2011). Este resultado pode ter um grande impacto no Judiciário, pois geralmente quando se fala em aumentar a produção, implicitamente se entende a necessidade de contratar mais mão de obra, especialmente juízes. E isso, como indicam alguns estudos, não necessariamente implica um aumento de produtividade.

Por sua vez, Dimitrova-Grajzl et al. (2010) examinaram como a força de trabalho influencia na produção de tribunais na Eslovênia. Os autores chegaram à conclusão de que, mantendo as outras variáveis constantes, a força de trabalho não tem influência significativa na taxa de resolução de casos nos tribunais investigados. Da mesma forma, El-Bialy (2011) não encontrou evidências de que um aumento na quantidade de juízes implica menor produção judicial. Os resultados mostram que, diferente daqueles encontrados nos estudos de Beenstock e Haitovsky (2004), Dimitrova-Grajzl et al. (2010) e Castro (2011), aumentar o número de juízes não implica redução de produtividade.

Como pode ser visto em estudos anteriores, ainda existem dúvidas a respeito de como se relacionam a demanda, a quantidade de juízes e o desempenho judicial. Os resultados encontrados, apesar de indicarem alguns padrões, ainda são inconclusivos. Este artigo busca lançar luz nessa questão realizando um estudo empírico no Judiciário brasileiro. O método utilizado é apresentado na seção seguinte.

3 Método

Este estudo classifica-se como empírico e quantitativo. Para compreender a relação entre demanda, quantidade de juízes e desempenho judicial, foram coletados dados secundários referentes a um conjunto de varas da Justiça Federal no Brasil. Os dados são provenientes de duas fontes oficiais do Judiciário, ambas disponibilizadas para consulta na internet: (a) o Sistema de Relatórios Estatísticos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (disponível em: <http://www.trf1.jus.br/TPNUM_WEB/>; acesso em: 17 maio 2017); e (b) o relatório *Justiça em números*, do CNJ, publicado em 2014, porém com dados referentes ao ano de 2013 (disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>; acesso em: 17 maio 2017).

A população total do estudo consiste nas 385 varas da primeira instância da 1ª Região da Justiça Federal, que é composta de 13 estados (Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins) mais o Distrito Federal, num total de 14 Seções Judiciárias. Do total de 385 varas, foram excluídas 172 pela falta de dados referentes às variáveis investigadas. Assim, a amostra deste estudo é formada por 213 varas, aproximadamente 55% da população total de varas da 1ª Região.

A mensuração da demanda nas varas de justiça foi operacionalizada por meio de duas variáveis: (a) o acervo total de processos e (b) o acervo recente de processos. A diferença entre as duas variáveis é que a primeira consiste na quantidade total de processos pendentes

nas varas, ou seja, processos que estão parados nas varas aguardando julgamento; enquanto a segunda variável consiste apenas nos processos pendentes que foram ajuizados no último ano de referência, ou seja, em 2013. A separação do acervo nessas duas variáveis ajuda a identificar como a ordem cronológica dos processos é considerada nas varas.

Outra variável investigada é (c) a quantidade de juízes nas varas, que consiste na quantidade total de juízes titulares, substitutos e auxiliares, que, na época da coleta dos dados, estavam lotados nas varas de justiça investigadas. Embora os juízes sejam os responsáveis principais pela produção judicial, muitas vezes contam com o auxílio de servidores especializados, tanto no julgamento dos processos quanto na realização de audiências. Infelizmente, dados a respeito desses servidores não estão disponíveis para consulta.

Por fim, para operacionalizar o desempenho judicial, foram selecionadas duas variáveis: (d) quantidade de processos julgados; e (e) quantidade de audiências de julgamento realizadas, ambas representando a produção das varas; e dois indicadores: (f) quantidade de processos julgados por juiz; e (g) quantidade de audiências realizadas por juiz, ambos representando a produtividade das varas. Embora não sejam variáveis ideais para avaliar o desempenho judicial, portanto, sujeitas a críticas, o somatório dos processos julgados e das audiências realizadas em uma unidade judicial são importantes indicadores do volume de trabalho que está sendo realizado nessa unidade. Ademais, o julgamento de processos e a realização de audiências estão entre as principais atividades realizadas por juízes.

Os dados foram analisados por meio das técnicas estatísticas de análise descritiva e análise de correlação linear. A análise de correlação linear foi realizada com base no modelo proposto por Spearman. O coeficiente de correlação de Spearman mede o grau e a direção (positiva ou negativa) de um efeito de correlação entre duas variáveis métricas (FIELD, 2005). Esse modelo foi escolhido em função de a distribuição das variáveis utilizadas não ser normal. Isso ocorre por causa da heterogeneidade das unidades (varas de justiça) da amostra utilizada. Os dados foram analisados com auxílio do *software* SPSS (*Statistical Package for the Social Sciences*), e os resultados são apresentados na seção seguinte.

4 Resultados e discussão

Os resultados da análise estatística descritiva dos dados com os valores referentes a média, desvio padrão, mínimo e máximo das variáveis investigadas no estudo são apresentados na Tabela 1. Logo de início fica clara a heterogeneidade entre as varas investigadas, com valores altos no desvio padrão e diferenças marcantes nos valores mínimos e máximos das variáveis.

TABELA 1 – **ESTATÍSTICAS DESCRITIVAS DAS VARIÁVEIS DO ESTUDO**

	VARIÁVEIS	MÉDIA	D. PADRÃO	MÍNIMO	MÁXIMO
DEMANDA	ACERVO TOTAL DE PROCESSOS	5540	6545	1148	36333
	ACERVO RECENTE DE PROCESSOS	1383	756	213	3565
PESSOAL	QUANTIDADE DE JUÍZES	3,6	2,3	1	11
PRODUÇÃO	PROCESSOS JULGADOS (ANO)	805	507	106	2630
	AUDIÊNCIAS (ANO)	52	54	1	236
PRODUTIVIDADE	PROCESSOS JULGADOS POR JUIZ (ANO)	290	244	19	1757
	AUDIÊNCIAS POR JUIZ (ANO)	19	20	1	112

Fonte: Dados da pesquisa.

N = 213 varas

Os resultados iniciais mostram que nas varas da Justiça Federal investigadas existe uma grande quantidade de processos pendentes aguardando para serem julgados. A média do acervo total de processos nas varas é de 5.540, sendo que aproximadamente 25% desse acervo (1.383 processos) é formado por processos recentes, ajuizados em 2013. Já a média de juízes por vara é de 3,6, sendo que varas com dois juízes foram as mais frequentes (48), seguida de varas com três (42), com um (32) e com quatro (31) juízes.

Quanto ao desempenho judicial, a média de processos julgados por ano nas varas é de 805, e a produtividade média das varas é de 290 processos julgados por juiz por ano. Esses valores são baixos quando considerada a produtividade média de todos os juízes da Justiça Federal, de 2.435 processos julgados por ano, em 2014 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015). No caso das audiências, ocorreram em média 52 por ano em cada vara, com uma produtividade média de 19 audiências por juiz por ano.

Os resultados seguintes mostram as correlações verificadas entre as variáveis investigadas no estudo. A Tabela 2 apresenta todos os resultados em uma matriz de correlação, na qual podem ser observados a força e o sentido do coeficiente de correlação entre duas variáveis, bem como a indicação de que a correlação verificada é estatisticamente significativa ou não.

TABELA 2 – **RESULTADOS DA ANÁLISE DE CORRELAÇÃO LINEAR**

	AT	AR	JU	PJ	AU	PJJ	AUJ
ACERVO TOTAL (AT)	-						
ACERVO RECENTE (AR)	0,666**	-					
JUÍZES (JU)	0,019	0,121	-				
PROCESSOS JULGADOS (PJ)	0,460**	0,566**	0,300**	-			
AUDIÊNCIAS (AU)	-0,050	0,164*	0,116	-0,155*	-		
PROCESSOS JULGADOS POR JUIZ (PJJ)	0,375**	0,376**	-0,531**	0,596**	-0,140*	-	
AUDIÊNCIAS POR JUIZ (AUJ)	-0,111	0,030	-0,373**	-0,316**	0,849**	0,114	-

Fonte: Dados da pesquisa.

N = 213 varas
*p<0,05; **p<0,01

O primeiro resultado que chama a atenção é a *ausência de correlação entre a demanda das varas e a quantidade de juízes*. Esse resultado indica que, nas varas investigadas, os juízes não estão sendo alocados de acordo com o volume de trabalho existente. Ou seja, a Justiça Federal não tem levado em consideração o acervo das varas para definir a quantidade de juízes que cada vara deve ter. Esse não é um resultado esperado, pois é razoável imaginar que onde existe mais trabalho acumulado também deve existir uma força de trabalho correspondente. O volume de trabalho nas varas deveria ser um dos critérios adotados pelos gestores para definir a alocação de juízes.

Um segundo resultado é a *correlação positiva entre a demanda e o desempenho das varas* (produção e produtividade), considerando apenas a quantidade de processos julgados. Resultado esse esperado, uma vez que resultados de diversos outros estudos (BEENSTOCK; HAITOVKSY, 2004; ROSALES-LÓPEZ, 2008; DIMITROVA-GRAJZL et al., 2010; CASTRO, 2011; EL-BIALY, 2011; JONSKI; MANKOWSKI, 2014; GOMES; GUIMARAES; AKUTSU, 2016) já apontaram para uma relação positiva entre as variáveis. No entanto, não foi verificada correlação entre a demanda e a realização de audiências, ou seja, a quantidade de audiências realizadas em uma vara parece que não depende do volume de trabalho existente na vara, resultado observado em outros estudos no Judiciário brasileiro, como, por exemplo, em Gomes et al. (2016).

Os resultados são muito semelhantes para as variáveis que representam o acervo total e o acervo recente de processos. A diferença é que *o acervo de processos recentes apresenta uma correlação mais forte com o desempenho judicial (produção e produtividade) do que o acervo total de processos*. Isso significa que um aumento no acervo de processos recentes, em comparação com o acervo total, pode ter uma influência mais forte na disposição individual do juiz, e coletiva do conjunto de juízes de uma vara, em aumentar o ritmo e, consequentemente, o volume de trabalho. O Código de Processo Civil de 2015 já traz em seu art. 12 que o andamento dos julgamentos de sentenças ou acórdãos pelos juízes e tribunais deverá, preferencialmente, obedecer a ordem cronológica, isto é, processos mais antigos devem ter prioridade de julgamento (BRASIL, 2015). Entretanto, como mostram os resultados, nas varas investigadas, o acúmulo de processos mais recentes é que gera uma resposta mais acentuada por parte dos juízes.

Outro resultado interessante diz respeito à *correlação negativa observada entre a quantidade de processos julgados (produção e produtividade) e a quantidade de audiências realizadas (produção e produtividade)*. A correlação mais forte foi verificada entre a quantidade de processos julgados e a quantidade de audiências realizadas por juiz (coeficiente de correlação = -0,316**). Esse resultado indica que os juízes muitas vezes precisam priorizar o trabalho a ser realizado, uma vez que os recursos humanos são escassos, e assim o aumento de esforços no sentido de julgar mais processos implica necessariamente reduzir o tempo gasto com audiências.

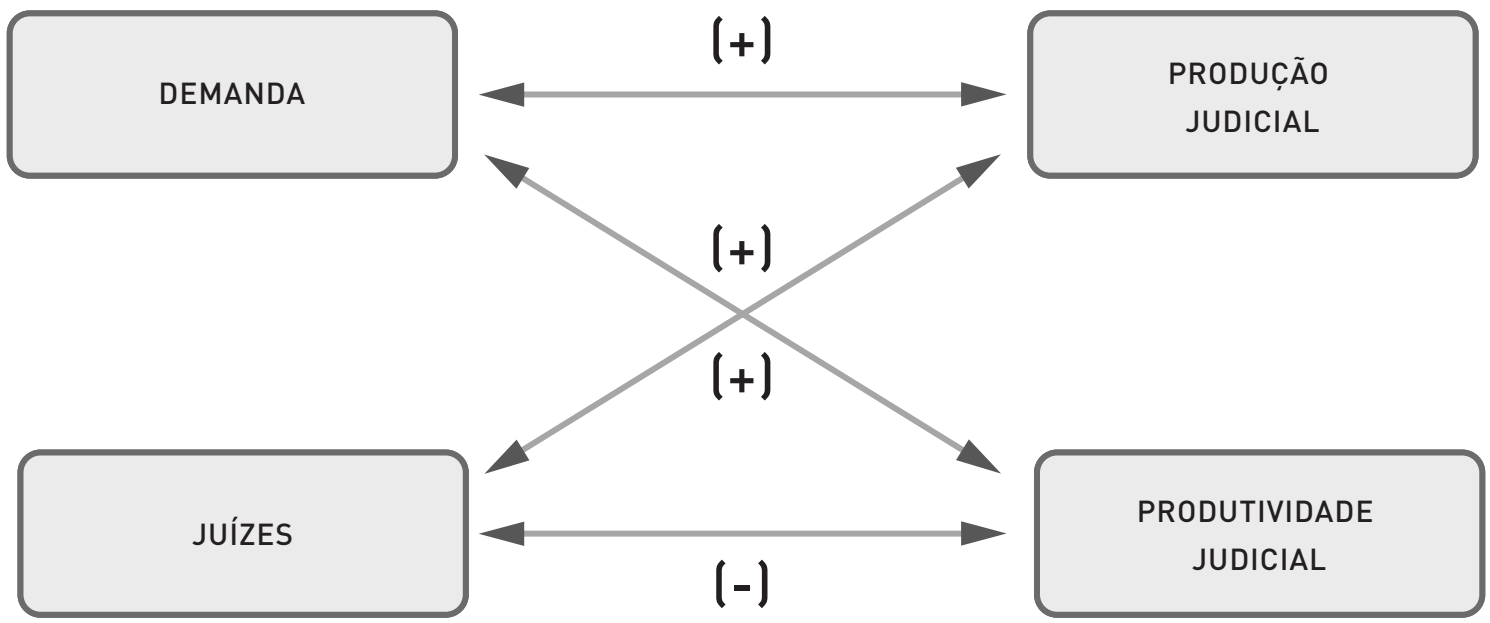
Talvez o resultado mais interessante seja a *correlação negativa observada entre a quantidade de juízes e a produtividade das varas*, considerando os processos julgados (coeficiente de correlação = -0,531**) e as audiências realizadas (coeficiente de correlação = -0,375**). Isso significa que a produtividade individual dos juízes diminui conforme aumenta a quantidade de juízes que atuam na vara. Esse resultado corrobora resultados encontrados em estudos anteriores no Judiciário brasileiros (SCHWENGBER, 2006; CASTRO, 2011; GOMES et al., 2016) e em Judiciário de outros países (BEENSTOCK; HAITOVKSY, 2004).

Uma explicação para esse resultado está na relação entre juízes antigos e juízes novos. Juízes mais antigos tendem a desacelerar o ritmo de produção quando novos juízes chegam

à unidade. A vinda de novos juízes permite que o acervo de processos pendentes seja dividido por um número maior de juízes, o que acaba reduzindo a carga individual de trabalho e a pressão sobre todos os juízes da vara (BEENSTOCK; HAITOVKSY, 2004; CASTRO, 2011). Assim, um crescimento no número de juízes nas varas, mesmo aumentando a produção geral da vara, acaba gerando uma desaceleração na produtividade individual dos juízes.

A Figura 1 apresenta um resumo dos resultados encontrados neste estudo. O modelo apresentado indica correlações positivas (setas duplas) entre a demanda e o desempenho judicial (produção e produtividade das varas); correlação positiva entre a quantidade de juízes e a produção das varas; e correlação negativa entre a quantidade de juízes e a produtividade das varas.

FIGURA 1 – **MODELO DE CORRELAÇÃO ENTRE DEMANDA, QUANTIDADE DE JUÍZES E DESEMPENHO JUDICIAL NAS VARAS PESQUISADAS**



Fonte: Elaborado pelos autores com base em resultados da pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo identificar a correlação entre demanda, quantidade de juízes e desempenho judicial. Para tanto, foram utilizadas como amostra varas da Justiça Federal no Brasil. Os principais resultados encontrados foram os seguintes: (a) ausência de correlação entre a demanda das varas e a quantidade de juízes; (b) correlação positiva entre a demanda e o desempenho das varas, tanto a produção como a produtividade; (c) correlação negativa entre a quantidade de processos julgados (produção e produtividade) e a quantidade de

audiências realizadas (produção e produtividade); e (d) correlação negativa entre a quantidade de juízes e a produtividade das varas.

São apresentadas a seguir algumas importantes implicações dos resultados encontrados para a prática gerencial nas unidades da Justiça Federal e para a teoria a respeito do tema. Em primeiro lugar, os resultados mostram que existem problemas na política de alocação de juízes nas varas da Justiça Federal. Não é possível dizer quais critérios estão sendo adotados pelos gestores para alocação de juízes, mas é certo que a demanda da vara não é um desses critérios. Condições precárias de trabalho, encontradas em varas localizadas em regiões periféricas, podem ajudar a explicar a situação, pois muitas vezes isso reduz o interesse de juízes. Nesses casos, parece necessário desenvolver incentivos que possam atrair os juízes para varas localizadas em regiões menos atrativas, e que contam ainda com elevados acervos de processos.

Outra implicação dos resultados para a gestão das varas diz respeito à diminuição do ritmo de trabalho em varas com muitos juízes. Esse fenômeno tem sido observado em tribunais de outros países e em diferentes instâncias do Judiciário brasileiro. A mensagem é que a contratação de novos juízes deve ser vista com ressalva no que se refere aos resultados esperados em termos de produtividade judicial. Diante disso, gestores deveriam considerar tais efeitos na elaboração de estudos que mostrem o tamanho ideal que devem ter as equipes de trabalho em cada uma das varas, incluindo juízes e demais funcionários.

Além das implicações práticas, os resultados também apresentam implicações teóricas. Os resultados mostram a existência de um mecanismo interno que regula a relação demanda-produção das varas. Várias explicações para a ocorrência desse mecanismo já foram oferecidas na literatura, como, por exemplo, a hipótese da produtividade exógena de juízes (BEENSTOCK; HAITOVKSY, 2004) e a teoria do bastão (JONSKI; MANKOWSKI, 2014). De acordo com Castro (2011, p. 50), esse mecanismo é autorregulador do sistema, de modo que "quando a carga de processos pendentes aumenta, a taxa de atendimento da demanda também cresce, impedindo que o estoque de processos na serventia entre em uma trajetória explosiva".

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Cláudio Weber. Tempos de espera no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito GV*, v. 6, n. 2, p. 423-442, 2010.

ALBERS, Pim. Performance indicators and evaluation for judges and courts. *European Commission for the Efficiency of Justice*, p. 1-14, 2011.

BACKES-GELLNER, Uschi; SCHNEIDER, Martin; VEEN, Stephan. Effect of workforce age on quantitative and qualitative organizational performance: Conceptual framework and case study evidence. *Organization Studies*, v. 32, n. 8, p. 1103-1121, 2011.

BEENSTOCK, Michael. The productivity of judges in the Courts of Israel. *Israel Law Review*, v. 35, n. 2-3, p. 249-265, 2001.

_____; HAITOVSKY, Yoel. Does the appointment of judges increase the output of the judiciary? *International Review of Law and Economics*, v. 24, n. 3, p. 351-369, 2004.

BHATTACHARYA, Mita; SMYTH, Russell. Ageing and productivity among judges: Some empirical evidence from the High Court of Australia. *Australian Economic Papers*, v. 40, p. 199-212, 2001.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Sanciona o novo Código de Processo Civil e ao entrar em vigor revoga Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045>. Acesso em: 2 abr. 2017.

CASTRO, Alexandre Samy. *Indicadores básicos e desempenho da Justica Estadual de primeiro grau no Brasil*. Brasília: IPEA, 2011.

CHOI, Stephen; GULATI, Mitu; HOLMAN, Mirya; POSNER, Eric. Judging women. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 8, p. 504-532, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Avaliação do desempenho judicial. Desafios, experiências internacionais e perspectivas. *Série CNJ Acadêmico*, n. 1, p. 1-43, 2011.

_____. *Justiça em números 2014:* Ano-base 2013. Brasília, 2014.

_____. *Justiça em números 2015:* Ano-base 2014. Brasília, 2015.

_____. *Justiça em números 2016:* Ano-base 2015. Brasília, 2016.

_____. *Resolução n. 219, de 26 de abril de 2016*. Dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus e dá outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n219-26-04-2016-presidncia.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

DEJOURS, Christophe. *A avaliação do trabalho submetida à prova do real*. São Paulo: Blucher, 2008.

DIMITROVA-GRAJZL, Valentina; GRAJZL, Peter; SUSTERSIC, Janez; ZAJC, Katarina. Court Output, Judicial Staffing, and the Demand for Court Services: Evidence from Slovenian Courts of First Instance. *5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*, 2010.

EL-BIALY, Nora. Measuring judicial performance. The case of Egypt. *German Working Papers in Law and Economics*, v. 14, p. 1-40, 2011.

FIELD, Andy. *Descobrindo a estatística usando o SPSS*. 2. ed. São Paulo: Bookman, 2005.

GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. The Hamlyn Lectures, Cambridge: CUP, 2009.

GEY, Steven; ROSSI, Jim. Empirical measures of judicial performance: An introduction to the symposium. *Florida State University Law Review*, v. 32, p. 1001-1014, 2004.

GOMES, Adalmir Oliveira; GUIMARAES, Tomas Aquino. Desempenho no Judiciário. Conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 388-401, 2013.

GOMES, Adalmir Oliveira; GUIMARAES, Tomas Aquino; AKUTSU, Luiz. The Relationship between judicial staff and court performance: Evidence from Brazilian State Courts. *International Journal for Court Administration*, v. 8, n. 1, p. 12-19, 2016.

GOMES, Adalmir Oliveira; GUIMARAES, Tomas Aquino; SOUZA, Eda Castro de. Judicial work and judges' motivation: The perceptions of Brazilian state judges. *Law & Policy*, v. 38, n. 2, p. 162-176, 2016.

GULATI, Mitu; KLEIN, David; LEVI, David. Evaluating judges and judicial institutions: Reorienting the perspectives. *Duke Law Working Papers*, 2010.

JONSKI, Kamil; MANKOWSKI, Daniel. Is sky the limit? Revisiting "Exogenous productivity of judges" Argument. *International Journal of Court Administration*, v. 6, n. 2, 2014.

LIENHARD, Andreas; KETTIGER, Daniel. Research on the caseload management of courts: methodological questions. *Utrecht Law Review*, v. 7, n. 1, 2011.

OLIVER, Dawn. Does treating the system of justice as a public service have implications for the rule of law and judicial independence? *UK Constitutional Law Association*, 2014.

POSNER, Richard. *Aging and old age*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

PRINCE, Susan. Breve análise: Mediação de pequenas causas na Inglaterra e País de Gales. In: FERRAZ, Leslie (Coord.). *Repensando o acesso à Justiça*: Estudos internacionais, v. I, As ondas de Cappelletti no séc. XXI, p. 169-186, 2016.

ROSALES-LÓPEZ, Virginia. Economics of court performance: an empirical analysis. *European Journal of Law and Economics*, v. 25, p. 231-251, 2008.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

SCHNEIDER, Martin. Judicial career incentives and court performance: an empirical study of the German Labor Courts of Appeal. *European Journal of Law and Economics*, v. 20, p. 127144, 2005.

SCHWENGBER, Silvane Battaglin. *Mensurando a eficiência no sistema judiciário*: métodos paramétricos e não-paramétricos. 165 p. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

SILVA, Marcos Mairton. Produtividade dos juízes federais: em busca de critérios para a definição de um sistema de avaliação. *Revista Justiça e Educação*, n. 32, p. 40-56, 2006.

TEITELBAUM, Joshua. Age and tenure of the justices and productivity of the U.S. Supreme Court: are term limits necessary. *Florida State University Law Review*, v. 34, p. 161-181, 2006.

VEREECK, Lode; MÜHL, Manuela. An economic theory of court delay. *European Journal of Law and Economics*, v. 10, n. 3, p. 243-268, 2000.

VIEIRA, Luciano; COSTA, Silvia. Liderança no Judiciário: o reconhecimento de magistrados como líderes. *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 927-948, 2013.

WORLD BANK. Court performance around the world – A comparative perspective. *Technical Paper* n. 430, 1999.

Adalmir Oliveira Gomes

Professor Adjunto na Universidade de Brasília – UnB.

adalmirdeoliveira@gmail.com

Maria Eduarda Mendonça de Freitas

Bacharela em Administração pela Universidade de Brasília – UnB.

mariaeduardamdefreitas@gmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 12.02.2015
Aprovado: 05.05.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201723

Law, institutions, and interpretation in Jacques Derrida

DIREITO, INSTITUIÇÕES E INTERPRETAÇÃO EM JACQUES DERRIDA

Juliana Neuenschwander Magalhães[1]
e José Antonio Rego Magalhães[2]

Abstract
In this paper, we would like to advocate for a certain reading of Jacques Derrida's thinking about law, against the grain of most of his reception in legal studies. In this process, we aim to develop a better theoretical understanding of the dynamics of how law institutes itself, and continues to function as an institution, through interpretive practices that must, on one side, respect the rules of the institution and, at the same time, re-institute it on new grounds, as Jacques Derrida points out in his lecture "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority.'" The problem under investigation is how law manages to differentiate itself symbolically from violence and what are the consequences of this concerning legal interpretation. This paper's partial conclusion is that ultimately we are better off viewing interpretation as neither fully determined by nor fully free from text and/or context.

Keywords
Interpretation; violence; institutions; deconstruction; critical theory.

Resumo
Neste artigo, gostaríamos de defender uma certa leitura do pensamento de Jacques Derrida sobre o direito, a contrapelo da maioria da sua recepção nos estudos jurídicos e, nesse processo, desenvolver um melhor entendimento teórico da dinâmica de como o direito se institui e continua a funcionar como instituição, através de práticas interpretativas que devem, de um lado, respeitar as regras da instituição e, ao mesmo tempo, reinstituí-la em novas bases, como aponta Jacques Derrida no seu texto "Força de Lei: o 'Fundamento Místico da Autoridade'". O problema sob investigação é como o direito pode diferenciar-se simbolicamente da violência, e quais as consequências disso no que tange à interpretação legal. A conclusão parcial deste artigo é que, finalmente, ganhamos mais vendo a interpretação como nem inteiramente determinada por, nem inteiramente livre de texto e/ou contexto.

Palavras-chave
Interpretação; violência; instituições; desconstrução; teoria crítica.

1 Federal University of Rio de Janeiro (UFRJ) Rio de Janeiro – RJ – Brazil

2 Federal University of Rio de Janeiro (UFRJ) Rio de Janeiro – RJ – Brazil

CC BY-NC

1 Institution

The term "deconstruction," which most of us have probably heard or read about (though not necessarily in its strict philosophical use), entered the philosophical, literary, and political vocabulary through the work of the French philosopher Jacques Derrida (though it existed before that, at least in grammatical and architectural jargon). The term, current of thought or "method" (though Derrida frequently asserted that it should not be simply considered a method) met wide institutional acceptance during the 1970s and 1980s, especially in the United States, when "critical theory" became widespread in literary studies, in the form of Marxist, feminist, African American and other critical movements. It became widespread also in legal studies, especially through the Critical Legal Studies movement in the United States and their equivalents in the UK – movements that were also indebted to actualized versions of Marxism and concerned with the demands of subaltern groups such as women, ethnical minorities and LGBT.

In Brazil, Derrida's thought was introduced, first, in literary studies, by readers such as Silviano Santiago and Evando Nascimento, and more recently in departments of Philosophy, mainly through the work of Paulo César Duque-Estrada. It has, therefore, some degree of institutional reception in those fields. In legal studies, though, a tradition of "deconstructive" legal thinking remains yet to be instituted in Brazil, even if some professors like Katya Kozicki and Bethania Assy, without being part of a movement – but in contact with American and British developers of Derrida's thought – have taken his work into academic discussion.

Some might raise the hypothesis that the introduction of Derrida's thought in Brazilian academic institutions would not make sense today; that its moment has passed; that it would be now belated, extemporary. After all – philosophical arguments aside –, deconstruction is taken to be a 1980s fashion; it may be, today, *passé*. Against that hypothesis, we would argue, first, that, as some (in our opinion, more rigorous) readers of Derrida have argued (cf. DE VILLE, 2011; CRITCHLEY, 2008), the reception of his contribution, during the "deconstruction" hype, was in many ways superficial. For that reason, Derrida's thought was either caricaturized (as was the case with part of "critical theory" and Critical Legal Studies, where deconstruction was considered "the absolute impossibility of any meaning") or domesticated (in the case of more politically "liberal" legal thinkers). We would like to argue that, hype being taken out of the equation, Derrida's heritage (and let's just set aside the term "deconstruction," as Derrida himself always found its excessive popularity unfortunate) is yet to be received, not only in Brazilian legal academy, but in legal studies in general, since the deeper and more particular consequences of Derrida's writing have not yet been brought to influence legal thinking as they potentially could.

Secondly, we would like to demonstrate, throughout this paper, that Derrida's thinking about law, especially when it thematizes the unstable relations between law and violence,

is today more pertinent than ever, as we come to see more and more clearly, in Brazil and elsewhere, how the relations between law, force, violence, authority, justice, etc., are far more complicated than most of the available theorizations of law are able to construe them.[1] We believe – to express it naively – that, when there is complication, paradox, and instability, it is better to acknowledge the fact than to hide it behind a superficially coherent theory. Derrida's thought is one that allows paradox and instability to show through, in a way that permits law's obliterated relations with violence to be thematized in richer, more consequent ways.

In order, then, either to re-institute the terms in which deconstruction has been received in legal academic institutions, or just to institute a "new" discussion of Derrida's thought in that field (and, as we shall see, for Derrida it is never possible to clearly separate these two hypotheses), we propose in this paper to question, precisely, the problem of institution, of the institution of law as an institution, and therefore the ambiguity between the two meanings of the word "institution" itself: the act of institution of that which is instituted (founded), and the institution as structure that, having been founded, maintains itself in a duration. This relation between foundation, conservation, and finally destruction is, as we shall see, where the complex relations between law and violence are brought forward to show their paradoxical nature.

2 Interpretation *versus* affirmation

As Jacques Derrida himself acknowledges in his book *Force of Law, the "mystical foundation of authority"*, deconstruction has long been the object of a certain suspicion, especially when brought into the field of legal studies:

> Isn't it because, as certain people suspect, deconstruction doesn't in itself permit any just action, any just discourse on justice but instead constitutes a threat to *droit*, to law or right, and ruins the conditions of every possibility of justice? (DERRIDA, 1992, p. 4).

This suspicion seemed to arise from a particular interpretation of deconstruction which, based mainly on Derrida's early texts such as "Structure, sign and play" (1967), tended to identify it with a quasi-nihilistic affirmative type of interpretation, which would tend

1 We refer here, for instance, to the events of June 2013 in Brazil and their aftermath, culminating in what many have (controversially) called a "parliamentary *coup d'état*" in the present year of 2016, as well as the recent worldwide tradition of street protests that preceded those events. This new wave of political unrest, as well as the many exceptional apparatuses that have been mobilized in order to control it, seem to have brought to focus, once again, the ambiguous relation between law and violence.

to forcefully impose the interpreter's will over the text.[2] This interpretation of Derrida's work seemed useful – especially, of course, for critical legal thinkers with politically charged intentions – for criticizing law from an "external" point of view, by showing it as based on certain conceptual distinctions that, when destabilized, would then let law show through as just a structure of oppression used by dominant political forces "outside" of it as an instrument to their ends. On the other hand, deconstruction would be useless for thinking about law from an "internal" point of view or about justice.

In "Force of law," Derrida (1992) goes a long way to counter this suspicion, by arguing that deconstruction does not simply render justice (or the application of justice through law) impossible. It does feature justice as impossible, but not as simply so. Justice, like deconstruction itself, is shown as both impossible and possible at once. It is precisely that, according to Derrida, which allows the concept of justice to open law up to its outside, and so prevents it from becoming a simple self-identical, self-enforcing machine. If justice were *just* possible, it would already be in the field of justice as law, and thus could not serve to mitigate law's self-imposing violence. If it were *just* impossible, on the other hand, it would be unable to interfere with law.

In this process, Derrida, as we are going to argue, brings into sharper focus a frequently obscured aspect of deconstruction – that it does not function always just as play or affirmation, but in a constant sliding between moves of affirmation and of negotiation with the rational, the calculable, the traditional interpretive canons and the established institutions. In this sense – and this is what we will be thinking about in the most part of this paper –, Derrida's work would be neither what critical/Marxist thinkers would want (a hammer able to destroy established structures of power), nor what more "liberal" lawyers would prefer (a thinking about law and justice that could easily be accommodated by liberal-democratic institutions), but yet *something else*.

Years before Derrida wrote "Force of Law," Sam Weber (2001) called attention to this more complex aspect of deconstruction, against the reduction of Derrida's "interpretation of interpretation" to mere affirmation.[3] This might be one of the reasons why Derrida (1992, p. 14), in his paper, seems to pay tribute to Weber as a predecessor to the kind of point he is making about the relations between law, force, and interpretation. Stanley Fish – whose view of interpretation also questions the binary opposition between freedom and constraint – is also mentioned in the same passage, in which Derrida, after a long

2 We should emphasize here that we do not subscribe to that interpretation of "Structure, sign and play," and only present it here in order to situate the double bind out of which the interpretation we consider more accurate can emerge.

3 Weber's book was originally published in 1987.

discussion based on quotations from Pascal and Montaigne, brings his reading of those texts into a contemporary context:

> These texts by Montaigne and Pascal, along with the texts from the tradition to which they belong and the rather active interpretation of them that I propose, could be brought into Stanley Fish's discussion in "Force" (*DoingWhat Comes Naturally*) of Hart's *Concept of Law*, and several others, implicitly including Rawls, himself criticized by Hart, as well as into many debates illuminated by certain texts of Sam Weber on the agonistic and not simply intra-institutional character of certain conflicts in *Institution and Interpretation*.

Derrida (1992, p. 14), in this part of his discussion, is interested in the problem of how law founds itself, and particularly in the phrase "mystical foundation of authority," used by Montaigne and reproduced by Pascal, which Derrida actively interprets in what he calls "a rather Wittgensteinian direction." Derrida, thus, calls attention to the way in which neither law nor force can have any precedence (causal, temporal, hierarchical) over each other, since they are both founded in a same "mystical" moment, in a "performative tautology" (DERRIDA, 1992, p. 33). This "performative tautology" makes itself interpretable as legitimate only in retrospect, by the use of interpretive canons that are themselves instituted in the "mystical" moment of foundation, but that in its moment of institution is "neither legal, nor illegal" (DERRIDA, 1992, p. 6). In this discussion, the relations between law and violence are shown to be much more ambiguous and complicated than any proper, traditional theory of law – that would take law as its object only after its foundational moment and in a retrospective relation to it – could show them to be. This is the context in which Derrida suggests the cited texts by Pascal and Montaigne could be "brought into" the contemporary discussions of Fish and Weber.

In "Force," Fish problematizes H. L. A. Hart's attempt at guaranteeing a distinction between law (as a rule-governed system of coercion) and mere violence (as in his famous example of a criminal who issues a command while pointing a gun at his victim). In *Institution and interpretation*, Weber also describes how any institution, in order to posit itself as such, must necessarily generate an exclusion (for example, law, in order to be law, must differentiate itself from violence). In this respect, both authors seem to prepare a reading of Derrida himself in which the idea of institution (in the double sense used by Weber – of both the act of foundation and the system produced by such an act) plays an important role in interpretation.

3 Institution, destruction, deconstruction

It is sometimes forgotten that the word "deconstruction" was designed, from the very beginning (in Derrida's translation of Heidegger), to set itself apart from mere destruction.

In fact, the word is particularly interesting because it does not only bear the prefix "de," indicating separation, but also its opposite "con," indicating union. Every gesture of deconstruction, as it brings apart some discourse or structure, must also at the same time bring it together in some new configuration. Not only deconstruction is different from simple destruction, but also the very possibility of pure destruction is deeply problematized in Derrida's thought, as we will see, in a very strong example, in his discussion of Walter Benjamin's critique of violence.

Because deconstruction does not attack from outside – a move that would presuppose some kind of solid stance from which to launch itself –, but from the inside of the institutions it intends to destabilize, it can never simply do away with the institution as a whole, but must negotiate with its internal structures, conceding just as much as it is able to reject. It does, of course, always involve a measure of rupture and destruction, but never purely. The following passage of *Force of law* is representative:

> Can what we are doing here resemble a general strike or a revolution, with regard to models, structures but also modes of readability of political action? Is that what deconstruction is? Is it a general strike or a strategy of rupture? Yes and no. Yes, to the extent that it assumes the right to contest, and not only theoretically, constitutional protocols, the very charter that governs reading in our culture and especially in the academy. No, at least to the extent that it is in the academy that it has been developed (and let's not forget, if we do not wish to sink into ridicule or indecency, that we are comfortably installed here on Fifth Avenue – only a few blocks away from the inferno of injustice). And besides, just as a strategy of rupture is never pure, since the lawyer or the accused has to "negotiate" it in some way before a tribunal or in the course of a hunger strike in the prison, so there is never a pure opposition between the general political strike looking to re-found another state and the general proletarian strike looking to destroy the state. (DERRIDA, 1992, p. 38).

In this passage, Derrida is referring to a distinction that Benjamin (2011) takes from Sorel (1972) – the distinction between two types of general strike: "political" and "proletarian". In Benjamin, that distinction is parallel to the one between the violence that institutes and conserves law (which Benjamin calls "mythical") and the "pure" violence that destroys law and the state without founding a new law or a new state in their place (which Benjamin calls "divine" violence). The German word translated here as "violence," "*Gewalt*" is important in understanding what is in question here. It can also be translated as "force", as well as "power" in the sense of legitimate power, as "legitimate authority." The whole problem here could be summed up in the ambiguity of that word – the undecidable ambiguity between violence and legitimate power in the "mystical" moment of law's foundation.

While Benjamin's hopes seem to be deposited in the possibility of his "divine" violence – that is, that law be done away with "for good" –, Derrida seems clearly suspicious of that possibility. In his deconstructive reading of Benjamin's critique of violence, no pure rupture remains possible, as well as no pure continuity. In Derrida's way of thinking, there is never any guarantee against the imposition of authoritarian violence, and only relentless vigilance can serve to mitigate that menace.

The distrust shown by Derrida in the face of Benjamin's project of pure rupture (which is related to the proposal of an equally pure language, entirely differentiated from the language of signs and communication) is such that Derrida relates it to the dangerous anti-*Aufklärung* wave that, according to him, is in the root of "the worst" – Nazism. In fact, if we think of the connotation the expression has acquired after Benjamin's death, it is easy to understand Derrida's suspicion against any project of a *final solution* to the problem of law, of the state, of violence, or any other. It is true that most projects in history that envisioned to *finally solving* the problems of humanity have eventually degenerated into violence.

It must be noted, though, that Derrida's complication between rupture, institution, and conservation does not imply taking rupture out of the equation. Rupture must be inscribed in continuity if continuity is to be conceived as iterability – that is, as the repetition of the same not as same, but as other. In fact, Derrida (1992, p. 37) calls the "political" and the "proletarian" general strikes (the institution of a new state and the destruction of the state – the word "state" here expanding to a much broader sense) "the two temptations of deconstruction." The word "temptations" deserves attention, since it does not imply either simple adherence or simple rejection. That which tempts and remains as a temptation is that which one desires but is not ever able (by fact or by right) to fully have. No pure rupture with the present state, and no pure institution of a state (which would always risk, if deprived of any aspect of rupture, to mean the re-institution of the same state) are available as such to deconstruction, and yet deconstruction tends to both, desires both. It perpetually slides between both sides, but achieves none.

Therefore, as we see in the following passage, rupture and destruction are always a necessary moment of deconstruction, even if they are never pure:

> We might say then that there is a possibility of general strike, a right to general strike in any interpretative reading, the right to contest established law in its strongest authority, the law of the state. One has the right to suspend legitimating authority and all its norms of reading, and to do this in the most incisive, most effective, most pertinent readings, which of course will sometimes argue with the unreadable in order to found another order of reading, another state, sometimes not. (DERRIDA, 1992, p. 37).

Therefore, as we began by distinguishing deconstruction from mere affirmation, and then proceeded to prevent it from excluding affirmation (by excluding the possibility of rupture), we now find ourselves dealing with a version of deconstruction that is – as, of course, it should be – in an unstable state of play between contradictory aspects. In this version of deconstruction, as we are caught in an alternation of institution, conservation and rupture, the idea of the institution – in the sense of that order which has been, at some point, instituted, in a rupture with previous orders, and now seeks to maintain itself – acquires great importance, for it is always in relation to *some* established order, to *some* state, law, or institution in general, that any conservation, rupture or foundation – and so any deconstruction – may take place.

4 Finding and inventing law

In a lecture given in Washington D.C. before his death, at the Library of Congress, under the title "Is there truth in interpretation? Law, literature and history," Ronald Dworkin (2009) gave the following definition of interpretation:

> I'm suggesting that we think of interpretation in the following way: the true interpretation of an object, a poem, a painting, a provision of the constitution, is the reading of that which best acquits the responsibility of interpreters given by the best interpretation of the practice they have joined. Interpretation is multiply interpretive. It's interpretive all the way down.

Let aside the question of responsibility and of the possibility of defining the "best interpretation" of a practice – themes that we will not have the time to discuss here –, what is of interest in this passage is the very informal expression (but one that Dworkin repeats once again at the very ending of his lecture) that interpretation "is interpretive *all the way down*." What does that mean?

Dworkin is not only saying that the object of interpretation cannot be known without interpretation, but also that the practice of interpretation itself can only be engaged in through an interpretation of that practice. Saying that interpretation is interpretive *all the way down* points to a project of making interpretation stand on its own, without footing on any non-interpretive basis – be it the subject, the object or the practice itself. This project brings Dworkin close to thinkers in the continental tradition such as Gadamer (1999) and even Derrida – even if Dworkin never explicitly commented much on such influences, and even if, of course, his thought is very distant, in many senses, from that of both thinkers (and particularly Derrida).

In *Law's empire*, Dworkin (1986, p. 225) writes that his theory of "law as integrity rejects as unhelpful the ancient question whether judges find or invent law", affirming

that in some sense "they [the judges] do both and neither" as they must "interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative." Through this *Aufhebung*-like movement of leaving behind a distinction in order to reconfigure the whole question, Dworkin seems set to leave behind both subject-centered (invention-related) and object-centered (finding-related) models of interpretation in favor of a practice (play?) that cannot itself be pinned down in any non-interpretive way. In his first detailed treatment of the question, in the essay "Law as interpretation," Dworkin (1982, p. 527) argues, already in the same sense, that "legal practice is an exercise in interpretation not only when lawyers interpret particular documents or statutes, but generally," that is, all the way down.

However, does the structure of Dworkin's theory live up to this promise of a thoroughly interpretive theory of interpretation? Stanley Fish argues otherwise. In a response to Dworkin's last mentioned essay, Fish (1989, p. 86) contends that, even though Dworkin is concerned to describe legal interpretation "in such a way as to avoid claiming either that in deciding a case judges find the plain meaning of the law 'just there' or, alternatively, that they make up meaning 'wholesale' in accordance with personal preference or whim" (a dualism that Fish associates respectively with legal positivism and realism), he "repeatedly falls away from his own best insights into a version of the fallacies (of pure objectivity and pure subjectivity) he so forcefully challenges." We will not be able to go into the details of Fish's arguments against Dworkin in this paper and, for the moment, it is enough to say that, for him, it is a feature of the very structure of interpretation in general that participants are always both free and constrained by the set of practices available as possible in a given interpretive community. According to Fish (1989, p. 97), "interpretation is a *structure* of constraints, a structure which, because it is always and already in place, renders unavailable the independent or uninterpreted text and renders unimaginable the independent and freely interpreting reader" (notice the very Heideggerian "always already," which also appears often in Derrida).

In such a picture of legal interpretation (one that seems to correspond to the wishes of both Fish and Dworkin, even if the former believes the latter to have failed in his effort to achieve it), all interpretative practice is shown as both free and constrained; as both concerned with finding the meaning "in the text" and with creating or inventing it anew, and yet neither purely one thing nor the other.

In "Structure, sign and play," Derrida (1967) presents two versions of interpretation – one in which interpretation is seen as hermeneutic and nostalgic, seeking to retrieve the meaning in the interpreted object, and another in which it is seen as a play that is not concerned with finding any truth, but in affirming it over the object. This distinction seems to parallel quite neatly the one we have been dealing with. On one side, we have the object constraining the interpreter in his interpretation; on the other, it is the subject that freely attributes meaning over a text that, in itself, has no retrievable meaning.

In much of his reception (especially in fields outside of philosophy, such as literature and law, where he was widely received in the United States), Derrida's image has been mostly associated, both by followers and detractors, to the side of play and affirmation. In his essay "Closure and exclusion", though, Samuel Weber (2001, p. 3) argues that, as Derrida describes these "two interpretations of interpretation," he does not put himself on the side of play and against nostalgic interpretation, but actually adopts a third type of interpretation that is, itself, a play between the two previous ones. "There are not simply two antagonists engaged here," Weber writes, "– nostalgic versus affirmative interpretation – but a third, the interpretive gesture of Derrida's text itself, setting the scene of a struggle it seems only to describe."

According to Weber (2001, p. 5):

> The 1966 text of Derrida did not say as much explicitly, but it practiced what it did not preach. In distinguishing nostalgic from affirmative modes of interpretation as two 'absolutely irreconcilable' options, it did not forget to add that 'we live them simultaneously and reconcile them in an obscure economy'. If that economy is obscure, it is doubtless because we are under its sway, as participants, contestants, even as we search for its rules.

If we think about the moment in the history of philosophy in which Derrida had to institute himself as a philosopher, back in 1966, and the institutional constraints that he had to overcome in the process, it becomes understandable why, in that moment, Derrida emphasized much more the affirmative aspect of interpretation. In later texts, though – such as *Force of law*, to which we will get back in a minute –, written after Derrida was established as a thinker and had even become, in some niches, part of the *status quo*, the ambiguous character of his view on interpretation became much clearer, with more emphasis given to the constraints exerted by instituted modes of reading. This does not mean, we should note, that Derrida's thinking has suffered some kind of "turn" during this period. On the contrary, we believe it has maintained the same spirit throughout his whole career. The change, as we have put it, is one of emphasis, and a purely *strategic* one.

Such an interpretation of Derrida's interpretation of interpretation, while defying certain preconceptions about the author, would put him, if he was a philosopher of law, not in the position of a legal realist or of what Dworkin (1986) would call an "external skeptic," but in a much more nuanced position that seems, in some ways, very close to Dworkin's own version of interpretation as both/neither finding and/nor inventing law – and yet quite different from it in its final consequences.

Actually, according to Weber (2001, p. 4), not even Nietzsche, who is frequently considered the great proponent of affirmation, could be simply put on the side of affirmative, happy-go-lucky interpretative practice. Interpretation, in Nietzsche, is much less a lightheaded and

free invention than it is a struggle, which means that the forces constraining creation must be taken as seriously as the power of creation itself.

> The process of interpretation articulated by Nietzsche [...] applies not so much to what Derrida describes as the 'second' interpretation, the affirmation of play [...], as to the interpretive practice of which that description is a part, but only a part. [...] Beyond the 'irreducible difference' of nostalgic and affirmative interpretations, there is a third version, interpreting interpretation as a struggle to overwhelm and dislodge the already existing, dominant interpretation and thus to establish its own authority.

This third version of interpretation, that Weber attributes both to Nietzsche and to Derrida, and that he seems to set up in order to adopt as well, puts the idea of institution at the heart of the interpretative struggle, as every interpretation is always dependent both on the previous canons of interpretation that it seeks to replace and on its own power of rupture and creation through affirmation. In this process, no affirmation is possible that does not deal somehow with previously established constraints, and no hermeneutics that does not assume some degree of creative responsibility. Interpreters are always already in the middle of a game of institution, maintenance and deposition of interpretations, in relation to which they are never entirely free to affirm whatever interpretation they will, yet never entirely constrained.

5 Closure (of law) and exclusion (of violence)

Weber (2001) takes us back to Saussure (1995), who states that the value of signs in general is determined purely by differential relations to other signs. Later, Saussure qualifies his position, explaining that it is the signifier and the signified, while considered separately, that are determined by pure difference. The sign, however, "considered in its totality," is determined in a more positive way, not only by difference, but by a determined opposition. "The guarantee of this more stable relationship," Weber (2001, p. 7) emphasizes (as the term "institution" is important for his own project), "Saussure calls 'linguistic institution.'"

Here, Weber is investigating how it is that a system designed to make interpretation possible is instituted, how its moment of unfounded "mystical" foundation takes place. In Saussure (1995), the sign is formed by a relation between signifier and signified, which, as separate entities, can only be identified in a differential, negative manner – by their difference in relation to all others in the same category. The sign itself, though, which brings together signifier and signified, guarantees a much more determined relation of opposition between two specific terms, and is, in itself, considered as a positive fact. It is the property of Saussure's linguistic institution to (institute and) maintain the parallelism between these two orders of differences – signifier and signified:

> The question posed by Saussure's shift from the notion of difference to that of opposition thus acquires a new and important dimension; if the move is justified, it is because of something called 'linguistic institution' (or perhaps: the institution of language) which has, as its proper function and property, precisely 'to maintain the parallelism' between signifier and signified, and thus to guarantee the integrity and stability of the sign. (WEBER, 2001, p. 7).

It is interesting to notice, in passages such as this, expressions such as "institution," "to maintain," "to guarantee" – which could be put in relation to Benjamin's "Critique of violence" – and "integrity" – which takes us back to Dworkin. If law is to be interpreted *as integrity* (DWORKIN, 1986) – that is, as a more or less coherent body that can be defined because it can be limited –, this must depend on some moment in which law is instituted, founded as an institution, through the arbitrary establishment of certain relations and the equally arbitrary undercutting of other ones. This foundational moment must be "mystical" in the sense that Derrida (1992) extracts from Pascal and Montaigne, and it can be observed as well in law's institution as "integrity" as in the institution of a language. Both law as integrity and Saussurean *langue* must be instituted, maintained, and guaranteed by certain forces.

Nevertheless, how is this "mystical" institution operated? This is a question that – for the very reasons why the word "mystical" is used here – we will not be able to fully answer, even if we can say some things *about* (around) it. As Weber (2001, p. 8) points out (and this is perhaps the central point of his essay), in order to make possible a system called *langue* in relation to a community of speakers, both the community and the relevant practices must be arbitrarily separated from its others, i.e., whatever will be excluded. "The linguist must not merely observe certain phenomena," Weber writes, "he must also force himself to disregard others. [...] In order to regard, the linguist must disregard." Saussure must postulate a "unified collective consciousness" in order to construe language as a work of this consciousness, and yet this collective consciousness itself is founded in the same gesture that founds language, by forcefully and arbitrarily excluding that which is not taken into account.

Here, once again, the institution of *langue* parallels the institution of law, and it is perhaps Carl Schmitt who best described this necessary gesture of exclusion (and Weber is clearly aware of this connection). Schmitt argues that Law cannot be simply thought of as founded by the common will of the people, because there is no such thing as "a people" until an arbitrary separation is drawn between "us" and "the others" – friend and enemy as he puts it in *The concept of the political* (SCHMITT, 1992). Such a separation must be the product of a decision by a Sovereign, who thereby creates the people as people, so that law can be founded in its name. Such a community, then, does not precede law, but is founded in the very same gesture that founds law.

It is for the same reason that Schmitt (1985, p. 5) famously defines the Sovereign as "he who decides on the exception." It is only by a sovereign decision that arbitrarily separates law from non-law (anomy, violence) that law can be founded. This is the gesture that Giorgio Agamben (1994) came to call exception in a very general and etymological sense – a gesture of the inclusion (capture) of something only through its exclusion. For Agamben (1998, p. 26), the gap between *langue* and *parole*, semiotics and semantics, meaning and application can only be bridged by such a violent gesture of exception. In *Homo sacer*, he writes:

> The law has a regulative character and is a "rule" not because it commands and proscribes, but because it must first of all create the sphere of its own reference in real life and make that reference regular. Since the rule both stabilizes and presupposes the conditions of this reference, the originary structure of the rule is always of this kind: "If (a real case in point, e.g.: *si membrum rupsit*), then (juridical consequence, e.g.: *talio esto*)," in which a fact is included in the juridical order through its exclusion, and transgression seems to precede and determine the lawful case.

This, of course, in the field of law, amounts to taking the institution of law not as a historical and political process (institution as process of institution – that then gives place to maintenance and eventual destitution), but as a fact to be described (institution as a structure already in place), just as, in the case of linguistics, it "amounts to taking the 'institution of language' – language as institution for granted, as a given to be described rather than as a process to be understood" (WEBER, 2001, p. 9). In any case, the necessity of closure of the science as such violently depoliticizes the process it describes, by excluding its truly political moment. It is precisely this prior political moment that Benjamin (2011) tries to bring to light in his "Critique of violence," when he takes a step back in order to consider law in its deeper relation to violence, rather than simply describing it as a process already in course and already separated (through the institution of the pair means/ends) from illegitimate violence.

It is precisely this effort of neatly distinguishing law from violence that H. L. A. Hart (1994) undertakes in his classic book *The concept of law* when, against John Austin's definition of law as a command issued by a sovereign, he asks what it is that enables us to differentiate between a rule-governed system of coercion and a situation in which someone contingently seizes power and uses it to constrain others – Hart's classic example is that of a criminal who gives orders to a victim at gunpoint.

However, is the system of rule-governed procedures established by law able to guarantee a neat separation between law and violence? Fish (1989, p. 503) suggests that maybe "procedure rather than doing away with force merely masks it by attenuating it, by placing it behind a screen or series of screens." He points out that, after all,

> […] the crucial question […] still has to be asked: Who gets to make the rules? And once that question is answered, another question (it is really the same) waits behind it, who gets to say who gets to make the rules? If the answer to these questions turns out to be something like "whoever seizes the opportunity and makes it stick," then there is finally little to distinguish the rule centered legal system from the actions of the gunman; this gunman is merely better camouflaged. (FISH, 1989, p. 503)

If that should be the case, then the violence of law would risk being not only similar to the direct violence of the gunman, but in a certain sense more terrible. In Fish's (1989, p. 504) words, "here is a 'temporary' ascendancy of one person not only over another, but over many; here is a forceful capture even more sinister than that performed by the gunman because it wears the face of legitimate authority." This self-legitimating, self-imposing institutional violence reminds us of Benjamin's (2011) greatest source of uneasiness, the violence he calls "mythical," and even of the ungraspable violence that we experience, in the work of Franz Kafka, as the expression of the twentieth century's worst nightmare. The way in which law seems to constantly balance in the border between legitimate, non-violent procedure, and this Kafkaesque form of absurd violence is the problem we are dealing with here.

Interestingly, law's relation to pure force, in Hart, appears most directly in those cases when judges have discretion and must make law. "If this" (that judges, in some or all cases, make law), writes Fish (1989, p. 503), "is indeed the case, then the rule of law or, more precisely, the law of rule becomes an illusion, for the rule as a constraint, as a safeguard against casual violence, falls to the daily acts of violence committed by judges." Hart's insight (be it intentional or not) is, in Fish's (1989, p. 504) opinion, illuminating, since it brings forth the relation between force and interpretation:

> The great merit of Hart's analysis is that it makes clear the close relationship – a relationship so close as to be one of identity – between the threat posed to law by force and the threat posed to law by interpretation; if it is the business of law to protect the individual from coercion that is random, unpredictable, and arbitrary, then the individual is no less at risk when he is at the mercy of an interpreting court than when he is at the mercy of an armed assailant. In both cases he is nakedly exposed to an agent who has seized authority and is in the accidental circumstance of being able to get away with it.

If the question of authority, in law and in law's interpretation, is ultimately a question of *getting away with it*, it is because only in retrospect can the institution of a certain law or of its dominant interpretation (two things that, in some ways, are very difficult to separate) be determined as either legitimate or illegitimate. If it were possible to *catch* whoever

or whatever institutes a canon of interpretation *in the act* of instituting it, the act itself could never (if it really was an interpretative act) be simply recognized as legitimate; but once that moment has passed (and in practice it has always already passed), and if that foundation had been effective (*felicitous*, Derrida will say, referring to J. L. Austin), then it *will had been* (in retrospect) a legitimate foundation according to criteria it has itself instituted.

Fish sees, thus, *The concept of law* as Hart's best try at guaranteeing an intelligible and stable separation between law and force (interpretative included). Hart (1994, p. 132) does that by means of "the idea of a 'determinate rule,'" that is, one that does not require "a fresh judgment from case to case," and the related distinction between easy cases (that fall right into the "core" of the rule's meaning) and hard cases (that fall in a "zone of penumbra").

Fish (1989, p. 506) writes that, for Hart, "the foundations of law are linguistic" in a way that makes the determinacy of law as a possible non-violent institution dependent on the institution of a language that makes interpretation unproblematic – the "linguistic institution" Saussure tries to isolate. The concept of law as we know it, that is, as neatly distinct from violence, depends on (written) language's capability to communicate an invariable meaning, independently of interpretation, that is, impervious to interpretive force on the part of the interpreter, to creativity, to affirmative interpretation or play – *at least in some cases*.

That much seems to be true, even if Fish then associates Hart's theory with certain assumptions that could be called into question. According to Fish (1989, p. 506), in "the tradition in which Hart writes, [...] there must be a mode of communication that is general, not tied to the linguistic system of any particular community," and "once produced, these general communications must be understandable by anyone, no matter what his individual educational or cultural experience." It could be doubted that Fish's interpretation does justice to Hart. We wouldn't discard the possibility of interpreting his theory simply in terms of a language which rules are widespread enough within certain spaces of a certain society so that its members would, *at least in some cases*, be unable to interpret it in any way other than the one, established way to do so. This in itself – the idea that any society could institute a language so uniform that, in the relevant majority of cases, such a language would guarantee direct, non-interpretative communication – is already sufficiently problematic, even if it is, at the same time, quite obvious in some areas of practical life.

In fact, it is clear that in most historical situations our language and our interpretive criteria for law are sufficiently stable as to permit many cases to be regarded as easy. The recognition that interpretive force is constrained only by a mechanism that is itself product of an arbitrary force in no way implies that this mechanism is always apparent to us or that it can be simply removed as soon as we decide it should be (Fish clearly agrees with this, and so it is unclear why he rejects Hart so harshly). What we have been trying to

understand, from the beginning of this paper, is precisely how these constraints, even if they are based upon no solid ground, still manage to institute and maintain themselves as legitimate criteria for the recognition and interpretation of law. Variably clear ways of distinguishing law from violence are usually available, and we are always already thrown within their context. At many times, as Derrida (1992) shows us, it is both possible and a condition of justice to destabilize this mechanism; but at many other times (many of which overlap with the first ones) it is also a condition of justice that we be able to apply it as and through law, to "calculate" with law, that is, to keep its mechanism working soundly.

We should, then, be careful not to fall too easily back into a simple rejection of law as violence or a simple acceptance of any institutionally-determined criterion for the separation of both terms. In the following and final section, we will consider how the role of institution and interpretation that we have been discussing fits into Derrida's treatment of the relation between violence and readability in *Force of law*. By doing that, we shall not resolve the ambiguity maintained until now from the beginning of this paper, but rather try to make that ambiguity and its dynamics as clear as possible, so as to better observe them.

6 An impossible closure

Constant vigilance is the only remaining project (if it can be called that) once any possibility of pure rupture, pure foundation, or a "final solution" is deemed inaccessible. Such vigilance does not, of course, imply a "scorched earth" strategy – the undoing of all and every structure until there is nothing left. In legal theory, it certainly should not mean the rejection of all legitimacy, interpretability, applicability of law on the grounds of a simple identification of law and violence, as sometimes associated with Critical Legal Studies. After our exposition about the relations between institution (act of institution; posited institution) and interpretation, and the foundation of law via the exclusion of violence, we shall now get back to Derrida in order to read him as an author who, taking very seriously the constraining forces that act in law's functioning (not only as violent, but also as sometimes necessary for justice), neither simply rejects law as a machine in the hands of interest, nor surrenders to an "internal" point of view that would again hide law's roots in violence. As we will try to show, the very distinction between an "internal" and an "external" point of view over legal practice or theory must be put aside in order to understand this approach.

In the beginning of our discussion, as we saw the foundation of a new state and the destruction of the state as the two "temptations" of deconstruction, we also saw that, in Derrida's (1992, p. 38, italics ours) words, deconstruction could be compared to "a general strike or a revolution in regard to models, structures, but also *modes of readability*" ("yes and no", Derrida says, that is, never purely and only as a "temptation"); one has, according

to him, "the right to suspend legitimating authority and all its norms of reading," and this right to disobedience will be exerted in a way that "will sometimes *argue with the unreadable* in order to *found another order of reading*." We had left most of these curious expressions – "modes of readability," "norms of reading," "to argue with the unreadable," "to found an order of reading" – unexplained. Now, as we approach this paper's closing, we shall go back to them.

In any situation of reading, there is always an order of reading that makes reading possible (and excludes other readings as impossible), with its set of norms of reading and the modes of readability that they enable – the "interpretative practices," Fish (1980) would say, available for a given community of interpreters. Law as such – if it is to have "easy cases," or to be interpretable "as integrity," or in any other way justified – must have a well-established order of reading, and this order must be instituted through an arbitrary "mystical" performative that separates law from non-law, that is, from illegitimate violence. This includes, of course, an "interpretive violence" – the arbitrary separation between possible, acceptable readings and impossible readings, readings to be considered violent, abusive, arbitrary, and so on.

However, one has the right, Derrida says, to suspend those norms of reading, to defy the available modes of readability, in a reading that, at least in advance, could only be called an *impossible* one. Such "revolutionary" reading – and this is what qualifies it as an *event* in the strictest sense used by Derrida – is, thus, *something impossible that happens*, that happens to happen, generating its own possibility *après coup*. This is why, in *Political Theology*, Schmitt (1985, p. 36) argues that the decision on the exception (on which law is founded) can only be properly understood in an analogy to the theological concept of the miracle, as he affirms that "all significant concepts of the modem theory of the state are secularized theological concepts." The French expression (which is used by Derrida and maintained in French in the American version) *après coup* is very telling too, since it brings to light the relation between the retroactive legitimation of any revolutionary interpretation and that of a *coup d'État* – the way in which it is a state (of possible reading) that is overthrown in favor of a new state (of possible reading), which provides its own legitimation retroactively. "Only the yet-to-come (*avenir*)," Derrida (1992, p. 36) writes,

> [...] will produce intelligibility or interpretability of this law. [...] A 'successful' revolution, the 'successful foundation of a state,' will produce *après coup* what it was destined in advance to produce, namely, proper interpretative models to read in return, to give sense, necessity and above all legitimacy to the violence that has produced, among others, the interpretative model in question, that is, the discourse of its self-legitimation.

It is, thus, only after the fact, after the *coup* and *de facto* that the separation between law and violence "will have been" instituted, situating, of course, the irruptive moment

of foundation – that in its event could neither be placed on the side of law nor on that of violence – *inside* law (or on the border that guarantees its non-relation to its outside), as its legitimate foundation, even if, from the point of view (that is to say, through the canons of interpretation, through the rules of reading) of the previous state, that foundational act would necessarily be regarded as impossible and unreadable (and even if it could be read, it would be only as a random act of violence). The sense in which the word "*Gewalt*" is understood here is switched from that of mere violence to the sense of legitimate power.

For Derrida (1992, p. 37), any "reading that founds something new [...] remains unreadable in regard to established canons and norms of reading," and "this unreadability of violence results from the very readability of a violence that belongs to what others would call the symbolic order of law." What does the latter sentence mean? The unreadability of the violence that institutes a new law "results from" the violent readability of law. Because law can only make itself readable through an instituting act of violence, it is the aftermath of this violence (the violence that maintains law, and that finally cannot be distinguished from the iteration of the foundational violence that precedes it) that maintains it as readable, and thus capable to enforce itself. Derrida seems to place this maintaining violence as the counterpart of the unreadable violence that founds new law – and, in the same gesture, must then overthrow law.

Therefore, we are back to the initial polarization. On one side, readability, enforceability of law, possibility of "easy cases," nostalgic interpretation of "integrity," "mythical" violence, separability of law and violence; on the other, unreadability, impossibility of interpretation or enforcement, affirmative play, "divine" violence, undecidability between law and violence. In addition, as we began by suggesting, the two sides of this polarization can never be pure, fully separated or simply decided between. Derrida (1992, p. 54) sums his point up the following way, as he approaches the final pages of his discussion of Benjamin's "Critique":

> To be schematic, there are two violences, two competing *Gewalten*: on one side, decision (just, historical, political, and so on), justice beyond *droit* and the state, but without decidable knowledge; on the other, decidable knowledge and certainty in a realm that structurally remains that of the undecidable, of the mythic *droit* of the state. On one side the decision without decidable certainty, on the other the certainty of the undecidable but without decision. In any case, in one form or another, the undecidable is on each side, and is the violent condition of knowledge or action. But knowledge and action are always dissociated. (DERRIDA, 1992, p. 56).

Undecidability is on the side of law because it is propriety of language – the type of undecidability resulting from the irreconcilable difference between general rule and the singular case that preoccupied Hart as well as Schmitt. Because law is linguistic, is expressed

through (interpretable, communicable) language, it is structurally undecidable. Decidability, on the other hand, is on the side of "divine" violence for the same reason that motivated Schmitt to identify the decision on the exception with the structure of the miracle. As Derrida (1992) points out, no strictly *possible* decision – one that could be based on a rational calculation or any procedure of the sort – is a decision in the strict sense, since to decide must be to freely (and therefore arbitrarily) create a rupture, which will also be a rupture with the canons of rationality on which it might otherwise have justified itself.

Still – and this is the aspect that now concerns us most –, in another sense, there is decidability on the side of the law and undecidability on the side of revolution. This is the sense of knowledge and readability, of readability as "decidable knowledge," and in this sense, decidability is related directly to what we have been discussing. The "mystical," miraculous decision that institutes a state of reading, as we have seen, cannot be read as such through any of the already available (in the moment of its irruption) modes of readability. It is, therefore, impossible for us to decide whether what we have before us is or is not the irruptive event of a revolution. But after a state of reading has retroactively defined its moment of foundation and its modes of maintenance, then it is always possible to know (decidably) its foundation as foundation, to know its continuity as continuity. It is only the "mythical" violence "of destiny" that can be known, in such a way that, in the dimension of possible, decidable knowledge, we can always point to it as determined, fatal and, as such, violent. The dimension of rupture, on the other hand, is always out of the reach of our knowledge – it depends, so to speak, on a leap of faith. Revolutionary violence depends on doing the impossible at each time, even if there is, of course, yet no rational account of that performance. Derrida is not, then, saying something like "law always transforms itself, but always continues the same," because the dimension of transformation is not describable as such. Derrida can only say – as long as he follows Wittgenstein's advice to remain silent about that which cannot be meaningfully said, and he does not always follow it –, like Benjamin, that law is fatal like destiny. He cannot affirm that there is a possibility of revolution – at least not in a constative mode. All he can do is suggest it either through metaphor or through performance, and, we believe, so he does many times. This is – on a side note – what saves deconstruction from an accusation of being a form of quietism; the fact that it does not directly assert revolution as possible does not mean it is not a thinking of revolution. At the same time, Derrida does not render impossible any "internal" theorization about law, or knowledge of law as an object, as long as there is always an institutional (of the act of institution and of the maintenance of the institution) violence that grants its possibility. He only reminds us, as it were, how this possible knowledge is never non-violent.

As Derrida puts it, then, decidability and undecidability are on both sides of the equation, and there is what we could call a "third" undecidability between those two sides, in every interpretation. All decisions, *to the extent in which* they are decisions in the strict

sense, cannot be read or known as such; we cannot decide about their presence. And every act of calculation, interpretation or application that founds itself on the norms of an institution already in place (knowable, readable, legitimate), *to the extent in which* it is possible, rational, correct and so on, cannot be decisive in the sense of generating a rupture, of reconfiguring the split between that which is included and that which is excluded from the institution. The expression "to the extent in which" is important because, as we have seen, the two aspects in question, corresponding to the two interpretations of interpretation that we saw in Weber's account of deconstruction – affirmative (decisive, undecidable) and nostalgic (decidable but not decisive) – must coexist in every deconstructive reading, so that deconstruction can never be purely revolutionary and never purely lawful, but, precisely by introducing rupture in a negotiation with the institution's maintenance, is able to break into the self-reproducing cycle of any institution (be it language, law or another) and force it out of its axis.

Neither a purely affirmative and political interpretation of deconstruction, such as proposed by those who would simply want to debunk law as a representation of the interests of the powerful, nor a domesticated, purely hermeneutical version that would make it possible to accommodate deconstruction to liberal-democratic institutions can really allow for such an event – the deconstruction of law – to be thematized. The truly particular consequences of Derrida's thought for the very contemporary question of law and violence can only show themselves in the aporetic economy between hermeneutics and affirmation that we tried to describe in this paper.

REFERENCES

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* sovereign power and bare life. Stanford: Meridian, 1998.

_____. *Estado de exceção.* São Paulo: Boitempo, 2004.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words.* Cambridge: Harvard University Press, 1975.

BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34, 2011.

CRITCHLEY, Simon. The Reader: Derrida among the philosophers. In: GOODRICH, Peter et al. *Derrida and legal philosophy*. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

DERRIDA, Jacques. *L'écriture et la différence*. Paris: Éditions du Seuil, 1967.

_____. Force of Law, the "mythical foundation of authority". In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel. *Deconstruction and the possibility of justice.* New York: Routledge, 1992.

DE VILLE, Jacques. *Jacques Derrida:* law as absolute hospitality. New York: Routledge, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Is There Truth in Interpretation?* Law, Literature and History. Inaugural Frederic R. and Molly S. Kellogg Biennial Lecture on Jurisprudence in the Coolidge Auditorium of the Library of Congress. Washington, October 26, 2009. Available at: <http://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>. Accessed: Feb. 5, 2016.

_____. *Law's empire.* Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. Law as interpretation. *Texas Law Review*, v. 60. Austin: University of Texas Press, 1982.

FISH, Stanley. *Doing what comes naturally*: change, rhetoric and the practice of theory in literary and legal studies. London: Duke University Press, 1989.

_____. *Is there a text in this class?* The authority of interpretive communities. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1999.

HART, H. L. A. *The concept of law.* Oxford: Clarendon Press, 1994.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale.* Paris: Éditions Payot et & Rivages, 1995.

SCHMITT, Carl. *Political theology.* Cambridge: MIT Press, 1985.

_____. *O conceito do político.* Petrópolis: Vozes, 1992.

SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence.* Paris: Marcel Rivière et Cie, 1972.

WEBER, Samuel. *Institution and interpretation:* expanded edition. Stanford: Stanford University Press, 2001.

Juliana Neuenschwander Magalhães

PhD in Law from UFMG. PhD in Law from Università del Salento, Italy. Associate Professor at UFRJ. Researcher (1D) at CNPq.

jneuewander@yahoo.com.br

José Antonio Rego Magalhães

Master's degree in Law from UFRJ. FAPERJ Fellow.

jamagalhaes22@gmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 11.04.2016
Aprovado: 05.05.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201724

As máculas da prisão: estigma e discriminação das agentes penitenciárias

THE PRISON BLOTS: STIGMA AND DISCRIMINATION ON CORRECTIONAL OFFICERS

Dani Rudnicki[1], *Gilberto Schäfer*[2] *e Joana Coelho da Silva*[3]

Resumo
O estigma de viver no sistema prisional marca e oprime a personalidade do egresso; e quanto às agentes penitenciárias que nele ingressam para trabalhar? Este artigo busca verificar se as agentes penitenciárias são discriminadas em virtude de seu labor. Para o desenvolvimento deste estudo, utilizam-se como técnicas de pesquisa a revisão bibliográfica e a realização de trinta e quatro entrevistas, entre 9 e 14 de maio de 2013 e 23 de outubro e 27 de novembro de 2015, com agentes penitenciárias lotadas em instituições de tratamento penal do Rio Grande do Sul. Vinte e sete aconteceram na Penitenciária Feminina Madre Pelletier e sete com agentes penitenciárias lotadas em outras casas prisionais gaúchas. Após análise do material coletado, verifica-se que as marcas da prisão não atingem somente as que nela ingressam obrigadas, com o intuito de cumprir pena, mas também as que nela trabalham, uma vez que estas são igualmente marcadas pela sociedade em virtude do seu contato com a instituição.

Palavras-chave
Direitos humanos; prisão; estigma; discriminação; agente penitenciária.

Abstract
The stigma of living in the prison system blemishes and oppresses the egress personality what could be said about the correctional officers who work at these facilities? Faced with this question, this article aims to verify whether the correctional officers suffer from discrimination because of their work. The methodology applied to this study includes literature review and thirty-four interviews (9 to 14 May 2013; 23 October to 27 November 2015), with correctional who work at prisional institutions of Rio Grande do Sul. Twenty-seven of these interviews took place at Madre Pelletier Women's Prison, and seven at other prison houses. The analysis of the collected material indicates that the blemish of prison affects not only the imprisioned people, but also its workers, who are also targeted for their contact with the institution.

Keywords
Human rights; prison; stigma; discrimination; correctional officer.

1 Centro Universitário Ritter dos Reis
Porto Alegre – RS – Brasil

2 Centro Universitário Ritter dos Reis
Porto Alegre – RS – Brasil

3 Advogada
Porto Alegre – RS – Brasil

CC BY-NC

Introdução

A hostilidade do sistema penal e as marcas deixadas nos que nele ingressam são de conhecimento público (CARNELUTTI, 2013; FOUCAULT, 2011; OLIVEIRA, 2011). O contato com a prisão não é bem visto socialmente; afinal, trata-se de instituição que atua com indivíduos indesejados pela sociedade. Daí surgem questionamentos: o que leva uma pessoa a fazê-lo por livre e espontânea vontade? Não seria a prisão – um lugar onde se colocam e se esquecem de pessoas – apenas uma ferramenta de exclusão social? O estigma de ter passado pelo sistema prisional marca e oprime a personalidade dos egressos? E das agentes penitenciárias (APs)[1] que ingressam nesse sistema para trabalhar? Respondendo a essas indagações, este artigo busca verificar se as APs são estigmatizadas e discriminadas em virtude de seu labor.

Lembra-se de que a participação de um dos autores, quando ainda cursando o bacharelado, em um projeto de extensão desenvolvido na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, localizada em Porto Alegre, nunca foi bem compreendida pelos colegas da graduação. Afinal, o que pretendia passando as tardes na prisão? Por que perder tempo naquele lugar de onde todos queriam sair? Qual a razão de estar com aquelas pessoas?

A pesquisa mostra-se, desta forma, relevante, pois as agentes penitenciárias, apesar de serem peças fundamentais para o funcionamento dos sistemas penal e prisional, são esquecidas, já que a quase totalidade dos estudos se concentra nas presidiárias. Considera-se que as APs estão também expostas aos efeitos do sistema penitenciário.

Estudos desenvolvidos na área (CHIES, 2001; COELHO, 2005; MORAES, 2005; KALINSKY, 2008; LOURENÇO, 2010; RUDNICKI, 2015a e 2015b) consistem em fontes que devem ser utilizadas no desenvolvimento de políticas públicas e reformas legislativas que amenizem as violações decorrentes do ambiente carcerário. Nesse sentido, quando se pensa em reformas na execução penal, deve-se não só resolver questões referentes às necessidades das mulheres presas, mas também das servidoras atuantes nas instituições. Afinal, os direitos humanos são garantias para todos, independentemente da posição ocupada.

Este artigo utiliza o modelo de pesquisa qualitativa e como técnicas a revisão bibliográfica e a realização de entrevistas. A parte empírica refere-se a entrevistas realizadas entre os dias 9 e 14 de maio de 2013 e 23 de outubro e 27 de novembro de 2015 com agentes penitenciárias lotadas em instituições de tratamento penal do Rio Grande do Sul. Essas

1 Como o objeto deste artigo são as mulheres que atuam na profissão de agente penitenciário, motivo pelo qual a maioria das entrevistadas é servidora da Penitenciária Feminina Madre Pelletier (PFMP) e de outras casas prisionais gaúchas, optamos por fazer referência utilizando os termos no feminino mesmo quando, dentre as envolvidas, encontram-se homens e mulheres. Os termos são empregados no masculino quando apenas homens estiverem envolvidos e quando constituem citações (diretas e indiretas) de outras obras ou de entrevistas.

entrevistas foram transcritas e analisadas pelos autores tomando como fundamento a perspectiva de apresentar o discurso das APs sobre sua realidade. Objetivando, assim, corroborar, ou não, os dados teóricos por meio da comparação com os estudos citados.

Foram realizadas vinte e sete entrevistas (sendo vinte e três agentes penitenciárias e quatro agentes penitenciários), na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Ainda foram entrevistadas sete agentes penitenciárias lotadas em casas prisionais gaúchas que participaram do Programa de Capacitação das Servidoras Penitenciárias para Atenção Integral às Mulheres em Privação de Liberdade, na Escola do Serviço Penitenciário do estado do Rio Grande do Sul.[2] Imperioso ressaltar que se optou pela proteção da identidade das participantes, dessa forma, foram adotados pseudônimos, com o objetivo de preservá-las.

Assim, o artigo inicia com a apresentação do conceito de estigma e sua utilização como ferramenta de exclusão social. Depois, refere-se às faces da estigmatização da AP, ou seja, os atributos que a profissional carrega pelo fato de trabalhar em uma penitenciária, ser uma "carcereira", alguém que aplica a mais severa pena aceita hoje no país. Por fim, aborda a questão da discriminação a que as servidoras estão expostas, em decorrência do exercício de sua profissão.

1 O estigma penitenciário como exclusão

O termo "estigma", lembra Erving Goffman (1998, p. 11), foi criado na Grécia e seu significado original consistia em definir os "sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava". Na Era Cristã, o termo passou a representar "sinais corporais de graça divina", bem como "sinais corporais de distúrbio físico".

No dicionário, o vocábulo "estigma" possui os seguintes significados: "Estigma. s.m. 1. marca ou cicatriz deixada por ferida 2. sinal natural no corpo 3 fig. o que é considerado indigno; desonra [...]" (HOUAISS; VILAR, 2008, p. 318). Para Erving Goffman (1998, p. 13), "estigma" é "[...] um tipo de relação entre atributo e estereótipo [...]". E completa:

> Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser – incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável – num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica

2 O programa se destinava à capacitação das servidoras da Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe), tanto agentes penitenciárias quanto técnicas, que trabalhassem diretamente com mulheres privadas de liberdade, em estabelecimentos femininos e mistos.

> é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande – algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem – e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real. (GOFFMAN, 1998, p. 12)

O estigma é considerado uma "mácula social que sinaliza a identidade social deteriorada da pessoa, com a qual se deve evitar contato mais próximo, especialmente em locais públicos" (OMOTE, 2004, p. 293). Apesar de o estigma não ser mais constituído por uma marca física, esse atributo que o define possui função semelhante à função inicial, ou seja, promover exclusão social:

> Embora o estigma se refira hoje à própria condição social de desgraça e descrédito, e não mais à evidência corporal da inferioridade moral, o sentido original do conceito deve ser analisado com algum detalhe, pois, ainda que metaforicamente, o estigma parece cumprir ainda hoje essencialmente as mesmas funções. Se as marcas corporais eram produzidas com a finalidade de sinalizar às pessoas que o seu portador era um ladrão, traidor ou escravo, alguém de status moral inferior, com quem deveria ser evitado qualquer contato mais próximo, evidentemente a sua imediata e inconfundível visibilidade era imprescindível. Não teria sentido produzir essas marcas em locais pouco visíveis nem serviriam marcas que facilmente poderiam ser confundidas com outros sinais corporais, congênitos ou adquiridos. (OMOTE, 2004, p. 294-295)

O estigma acaba por impor a segregação, cria o desviante. Howard S. Becker (2008, p. 22) define o desviante como alguém rotulado pela sociedade. Dessa forma, pessoas que não infringiram regras podem ser rotuladas como desviantes, assim como pessoas que infringiram regras podem não sê-lo. Acrescenta que: "O grau em que um ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele. Regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas do que a outras" (BECKER, 2008, p. 25).

Amilton Bueno de Carvalho (2013, p. 129), nesse sentido, revela que o direito penal é seletivo, servindo para punir o "outro", o "indesejado". Assim, o sistema penal se aplica de maneira distinta; uma forma de intervenção nos estratos sociais médios e superiores e outra nos inferiores. Ademais, os juízes tendem a esperar que as pessoas pertencentes aos estratos superiores estejam mais ligadas ao cumprimento das normas do que as dos estratos inferiores (BARATTA, 2011, p. 177-178). Logo, o direito penal é utilizado como forma de controle social e, nesse sentido, o estigma, que resulta do aprisionamento, mostra-se a ferramenta mais marcante de exclusão social.

> [...] as pessoas creem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade. A pena,

> se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não. (CARNELUTTI, 2013, p. 103)

Essa marca atinge todos que nela ingressam, como detentos, funcionários, pesquisadores ou visitantes. No que tange ao estigma do "delinquente", do "criminoso", este, uma vez constituído como tal, carregará essa mácula até o fim de seus dias. Afinal, o que define um criminoso a não ser a característica de ter cometido um crime (BECKER, 2008, p. 43)? Ao questionar quem seria um criminoso, Edwin H. Sutherland afirma que a resposta levanta outros questionamentos, uma vez que,

> [...] por quanto tempo é a pessoa que comete crime um criminoso? É durante o tempo em que está cometendo o crime, até "ter cumprido a pena", ou durante o resto da vida? Essa questão talvez não tenha importância e é difícil respondê-la sòmente por que usamos a palavra "criminoso" para estigmatizar aquele que viola a lei. No pensamento público, a palavra "criminoso" aplica-se geralmente só àqueles que são pela sociedade condenados ao ostracismo. (SUTHERLAND, 1949, p. 32)

O preconceito que uma pessoa sofre e o estigma carregado pela sua condição de ex-presidiária são um "fator inibidor" da possibilidade de que ela não volte a delinquir. Ademais, ao término da pena, o ex-detento concorrerá a vagas de trabalho com pessoas que não portam o estigma da criminalidade e deparar-se-á com o descrédito dos empregadores frente a sua condição (PINTO; HIRDES, 2006, p. 680-681). Isso ocorre porque, na opinião da sociedade, a possibilidade de que um criminoso venha a cometer novos crimes é presumida, uma vez que ele demonstrou ser uma pessoa "sem respeito pela lei" (BECKER, 2008, p. 43).

Nesse sentido, Guaraci Pinto e Alice Hirdes (2006, p. 682) afirmam: "O preconceito e os estigmas sociais inibem o preso de tomar qualquer iniciativa para ter uma vida não criminal, pois já estão condicionados a ela e sabem que o fruto de suas ações será reprovado e envolto em desconfiança, dúvidas e medos".

Para Michel Foucault (2011, p. 251), "A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, tem-se mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos [...]". No que tange à "ressocialização" do preso, uma agente penitenciária alega que "As pessoas são retiradas da sociedade, são colocadas em confinamento e saem dali com uma tacha" (SILVA, 2013, p. 34-35). A servidora afirma ainda que a sociedade exclui essas pessoas, uma vez que, ao se candidatarem para vagas em empresas, têm suas "fichas" consultadas e, automaticamente, são descartadas. Ela exemplifica dizendo que ao contratar alguém para trabalhar em uma casa como doméstica, tendo duas candidatas, uma ex-presidiária e outra não, emprega-se a sem passagem pelo sistema prisional. Porém as marcas do sistema penitenciário não atingem apenas a identidade social dos presos, igualmente atingindo a dos APs:

> Daí o fato de a condição fronteiriça vivenciada pelos agentes penitenciários torná-los desacreditáveis em alguns contextos extramuros, nos quais, trazer a público sua condição de custodiador pode torná-los depositários de um estigma, num movimento de deslocamento do estigma que originariamente cerca os presidiários. (SILVEIRA, 2009, p. 8)

A depreciação do trabalho penitenciário fica evidenciada na fala de um agente penitenciário. Ele conta que um colega seu somente fez concurso após a morte da mãe, que não aceitava que o filho "passasse a vida no meio de bandido" (VARELLA, 2012, p. 154). Na percepção da sociedade, a única diferença entre o agente penitenciário e o preso é o colete usado pelos carcereiros (MORAES, 2005, p. 163). Nesse sentido, Luiz Claudio Lourenço (2010, p. 16-17) afirma que o agente sofre um duplo estigma: extramuros e intramuros. O primeiro ocorre quando a sociedade descobre o seu ofício; o segundo refere-se à sua relação com o preso, que o percebe como um inimigo, "um indivíduo digno de desprezo e inimizade", uma vez que o agente é uma representação institucional de tudo que oprime o interno.

Logo, os APs, assim como os policiais militares ("porcos") e civis ("ratos"), recebem, popular e depreciativamente, apelidos relacionados a animais, no caso, às toupeiras (elas vivem em "buracos", recebem, como os burros, pecha de serem pouco inteligentes). Deve-se destacar, todavia, que o agente penitenciário, hoje, em diversos estados brasileiros, dentre os quais se destaca o Rio Grande do Sul, necessita ter como requisito educacional o nível superior completo.

2 As faces da estigmatização

Ao analisar os estudos sociológicos e históricos desenvolvidos sobre o sistema penitenciário, Pedro Rodolfo Bodê de Moraes (2005, p. 56) elucida que a dificuldade de desenvolver uma pesquisa cujo objeto de estudo diga respeito aos agentes penitenciários está diretamente relacionada com o fato de que a maioria dos trabalhos, na área prisional, tem seu foco no preso. O volume de pesquisas realizadas nessa área demonstra uma vitimização do preso em virtude de "uma estrutura social excludente e injusta" e, quando se referem aos agentes penitenciários, o fazem apenas para "reforçar o caráter negativo da instituição", pois aparecem como violentos e corruptos.

Tania Regina Armani Nery critica a interferência da mídia, a qual deprecia a classe desses servidores. Desconhecendo a sua realidade, a imprensa generaliza a categoria e transmite a imagem do servidor penitenciário de forma pejorativa:

> As notícias veiculadas passam a imagem de um servidor corrupto no que atende às solicitações da demanda carcerária em detrimento a questões éticas. Sabemos que

> situações existem, mas são pontuais, e o que observamos é toda uma classe rechaçada pela sociedade que, através de algumas situações, torna ineficaz todo um trabalho, sem considerar o aumento da população carcerária, as mudanças na legislação e outros fatores que deveriam ser revistos antes de se chegar a conclusões. (NERY, 2012, p. 98)

Durante os trabalhos da Subcomissão da Situação Carcerária do Rio Grande do Sul, o deputado estadual Jeferson Fernandes (2011, p. 327) declara que a corrupção parece intrínseca ao meio carcerário e que há muitos profissionais honestos. O deputado ressalta ainda que não há de se fazer uma generalização nesse sentido, pois, da mesma forma que existem servidores que se corrompem, há servidores que mantêm a sua integridade. Contudo, ele mesmo generaliza, na medida em que afirma: "Ouviu-se histórias de corrupção, que já parece intrínseca a este meio" (FERNANDES, 2011, p. 327). É necessário que se tome o devido cuidado, de forma a não se utilizar de preconceitos. Em todas as profissões podem ser encontrados bons e maus exemplos, não sendo pertinentes generalizações.

Quando não relacionadas à corrupção, as notícias veiculadas sobre os APs costumam se preocupar apenas em depreciar o trabalho carcerário, pouco valorizando a profissão. Afinal, as notícias, obras cinematográficas e de teledramaturgia apontam para fatos que fogem da normalidade: banalizam a imagem pejorativa dos servidores penitenciários (LOURENÇO, 2010, p. 14). Logo, o estigma carregado por eles influencia suas relações sociais:

> Embora o "estigma" (GOFFMAN, 1988) do trabalho carcerário possa não necessariamente marcar o corpo físico, invariavelmente afeta a vida dos indivíduos no que se refere às suas possibilidades de interação social, impondo padrões próprios de comportamento e sociabilidade. A categoria de agente penitenciário é sociologicamente tida como desacreditável. É dizer que no momento em que o agente passa a ser reconhecido como tal ele também passa a portar o estigma. A identificação com o trabalho carcerário traz ainda a incorporação e a visualização social do estigma decorrente dele. (LOURENÇO, 2010, p. 15)

Esse entendimento de que a mídia corrobora com o imaginário social sobre o serviço penitenciário desdenhoso, que apresenta servidoras desleixadas, é compartilhado pelas agentes penitenciárias, como afirma a AP Vitória:

> Eles têm a imagem, nos casos das mulheres, da mulher gorda, feia. Aí tu pode até fazer um comparativo da… com o pessoal da Polícia Civil. Até na mídia, por exemplo, sempre que aparecer uma delegada, uma inspetora, uma escrivã vai sempre aparecer mulheres belas, bonitas, lindas, maravilhosas, bem arrumadas, perfumadas, de salto.

> Sempre que colocarem o agente penitenciário, que eles não chamam de agente penitenciário, inclusive, chamam de carcereiro, que não é carcereiro. Carcereiro é uma coisa, agente penitenciário é outra. Vai sempre aparecer mulheres ou homens sujos, desleixados, mulheres gordas, feias. Então a sociedade em si tem uma péssima visão sobre o agente penitenciário.

Há tendência em atribuir imperfeições ao estigmatizado, a partir da imperfeição original, desenvolvendo-se as crenças ligadas ao estereótipo (GOFFMAN, 1998, p. 15). Ou seja, como se não bastasse a associação ao ambiente da prisão e à marginalidade, verifica-se a presença do estigma carregado pela categoria de agentes penitenciários, em virtude de características que lhe são atribuídas (corrupção e violência, dentre outras). A má fama do trabalhar na prisão e a influência nas relações sociais restam evidenciadas quando uma agente penitenciária, durante entrevista, relata que a posse do cargo foi um dos motivos que causou a sua separação conjugal, uma vez que o marido se negou a aceitar a nova profissão, afirmando que os seus colegas seriam "um bando de sem-vergonhas" (SILVA, 2013, p. 40). Nesse sentido:

> Tal situação, portanto, leva a crer que o agente penitenciário carrega com ele um estigma nas relações sociais extramuros, uma vez que a sua imagem está relacionada ao seu "vínculo" de pertencimento institucional. Diante disso, se, no cotidiano extramuros ele é estigmatizado a partir do momento em que é descoberto o seu ofício, fica clara, também, a razão pela qual alguns entrevistados optam pela estratégia do encobrimento, tratando-se de uma tentativa de reduzir ao máximo possível o descrédito que recai sobre si, nos contatos sociais mistos [...]. (BRANDT, 2015, p. 208)

Ainda, no que tange à definição da imagem e atribuição de características a essas servidoras, uma agente penitenciária, antes de entrar em exercício na função, afirma, com fundamento em uma verdade conhecida a partir de notícias veiculadas na televisão, o que pensava sobre a categoria:

> Eu imaginava sei lá! Eu imaginava o que a TV mostra, como tu vê na novela. Assim né, como tu vê nos filmes, que o agente penitenciário é grosso, que é mal-educado, que é meio relaxado que as mulheres agentes são machorras, são homossexuais [...]. (AP Bruna)

Tal entendimento permanece presente nas falas das servidoras quando questionadas sobre a imagem que a sociedade tem da agente penitenciária:

> Ah! Resumindo assim, é o que tu vê na televisão, né? Por exemplo, o que deu na última novela [Babilônia, exibida pela Rede Globo entre março e agosto de 2015,

> em que havia uma personagem de uma agente penitenciária de aparência tida como masculina e corrupta]. É aquela carcereira brutamontes, sem noção, que é... sabe? Que bate nas presas, que não tá nem aí. É o que eu vejo da sociedade, é isso. Eles não veem trabalhando como a gente faz, né? Aí, não, e vai lá, e entra numa cela e acalma a presa, e conversa, e senta aqui e tá-tá-tá. Não, a gente dá-lhe pau, a gente manda elas calar a boca, a gente não faz nada por elas, é isso que a sociedade vê. (AP Marcela)

As agentes penitenciárias têm sua figura assemelhada à força e à violência. Quando se apresentam como tais, recebem expressões de surpresa, pois sua aparência não condiz com a reprodução do imaginário dos civis:

> Não, até eu acho assim, aqui tu diz que é agente penitenciário e as pessoas, às vezes reagem assim: "Ah! Trabalha no presidio, tu?". Eles acham que a pessoa tem que ser grande, tem que ser forte, aí eles: "Ai! Tão pequenininha e como é que é?", sabe? É mais ou menos essa reação que a maioria das pessoas tem comigo, né? (AP Laura)

No mesmo sentido:

> [...] eu já senti um estranhamento pela parte de ser mulher, de rotularem que menina bonita e delicada, e acharem que é uma profissão de força. Por acharem que é uma coisa assim de homem: "Mas tu, tu não tem cara". Não tem cara, né? Não é porque tu sai daqui e põe um salto, uma roupa mais social, menos de... que mostra, que tu veste uma farda e que tu és menos, mas eu acho que é, assim, muita força assim. Parece que tu não tem força para isso assim, só nesse sentido assim, não sei se seria uma coisa boa ou ruim, mas são nesse sentido, esses estranhamentos assim. (AP Sofia)

A agente penitenciária gera mais surpresa ao se apresentar como tal: "'Não dá pra acreditar que tu é agente penitenciária'; 'tá, mas por quê?'; 'ai, porque tu é tão diferente;' 'diferente do quê?', 'diferente daquilo que a televisão mostra'" (AP Helena). Esse é o diálogo recorrente durante a revelação da profissão, afinal, a atividade é vista como masculina (SILVA, 2016, p. 53).

Para Erving Goffman, durante os "contatos mistos" – momentos em que os normais e os estigmatizados se encontram –, "o indivíduo estigmatizado pode descobrir que se sente inseguro em relação à maneira como os normais o identificarão e o receberão" (GOFFMAN, 1998, p. 22-23). Essa insegurança fica evidente quando uma agente penitenciária entrevistada afirma que, perguntada sobre sua profissão, responde ser professora, forma de evitar comentários sobre assuntos relativos ao cárcere e estigmatização decorrente da profissão:

> Geralmente quando me perguntam onde eu trabalho, pelo meu biótipo, eu não digo que sou agente penitenciária, talvez seja uma negação. Eu tenho prazer em dizer que eu sou agente penitenciária em determinados lugares aonde eu vou. Pessoas que eu sei que não vão ver com bons olhos, eu digo que sou professora. "Tu trabalha onde?" Eu sou professora e moro em Porto Alegre, e não falo mais. Porque as pessoas só querem saber, se elas estão lá. Elas têm essa visão ruim. Elas não querem que as presas comam bem, elas não querem que as presas estudem, elas não querem que as presas tenham nada. A sociedade não quer, elas querem isso, e isso é um choque. Tu tem que aprender a lidar com isso. (AP Priscila)

Os agentes penitenciários ainda podem ser estigmatizados em virtude de enfermidades que desenvolvem em decorrência do trabalho:

> Em um segundo momento, os agentes penitenciários tornam-se passíveis de outro tipo de estigma decorrente de psicopatologias do trabalho, tais como: insônia, nervosismo, depressão, estresse, paranoia, dependências químicas. Donde passam a ser estigmatizados pelos próprios colegas de profissão, pelos quais passam a ser chamados, pejorativamente, de "xaropes", "beberrões" ou "gardenal". Não obstante reconheçam que "a classe dos agentes necessita de acompanhamento, todos [os agentes penitenciários] necessitam. Procuro ajuda, conversar, desabafar, o que para o agente é algo necessário" (agente penitenciário). (SILVEIRA, 2009, p. 8)

Nesse sentido, quanto à saúde dos agentes penitenciários gaúchos, dados coletados pela pesquisa realizada acerca do "Perfil, estresse e qualidade de vida dos servidores penitenciários", no que tange à percepção de sua saúde pelos servidores, revelam que apenas 27% dos servidores entrevistados não se consideram saudáveis. Todavia, quando questionados acerca de sua percepção sobre a saúde dos colegas, 36% classificam-na como ruim. Assim, verifica-se, "a percepção de que os colegas estão doentes é maior que a percepção acerca de seu próprio adoecimento (27%)" (ROSA, 2012, p. 263-278).

Em relação à questão de possuir sintomas, 43% dos entrevistados responderam de forma afirmativa. Quanto ao tipo de sintoma percebido, "foi mencionado que 59% desses sintomas são do tipo psicológico, 29% do tipo físico e 7% do tipo misto; sendo que 5% não responderam, provavelmente por dificuldade de identificar em si o mesmo sintoma e seu tipo" (ROSA, 2012, p. 264-265). Por fim, a pesquisa demonstra que 38% dos participantes apresentam diagnóstico de estresse (ROSA, 2012, p. 279).

Apesar de a pesquisa ter sido desenvolvida no estado do Rio Grande do Sul, seus resultados demonstram a realidade vivida pela classe de APs. Condições semelhantes às expostas são verificadas também pelos servidores do estado do Paraná:

> O alto grau de estresse e seus reflexos negativos físicos e psíquicos também são constatáveis entre os agentes penitenciários do Departamento Penitenciário do Estado do Paraná. No entanto, os agentes penitenciários não falaram sobre essa questão com a facilidade que havíamos suposto, principalmente quando instados a falar de si mesmos, sendo mais fácil falar dos outros ou do conjunto dos agentes penitenciários como "doentes", "cheios de problemas" em função do desgaste no trabalho etc. Mas os códigos de virilidade e necessária demonstração de que são fortes e "agüentam qualquer parada", bem como o medo da estigmatização advinda de sua possível classificação como nervoso (DUARTE, 1984; SELIGMANN-SILVA, 1994), falam primeiro e mais alto. (MORAES, 2005, p. 226-227)

No que tange ao desgaste físico e mental do trabalho penitenciário, em virtude da grande movimentação e do baixo efetivo, o volume de trabalho na PFMP é considerado muito maior do que nas outras prisões em decorrência da arquitetura da penitenciária e do fato de concentrar as apenadas grávidas (o que determina a formação de várias escoltas). Na opinião das APs, a prisão feminina, em especial a que abriga gestantes, exige muito delas:

> Mas assim, o negócio de trabalhar, da saúde do trabalhador, tipo isso não existe de saúde do trabalhador. É mais que não dormir à noite toda e tu ficares rodando e fazer quarto de hora e fica o dia todo na cadeia trabalhando, porque nós trabalhamos muito aqui. Eu trabalhei em Caxias, mas não trabalha um terço do que a gente trabalha aqui, não tem que ir nessas escoltas. Essas mulheres é muito trabalho. E daí tu chegas, às onze da noite tem que ir na cama descansar um pouco, quando tu consegues descansar, porque teu corpo está a mil, né? A adrenalina está a mil pelo teu dia todo, né? Aí tu tens que vir fazer o quarto de hora e, quando não tens que fazer o quarto de hora, tens que ir para o hospital porque tem uma presa passando mal, tem presa grávida tendo neném, é assim. (AP Sofia)

A deficiência no número de APs que compõe o efetivo da casa é crucial para a precariedade da situação dessas trabalhadoras. Não há horários de almoço e de intervalo durante o dia, as agentes descem ao refeitório, almoçam e retornam para que as colegas possam almoçar também. Elas se revezam, algumas servem seus pratos e retornam, comem no próprio posto:

> É, o efetivo é baixo, né? A gente não tira uma hora de almoço, muita gente come dentro do posto onde tá, ou se tá na portaria, come na portaria, se tá no posto, come no posto, ou então a gente se reveza, porque a gente não pode deixar o posto sozinho, fechar o posto e vamos comer e pronto. Não, não vai, quando um sai o outro fica. É... às vezes,

> quando tem uma escolta, a gente fica quebrado, porque já tá baixo o efetivo, aí desloca alguém de um posto pra fazer uma escolta. (AP Juliana)

Além disso, as idas ao banheiro para satisfazer necessidades básicas são reduzidas. As APs vão pouquíssimas vezes ao banheiro, só conseguem fazer isso quando a movimentação acalma, momento em que avisam as colegas que precisam ir e se dirigem até lá, acompanhadas pelo pensamento de logo retornar e pela preocupação de que as colegas possam precisar de sua ajuda durante sua ausência no posto (SILVA, 2016, p. 132).

Desde 2006, a insalubridade do ambiente e a falta de limpeza e de materiais de higiene eram citadas pelas agentes penitenciárias como um problema (WOLFF, 2007, p. 86). No que tange aos espaços para repouso das APs, destinados aos momentos de "descanso": "Este alojamento pouco difere da estrutura prisional vivida pelas apenadas, quanto a sua localização, infraestrutura e acomodações, fazendo com que a agente penitenciária viva, na subjetividade, uma forma de encarceramento" (WOLFF, 2007, p. 85). Assim, as agentes que estão em horário de folga ou em momento de descanso do plantão encontram-se em acomodações precárias, improvisadas e semelhantes às das presas (SILVA, 2016, p. 136).

No que tange à questão da (falta de) estrutura prisional, presos e APs estão expostos ao confinamento no mesmo espaço fechado, ao frio glacial que suportam no inverno, aos odores, ao mau sustento, ao medo, à insegurança e à exclusão social (MORAES, 2005, p. 163). Afinal, para conhecer as condições de vida em um presídio, não é necessário entrar nas galerias e nas celas, basta verificar os alojamento e refeitórios dos agentes penitenciários.

Drauzio Varella, ao explicar os motivos que possibilitaram que os agentes penitenciários o aceitassem "como personagem do meio, ou do 'Sistema'", menciona que: "A natureza do trabalho dos guardas de presídio pouco os diferencia da condição do prisioneiro, exceto o fato de que saem em liberdade no fim do dia, ocasião em que o bar é lenitivo irresistível para as agruras do expediente diário" (VARELLA, 2012, p. 16). Foi a interação com eles, neste momento, a razão de sua aceitação. No que tange às questões sobre o envolvimento dos agentes penitenciários com o álcool, Drauzio Varella (2012, p. 104) define a cachaça como uma das válvulas de escape do agente penitenciário, sendo a mulher a segunda. Relata, entre diversos casos de envolvimento dos servidores com o álcool, que é no bar, depois do primeiro gole, que o agente penitenciário sai do inferno e chega ao paraíso:

> Assim descreveu a sensação que lhe trazia o bar no fim do expediente um moreno alto, jovem ainda, que dava plantão no setor do Amarelo com um pedaço de cano nas mãos, para lá e para cá, o tempo todo, dois anos mais tarde afastado para tratamento psiquiátrico no Hospital do Servidor. (VARELLA, 2012, p. 115)

Afirma ainda: "Nesse contexto estão reunidas as condições que os especialistas definem como fatores de risco para o alcoolismo" (VARELLA, 2012, p. 116). E acrescenta:

> Descontados os casos mais dramáticos de dependência, muitos fazem uso regular do álcool como relaxante e antidepressivo, passo inicial para o consumo compulsivo. Não é que a profissão atraia pessoas com tendência a desenvolver alcoolismo, quase todos eram abstêmios ou bebiam muito pouco antes do emprego na cadeia. (VARELLA, 2012, p. 116)

Verifica-se que, além dos estigmas criados a partir de características atribuídas pela sociedade ao serviço penitenciário, as agentes ainda estão expostas a uma segunda espécie de estigmatização, advinda das doenças que podem ser desenvolvidas a partir do exercício de suas funções.

3 A discriminação das "carcereiras"

Além de desvalorizadas e de carregar o estigma de carrascas, torturadoras, corruptas, as APs são discriminadas[3] pela sociedade. Estudo realizado por Luiz Claudio Lourenço, na região metropolitana de Belo Horizonte, revela que 61,8% dos agentes penitenciários sofreram discriminação. Um destes revelou que: "Trabalhar na cadeia é diferente, o pessoal não é visto da mesma forma. Aqui mesmo na faculdade tem professor e aluno que têm até medo da gente" (LOURENÇO, 2010, p. 26). Ele afirma ainda que os agentes relatam sofrer diversos tipos de discriminação decorrente de cor da pele, local de moradia e origem social, além da profissão:

> A percepção experimentada por estes indivíduos cotidianamente é que, além de ser pobre, morar em bairro perigoso da periferia, e ter a pele escura, eles trabalham na prisão. Se para cada característica já existe um preconceito, com o acúmulo delas este preconceito também se acumula e se potencializa. Nesse sentido, o estigma de agente penitenciário une com grossas correntes todas estas demais dimensões discriminatórias vivenciadas por este trabalhador. (LOURENÇO, 2010, p. 26-27)

Pedro Rodolfo Bodê de Moraes apresenta outros dois motivos distintos de discriminação relatados por agentes penitenciários. Primeiro, o caso dos "vigilantes", pessoas contratadas para exercer as funções de segurança nas unidades prisionais terceirizadas do Paraná. Conhecidos como "pangarés", são discriminados tanto pela massa carcerária quanto

3 Roger Raupp Rios (2008, p. 20) define o conceito jurídico de discriminação como "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública".

pelos agentes penitenciários, que não os reconhecem como pertencentes à sua classe de trabalhadores (MORAES, 2005, p. 207-208).

Segundo, há relatos de servidores que sofrem discriminação no seio de sua própria família, eis que o trabalho desenvolvido, a convivência com "a pior classe" (presos) e os baixos salários não são bem vistos. Por pertencer a classe social superior à dos colegas, um agente discriminou-os e, posteriormente, foi discriminado pela própria família (MORAES, 2005, p. 213-214).

No que tange às mulheres que desempenham essa função, além da discriminação por trabalhar no meio penitenciário, elas ainda sofrem distinção dentro da própria instituição, que impede o exercício de suas funções na área da segurança. As agentes penitenciárias gaúchas revelaram que, quando fazem plantões em instituições de tratamento penal masculinas, ficam restritas ao desempenho de atividades administrativas, como se fossem "auxiliares de escritório", "preservadas" pelos colegas homens que desempenham as atividades relativas à segurança (SILVA, 2013, p. 24). Dessa maneira, afirma uma agente penitenciária:

> Então, muitos colegas ficam muito preocupados com a situação de tu ser mulher e tu estar lá dentro daquele ambiente e de acontecer alguma coisa, um preso te dizer alguma besteira e eles terem que tomar alguma atitude, faltar com respeito. Coisa que comigo, eu já entrei, já fiz revista, já participei lá dentro e nunca houve nada. [...] mas só foi permitido para mim entrar lá dentro, no momento em que não tinham homens suficientes para fazer o trabalho. Não era uma coisa rotineira. Quer dizer, tudo era proibido ir, mas no momento que a situação exigiu, eu fui porque não tinham pessoas, homens suficientes para ir. (AP Bianca)

No mesmo sentido:

> Aqui [PFMP] é a gente que faz, a gente nós mulheres, lá é o homem, certas colegas não gostam que fale isso. Eu acho que a mulher no presídio masculino é mais um auxiliar de escritório, a única coisa que é igual é o trabalho na sala de revista. Eu falo pela PASC. Lá quem entra em galeria, quem faz a parte operacional são os colegas homens. As mulheres são preservadas. (AP Soraia)

Essa "preservação" das mulheres pelos colegas homens contribui para a manutenção da dominação masculina, para a estigmatização e discriminação da mulher pela sua condição feminina:

> [...] a própria proteção "cavalheiresca", além de poder conduzir a seu confinamento ou servir para justificá-lo, pode igualmente contribuir para manter as mulheres afastadas

> de todo contato com todos os aspectos do mundo real "para os quais elas não foram feitas" porque não foram feitos para elas. (BOURDIEU, 2011, p. 77)

Logo, verifica-se a posição hegemônica dos homens que utilizam estigmas para promover desigualdade na instituição. Nesse sentido, afirmam Richard Parker e Peter Aggleton (2001, p. 16): "[...] o estigma é empregado por atores sociais reais e identificáveis que buscam legitimar seu próprio status dominante dentro das estruturas de desigualdade social existentes".

São observados, nos casos antes descritos, os traços da dominação masculina sob as servidoras quando as mulheres são excluídas das "tarefas mais nobres", bem como a atribuição de "tarefas penosas, baixas e mesquinhas" (BOURDIEU, 2011, p. 34). Afinal, na concepção da dominação masculina,

> Cabe aos homens, situados do lado do exterior, do oficial, do público, do direito, do seco, do alto, do descontínuo, realizar todos os atos ao mesmo tempo breves, perigosos e espetaculares, como matar o boi, a lavoura ou a colheita, sem falar do homicídio e da guerra, que marcam rupturas no curso ordinário da vida. As mulheres, pelo contrário, estando situadas do lado do úmido, do baixo, do curvo e do contínuo, vêem ser-lhes atribuídos todos os trabalhos domésticos, ou seja, privados e escondidos, ou até mesmo invisíveis e vergonhosos, como o cuidado das crenças e dos animais, bem como todos os trabalhos exteriores que lhes são destinados pela razão mítica, isto é, os que levam a lidar com a água, a erva, o verde (como arrancar as ervas daninhas ou fazer a jardinagem), como o leite, com a madeira e, sobretudo, os mais sujos, os mais monótonos e mais humildes. (BOURDIEU, 2011, p. 41)

Por sua vez, na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, o trabalho é desenvolvido por quatro turmas de agentes que se revezam no regime de vinte e quatro horas de trabalho por setenta e duas horas de descanso. Cada turma é formada por uma média de dez APs. Nesse sentido, há apenas dois homens por plantão, com exceção de uma turma em que há apenas um. Os APs também têm o desenvolvimento de suas funções restritas no estabelecimento feminino, normalmente, resumidas às atividades de motoristas e auxiliares na portaria e no portão administrativo. Eles apenas sobem para as galerias em situações consideradas de urgência e gravidade. Quando a força se faz necessária para a contenção das presas (brigas, resistência ativa ao cumprimento de ordens, por exemplo), eles auxiliam as colegas. Os APs evitam ficar a sós nos ambientes com as presas para prevenir acusações de assédio.

Dessa forma, verifica-se que a prática na Penitenciária Feminina mantém os estereótipos referidos, uma vez que os homens permanecem nas funções de "proteção", "força", "virilidade". Sua permanência é justificada pela necessidade de "salvaguarda" das colegas. Ainda, sua

estada nos andares inferiores e os obstáculos ao seu contato direto com as detentas nas galerias reflete, mais uma vez, tanto a "fragilidade" das mulheres presas diante de sua presença quanto a própria reafirmação de estigmas decorrentes de práticas antigas das prisões, quando os guardas homens utilizavam-se frequentemente das apenadas para satisfazer desejos sexuais.

Verifica-se que, na posição de AP, ambos acabam sendo rotulados e discriminados, um por sua condição de vulnerabilidade e necessidade de proteção, o outro pela agressividade e imposição de suas vontades, associadas ao gênero que representam.

Assim, entende-se que a estigmatização e a discriminação devem ser reconceituadas e não analisadas sob uma ótica individual, como "um tipo de coisa". Precisa-se entendê-las como ferramentas de poder e de dominação utilizada para promover a exclusão social desses grupos marginalizados e, somente assim, a partir desse reconhecimento, conseguir-se-á promover intervenções para combater a epidemia do estigma, discriminação e negação (PARKER; AGGLETON, 2001).

Isso posto, percebe-se que a discriminação interseccional – decorrente da participação concomitante em diversas categorias – é uma realidade presente para essas servidoras, as quais sofrem discriminação por sua profissão, somada ao pertencimento de classe social, orientação sexual, racial, entre outras.

Conclusão

Apesar de o significado da palavra "estigma" modificar-se com o tempo, ele continua sempre relacionado a um atributo negativo que seu portador carrega. Nesse sentido, o estigma mantém sua função inicial de promoção de exclusão social, afinal, é a representação de uma "identidade social deteriorada".

Independentemente do cumprimento de sua pena e da quitação de sua dívida com a "justiça", a ex-presidiária carregará essa mácula até o fim de seus dias. As oportunidades de emprego estarão restritas ou, até mesmo, não existirão. A "criminosa" será rotulada mesmo que tenha cometido um delito de pouca significância. As marcas do presídio sempre a acompanharão.

Contudo, verifica-se que essas marcas não atingem somente os que nela ingressam para cumprir pena. Ou seja, não só as detentas, mas também as que nela trabalham carregam o estigma penitenciário. O desempenho laboral no ambiente carcerário possui reflexos na vida das APs, tanto intra quanto extramuros.

Percebe-se, assim, que essas servidoras costumam ser estigmatizadas pelos "normais". Estes não só vinculam a imagem das agentes penitenciárias à das detentas, como também atribuem à sua personalidade características como corrupção, violência e "perversão", como a homossexualidade (em especial no caso das mulheres). Além dessa estigmatização, as servidoras acabam igualmente sendo estigmatizadas em virtude de patologias desenvolvidas a partir do exercício de suas funções nas instituições de tratamento penal. Com isso, terminam confundidas com as criminosas, vistas como bêbadas, estressadas, insanas etc.

Como se não bastassem os estigmas carregados pela categoria, o trabalho penitenciário está vinculado a diversos casos de discriminação, seja pela sociedade, pela própria instituição prisional, ou pelas famílias e amigos das próprias APs. A funcionária pública está constantemente exposta à mácula que carrega e tem seus direitos violados.

Dentro das instituições prisionais, entre as profissionais, verifica-se ainda que há uma tentativa de manutenção da dominação masculina, de forma que os agentes penitenciários do sexo masculino limitam as funções a serem exercidas pelas APs mulheres e, ao mesmo tempo, têm suas funções limitadas quando desempenhadas em prisões femininas. Nesse sentido, elas ficam restritas à execução de tarefas consideradas "administrativas", seguras, longe do "fundo da cadeia", não podendo realizar os procedimentos relativos à segurança. Já eles têm a função de proteger as colegas quando as situações exigirem o uso da força e seu contato com as presas restrito para que não "abusem" de sua condição. Verifica-se a utilização do estigma e da discriminação como ferramentas de poder, objetivando a manutenção da dominação existente, entre classes sociais e gêneros.

Logo, o desrespeito aos direitos humanos das servidoras públicas que trabalham nas prisões acontece de diversas formas e é real para pessoas que vivem em um ambiente no qual a qualidade mínima necessária para uma vida decente não existe, em que há desrespeito às normas de higiene. O mesmo desrespeito que sofrem as presas, sofrem também as APs, com a diferença de que estas se afastam do inóspito ao término do expediente.

Por fim, cumpre ressaltar o desrespeito que toda população sofre ao não perceber garantidos seus direitos humanos de segunda geração (ditos sociais: saúde, educação, lazer etc.); isso também é realidade na vida das APs (das presas e das pessoas pobres). Somem-se outras formas de discriminação, como a violência simbólica que as mulheres agentes sofrem (tal qual as demais mulheres).

Conclui-se que o estigma penitenciário promove a exclusão social não só das presas e das egressas, mas também das servidoras que trabalham nas instituições de tratamento penal. Não é talvez exclusividade delas essa exclusão, mas isso certamente se agrava pelas peculiaridades relativas à profissão.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECKER, Howard S. *Outsiders*: Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BRANDT, Marisol de Paula Reis. Saber e habitus profissional do ex-agente de segurança penitenciária de São Paulo. *Textos & Debates*, Boa Vista, v. 1, n. 27, p. 197-209, jan.-jun. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Nilobook, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas*: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CHIES, Luiz Antônio Bogo et. al (Coord.). *A prisionalização do agente penitenciário:* um estudo sobre encarcerados sem pena. Pelotas: Educat, 2001.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade.* Rio de Janeiro: Record, 2005.

FERNANDES, Jeferson. Situação carcerária no Rio Grande do Sul. In: Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos (Org.). *Relatório Azul 2011*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, p. 319-328, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GOFFMAN, Erving. *Estigma:* notas sobre a manipulação de identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss de lexicografia e banco de dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.* 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

KALINSKY, Beatriz. El agente penitenciario: la cárcel como ámbito laboral. *Runa*, v. 28, p. 43-57, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/pdf/runa/v28/v28a03.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2013.

LOURENÇO, Luiz Claudio. Batendo a tranca: Impactos do encarceramento em agentes penitenciários da Região Metropolitana de Belo Horizonte. *Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 3, n. 10, p. 11-31, out.-dez. 2010. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/ 7181/5760>. Acesso em: 1º jun. 2013.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

NERY, Tânia Regina Armani. Falando de perfil. *Da ética à poética do ser servidor penitenciário*. Porto Alegre: Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas, p. 63-102, 2012.

OLIVEIRA, Luciano. Relendo vigiar e punir. *Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 4, n. 2, p. 309-338, abr.-maio-jun. 2011. Disponível em: <http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/Dilemas-4-2Art5.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2014.

OMOTE, Sadao. Estigma no tempo da inclusão. *Rev. Bras. Ed. Esp.*, v. 10, n. 3, Marília, p. 287-308, set.-dez. 2004. Disponível em: <http://www.abpee.net/homepageabpee04_06/artigos_em_pdf/revista10 numero3pdf/ 3omote.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2015.

PARKER, Richard; AGGLETON, Peter. *Estigma, discriminação e AIDS*. Rio de Janeiro: ABIA, 2001. Disponível em: <http://www.abiaids.org.br/_img/media/colecao%20cidadania%20direito.pdf>. Acesso em: 3 out. 2014.

PINTO, Guaraci; HIRDES, Alice. O processo de institucionalização de detentos: perspectivas de reabilitação e reinserção social. *Esc. Anna Nery*, v. 10, n. 4, p. 678-683, out.-dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ean/v10n4/v10n4a09>. Acesso em: 6 jan. 2015.

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

ROSA, Lutiana Ricaldi da. Relato de pesquisa: perfil, estresse e qualidade de vida de servidores penitenciários. In: NERY, Tânia Regina Armani (Org.). *Da ética à poética do ser servidor penitenciário*. Porto Alegre: Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas, p. 201-296, 2012.

RUDNICKI, Dani. Notas sobre a formação de agentes penitenciários. In: DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). *O direito e as ações políticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 159-173, 2015a.

_____. Os oficiais da Polícia Militar que comandam o Presídio Central de Porto Alegre. *O público e o privado*, Fortaleza, v. 26, p. 177-206, 2015b.

SILVA, Joana Coelho da. *Transpondo estigmas*: o cotidiano das agentes na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. 2013. 93 f. Monografia (Bacharelado) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Curso de Direito, Canoas, 2013.

_____. *Efeitos do cárcere*: o mundo prisional vivido pelas agentes penitenciárias. 2016. 165 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Direito, Porto Alegre, 2016.

SILVEIRA, Josilei Terezinha. "Se tirar o colete não dá pra saber quem é agente": trabalho, identidade e prisionização. *Sociologia & Política. I Seminário Nacional Sociologia & Política UFPR*. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/site/evento/SociologiaPolitica/GTs-ONLINE/GT4/EixoII/tirar-colete-JosleiSilveira.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de criminologia*. São Paulo: Martins, 1949.

VARELLA, Drauzio. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WOLFF, Maria Palma. *Mulheres e prisão:* a experiência do Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

Dani Rudnicki

Doutor em Sociologia (UFRGS). Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado em Direito) do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter).

danirud@hotmail.com

Gilberto Schäfer

Doutor em Direito (UFRGS). Professor do Programa de Pós-graduação (Mestrado em Direito) do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Juiz de Direito.

schafer@via-rs.net

Joana Coelho da Silva

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Advogada.

jocoelho.s@gmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 11.05.2016
Aprovado: 10.05.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201725

A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários

THE DISTANCE BETWEEN DETENTION ORDER AND PSYCHIATRIC REFORM LAW: THE DIFFICULTY TO GUARANTEE TO LEGAL PATIENTS THE RIGHT TO FREEDOM

Alessandra Mascarenhas Prado[1] *e Danilo Schindler*[2]

Resumo
A medida de segurança, disciplinada pelo Código Penal brasileiro e pela Lei de Execução Penal, segue a lógica da internação como regra, em descompasso com o modelo assistencial em saúde mental disciplinado pela Lei de Reforma Psiquiátrica. Faz-se necessário refletir sobre essa intervenção e consequências em relação aos pacientes dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP). Assim, a pesquisa realizada objetivou identificar as dificuldades existentes para a desinternação de pacientes do HCTP/Bahia. Para tanto, mediante estudos descritivos e exploratórios, foi realizada pesquisa quantitativa e qualitativa a respeito dos efeitos da medida de segurança executada à luz da legislação penal vigente no HCTP/Bahia. Concluiu-se, por fim, que se faz urgente a revisão do modelo atual de medida de segurança, por dificultar a reintegração do ex-paciente do HCTP à vida em liberdade, e a necessidade de adequação do tratamento legal do infrator com transtorno mental à política de saúde mental traçada na Lei de Reforma Psiquiátrica.

Palavras-chave
Medida de segurança; reforma psiquiátrica; hospital de custódia; desinternação.

Abstract
The Criminal Code and the Criminal Execution Law prescribe the compulsory hospitalization, following the logic of internment as a rule, in disagreement with the model of attention in mental health disciplined by the Psychiatric Reform Act. It is necessary to reflect upon this intervention and consequences in relation to the patients of the Custody and Psychiatric Treatment Hospitals (HCTP). Thus, the research conducted aimed to identify the existing difficulties for social reintegration of HCTP/Bahia patients. In order to do so, through exploratory and descriptive studies, a quantitative and qualitative research was executed regarding the effects of the compulsory hospitalization implemented in accordance with the criminal legislation at HCTP/Bahia. It was concluded how urgent is the revision of the current model of criminal law intervention, due to the difficulties to guarantee patients freedom and their reintegration, and the need to adapt the legal treatment of the mentally ill persons to the mental health policy outlined in the Psychiatric Reform Law.

Keywords
Compulsory hospitalization; psychiatric reform; custody and psychiatric hospital.

1 Universidade Federal da Bahia
Salvador – BA – Brasil

2 Universidade Federal da Bahia
Salvador – BA – Brasil

CC BY-NC

Introdução

A medida de segurança, conforme disciplinada pela legislação penal brasileira, representa a intervenção estatal na liberdade do indivíduo inimputável em razão de doença mental, que cometeu fato típico e antijurídico, à qual se atribui a função de tratamento, visando preservar a sociedade do perigo que o indivíduo representa.

Atualmente, conforme determina o Código Penal (art. 26), a medida de segurança aplica-se, em regra, aos inimputáveis que, em razão de doença mental, eram ao tempo do crime incapazes de entender e de se manifestar de acordo com seu entendimento; ou às pessoas que, em razão de um retardo mental ou desenvolvimento mental incompleto não eram ao tempo do crime inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do seu ato ou de se manifestarem de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).[1]

Com base na análise da legislação penal, especificamente, do art. 97 do Código Penal, considerando as espécies de medida de segurança previstas – internação e tratamento ambulatorial –, verifica-se que a primeira é aquela que, em regra, deve ser aplicada pelo juiz, ao passo que o tratamento ambulatorial deve ser exceção. Ou seja, o juiz só poderá determinar o tratamento extra-hospitalar se o fato previsto como crime for punível com detenção.

No tocante aos fundamentos que a legitimam, enquanto a pena está pautada no conceito de culpabilidade, a justificativa para a adoção da medida de segurança é a periculosidade presumida, fruto da influência da Escola Positiva (BRUNO, 1977), o que merece ser questionado uma vez que as ciências da saúde, como a Psiquiatria, fazem novas descobertas e promovem avanços no conhecimento e no tratamento das doenças mentais (BARROS-BRISSET, 2011; MARCHEWKA, 2004; GRACIA MARTÍN, 2007; PERES; NERY FILHO, 2002).

Verifica-se, ademais, que as novas perspectivas de tratamento – de medicalização e outras terapias utilizadas – acarretaram, no âmbito das Ciências da Saúde, uma mudança de perspectiva também no que diz respeito às políticas públicas que, por muito tempo, valorizaram a internação da pessoa com transtornos mentais (JACOBINA, 2008; TENÓRIO, 2002).

No Brasil, seguindo influência do movimento da luta antimanicomial ocorrido na Itália, liderado por Franco Basaglia, foi promulgada a Lei n. 10.216/2001, denominada Lei de Reforma Psiquiátrica, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Trata-se

1 Ainda que não seja objeto deste artigo, cumpre mencionar que o Código de Processo Penal (art. 319) prevê medida que se assemelha à medida de segurança, que pode ser adotada ao longo do processo, isto é, a internação detentiva, prevista como medida cautelar diversa da prisão, aplicável nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser o réu inimputável ou semi-imputável (BRASIL, 1941).

de reconhecer a pessoa com transtorno mental como sujeito de direitos, do direito a um tratamento não institucionalizador e violento.[2]

Dessa forma, a medida de segurança precisa ser repensada à luz da reforma psiquiátrica, que se coloca como um contraponto ao discurso e à práxis da hospitalização, que, na seara criminal, tem sua base legal no art. 97 do Código Penal.

É importante, portanto, refletir sobre as características da medida de segurança cumprida em um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que a legislação penal formalmente ainda legitima como busca do ideal de defesa social contra ato ilícito cometido pelo louco infrator, para que se possa analisar a distância que a separa da aplicação da Lei de Reforma Psiquiátrica, e o conflito existente entre essa prática encarceradora e a garantia de direitos das pessoas com transtorno mental.

Este artigo, então, objetiva examinar as dificuldades encontradas para a desinternação de pacientes do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico da Bahia (HCTP/ BA), e assim verificar a importância da harmonização da legislação penal com a Lei de Reforma Psiquiátrica para garantia de direitos da pessoa com transtornos mentais que pratica conduta considerada crime.

Em um primeiro momento, realizou-se um estudo descritivo, sob uma perspectiva crítica, consistente em revisão bibliográfica e análise da legislação e de decisões dos tribunais relacionadas à disciplina legal da medida de segurança e da desinternação, como etapa em que deve se efetivar a reinserção social do paciente judiciário.

Em um segundo momento, foram executados o levantamento e a análise de documentos relacionados a pacientes do HCTP/BA que se encontravam em processo de desinternação, com o intuito de identificar as consequências da aplicação da medida de segurança nos moldes previstos na legislação penal e seu contraponto com o disposto na Lei n. 10.216/2001.

Nesse particular, analisaram-se 17 casos de pacientes judiciários do HCTP/BA, que se encontram na situação de abandono sociofamiliar. Foram, então, avaliadas as decisões judiciais de desinternação, como também as seguintes variáveis em relação aos pacientes e à sua situação sociojurídica: gênero; data de admissão no hospital; vínculos sociais; e medidas adotadas para viabilizar a desinternação.

Os resultados da pesquisa são analisados ao final do trabalho, confirmando-se a hipótese de que a execução da medida de segurança, nos moldes previstos na legislação penal,

2 A exposição de motivos do Projeto de Lei n. 3.657/89, apresentado pelo Deputado Paulo Delgado, que deu origem ao referido diploma legal, concluía: "A questão psiquiátrica é complexa, por suas interfaces com a Justiça e o Direito, com a cultura, com a filosofia, com a liberdade. [...] O que ela [lei] pretende é melhorar – da única forma possível – o atendimento psiquiátrico à população que depende do Estado para cuidar de sua saúde, e proteger em parte os direitos civis daqueles que, por serem loucos ou doentes mentais, não deixaram de ser cidadãos" (BRASIL, 1989).

dificulta a garantia do direito à liberdade do paciente a ela submetido, necessitando de revisão com base no que dispõe a Lei de Reforma Psiquiátrica.

1 A medida de segurança na perspectiva do Código Penal brasileiro

No Brasil, foi no Código Penal de 1940, com forte influência do Código Rocco, que a internação do louco infrator em um Hospital de Custódia e Tratamento foi reconhecida como medida de natureza jurídico-penal a ser imposta quando o indivíduo, ao praticar conduta tipificada como crime, revelasse periculosidade.

Nesse primeiro momento, a medida de segurança foi adotada para os inimputáveis em razão de doença mental, mas também àqueles que, embora imputáveis, fossem considerados perigosos, conforme o disposto no art. 77. O sistema do duplo binário, que permitia a aplicação de pena seguida da execução de uma medida de segurança, vigeu no Brasil até meados da década de 1980, quando foi alterada a Parte Geral do Código Penal.

No caso do indivíduo que, "[...] por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (art. 22) (BRASIL, 1940), o Código previa a aplicação de uma medida de segurança, tendo como pressuposto a prática da conduta prevista como crime e a periculosidade do agente (art. 76). E dispunha expressamente que tais indivíduos presumiam-se perigosos (art. 78).

Entretanto, por influência da Escola Sociológica ou Político-Criminal e da Terceira Escola Italiana, a medida de segurança passou a ser adotada como reação ao ato ilícito cometido pelo inimputável em razão de doença metal (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 42), o que deu ensejo à adoção do denominado sistema vicariante. No Brasil, essa mudança de orientação ocorreu por meio da Lei n. 7.209/84, ainda em vigor, que reformou a Parte Geral do Código Penal e estabeleceu um novo sistema para aplicação das medidas de segurança.

Isso implicou a restrição da aplicação da medida de segurança ao inimputável que, em razão de "doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (BRASIL, 1984); e aos indivíduos aos quais, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não eram inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o juiz decidisse ser mais adequada a aplicação da medida de segurança, em substituição à pena (art. 26).

Manteve-se inalterada a definição de quem pode ser considerado inimputável em razão de doença mental (art. 26, *caput*), bem como a aplicação compulsória da medida de segurança.

Embora não haja mais referência expressa à presunção de periculosidade, esta não deixou de existir, estando implicitamente contida nas disposições dos referidos artigos.

Além disso, o Código prevê que a medida será executada por tempo indeterminado (art. 97, § 1º), dependendo da cessação da periculosidade, verificada por perícia médica.

1.1 Fundamento: a periculosidade (presumida)

A medida de segurança tem como fundamento básico a periculosidade do agente revelada no cometimento de ilícitos penais. Está apoiada no ideal de realização de defesa social, traduzindo-se como uma faceta do *jus puniendi*, com o fim de afastar pessoas perigosas do convívio social.

Aníbal Bruno (1977, p. 257) atenta que: "na doutrina, a instituição da medida de segurança resultou de dois movimentos que se manifestaram no Direito Penal nas últimas décadas" – diante do aumento criminalidade, para fins práticos de segurança, buscaram-se novos rumos – "defesa social era um dos termos do problema", intimidação e correção, a solução apresentada.

Ademais, para além da construção formal de crime, proposta pela Escola Clássica, a criminologia acentuava outros traços, "o homem com sua carga hereditária e as suas deformações criadas pela vida, esse homem que se extraviara da norma e em quem possivelmente existiam condições que o levariam novamente a delinqüir, [...] a sua condição, que os tornava inimigos potenciais da sociedade, foi chamada perigosidade criminal" (BRUNO, 1977, p. 257).

A partir do desenvolvimento da ideia de periculosidade ou perigosidade, o louco pôde também ser alcançado por medidas de natureza penal, pois, ao praticar um ilícito penal, se revelaria perigoso e, portanto, merecedor de um tratamento que prevenisse a prática de outros delitos. A teoria do estado perigoso, portanto, serviu e ainda serve de base para justificar a aplicação de medidas de segurança.

Entretanto, merece crítica o fundamento da periculosidade, que legitima a imposição da medida de segurança. De forma resumida, o que se entende por periculosidade é o risco que o indivíduo representa para a sociedade, presumido pelo fato de ele não ter condições de entender o caráter ilícito da conduta ou de se posicionar de acordo com esse entendimento, uma vez que se encontra afetado por uma doença mental no momento da ação – o que se comprova por meio de um exame pericial.

Gracia Martín (2007, p. 52-53) esclarece que, se o fundamento das medidas de segurança é exclusivamente a perigosidade criminal, esta é que deve ser o conteúdo do "suposto de fato" que servirá para determinar e proporcionar a consequência jurídica (a medida). A partir daí atenta que o crime praticado pelo indivíduo deve ser considerado apenas um "sintoma revelador" de sua perigosidade, mas que esta não pode radicar no fato prévio em si. No entanto, destaca o referido autor que a exigência de anterior cometimento de um fato típico e antijurídico é, como diz Romeo Casabona (apud GRACIA MARTÍN, 2007, p. 53), "uma garantia para a segurança jurídica, ao contribuir para a diminuição de fatores de incerteza no prognóstico da perigosidade (*nulla periculositas sine crimen*), e para o próprio indivíduo, que não se verá submetido a um processo se não cometeu um delito".

O que ocorre atualmente é que o conceito de periculosidade não está definido no sistema normativo. A lei presume a periculosidade do infrator acometido por doença mental e ao Poder Judiciário é dado, mediante o exame médico-pericial, o atestado de que o indivíduo é perigoso para o convívio social – afinal, conforme criticam Antônio Nery Filho e Maria Fernanda Tourinho Peres (2002, p. 352-353), "a periculosidade é um risco e, por isso, uma incerteza que se expressará, talvez, num futuro também incerto".

O exame que verifica a integridade mental e, consequentemente, a periculosidade do infrator se dá por meio de um incidente processual conhecido como incidente de insanidade; é realizado por psiquiatras, e será considerado pelo juiz para determinação da inimputabilidade do indivíduo e consequente imposição da medida de segurança.

Na perspectiva adotada por Gracia Martín (2007, p. 57, tradução nossa):

> [...] o estudo das características típicas da personalidade do sujeito é muito importante, pois serão um indício de que sua possível perigosidade radica em componentes mais ou menos permanentes da personalidade, e não no delito concreto cometido. Certamente haverá que examinar outros fatores, como os biológicos, os ambientais etc.

Portanto, é preciso cuidar para que não se relacione a medida estritamente ao fato, sem a consideração da pessoa, pois, presumida a periculosidade com base em critérios objetivos, restariam desrespeitados o princípio da necessidade e da individualização da medida de segurança.

Atenta-se, porém, que a avaliação da insanidade (que é objeto do referido exame) não se confunde com a análise da perigosidade do sujeito: a primeira diz respeito à verificação da existência e da manifestação da doença mental no momento do fato, e se esta afastou a capacidade de entendimento e de vontade, enquanto a verificação da perigosidade deveria passar pela avaliação do risco que o indivíduo representa para o grupo social – o que não ocorre.

1.2 A internação como regra e a cessação da periculosidade como seu termo final

A partir da análise da legislação penal, especificamente, do art. 97 do Código Penal, considerando as espécies de medida de segurança previstas – internação e tratamento ambulatorial –, verifica-se que a primeira é aquela que, em regra, deve ser aplicada pelo juiz, enquanto o tratamento ambulatorial deve ser exceção, isto é, o juiz poderá determinar o tratamento extra-hospitalar apenas se o fato previsto como crime for punível com detenção.

O referido dispositivo legal torna legítima, na prática jurídica, a cultura do encarceramento para solução de problemas relacionados ao cometimento de atos ilícitos, mesmo por aqueles que sofrem de transtornos mentais. Ao mesmo tempo, reforça a exclusão social dessas pessoas, porque, assim como a pena privativa de liberdade, a internação compulsória em instituições totais não favorece mudanças positivas em relação ao indivíduo nem

em relação ao contexto que o rodeia, mas acarreta um processo de "desculturação" (BARATTA, 2002, p. 183), de perda da identidade, de "desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade" (GOFFMAN, 1974, p. 11), por exemplo.

Percebe-se que o critério determinante para definir o tipo de medida de segurança nunca foi a necessidade do doente mental, e sim a gravidade do delito, seguindo a mesma proporcionalidade que deveria reger a previsão e aplicação da pena. Assim, aproximam-se os dois institutos, ignorando a necessidade de se verificar, no caso concreto, qual seria o tratamento adequado para o controle do transtorno mental.

Já no outro extremo – extinção da medida de segurança –, encontra-se o exame de cessação de periculosidade, que legitima a saída dos pacientes do Hospital de Custódia, considerado, então, o contraponto ao exame realizado no incidente de insanidade solicitado na fase de instrução processual penal.

O exame de cessação, em regra, será realizado depois de transcorrido o prazo que varia de um a três anos, de acordo com o que foi fixado pelo juiz na sentença, sob a égide do argumento da periculosidade do agente. Enquanto a periculosidade do agente não cessa, mantém-se a execução da medida de segurança, o que pode resultar na permanência de pacientes por décadas na instituição. Esse caráter restritivo da medida, sem falar na falta de infraestrutura adequada e de pessoal nessas unidades, resulta na privação de outros direitos durante longo período da vida do paciente.

Há que se destacar também que a duração indeterminada da medida de segurança, enquanto a periculosidade não cessar, é evidentemente inconstitucional, conforme o inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que veda expressamente a aplicação de sanções penais de caráter perpétuo e cruéis, o que torna a desinternação, após determinado tempo de aplicação da medida de segurança, um direito do paciente e um dever do Estado.

No âmbito do Poder Judiciário, destacam-se, nesse sentido, manifestações do Supremo Tribunal Federal (STF), que entende que o limite da duração da medida de segurança é de 30 anos, conforme disciplina o art. 75 do Código Penal, em relação à pena; e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é mais favorável, por compreender que o limite é o máximo da pena prevista em abstrato para o respectivo crime.

> MEDIDA DE SEGURANÇA – PROJEÇÃO NO TEMPO – LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. [STF] (BRASIL, 2005)

> Súmula 527. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. [STJ] (BRASIL, 2015)

Já o Poder Executivo, por meio dos últimos sete Decretos (números 6.706/2008; 7.046/2009; 7.420/2010; 7.648/2011; 7.873/2012; 8.172/2013; e 8.380/2014), concede indulto aos cumpridores de medida de segurança que:

> [...] independentemente da cessação de periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada. (BRASIL, 2014a)

Necessita, agora, o Poder Legislativo acompanhar tais entendimentos e delimitar o tempo da medida de segurança, para garantia da liberdade do inimputável em razão de doença mental.

1.3 Ausência de previsão legal da desinternação progressiva

A despeito de a medida de segurança ter duração indeterminada e da grande possibilidade de institucionalização do seu cumpridor, não há previsão legal na legislação penal sobre a adoção de um programa de desinternação progressiva, diversamente do que ocorre com as penas privativas de liberdade, que são executadas com base em um sistema progressivo (regime fechado, regime semiaberto e regime aberto de cumprimento da pena).

A instituição que comumente custodia os infratores classificados como inimputáveis em razão de doença mental é denominada Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. É nessa instituição que se executa a medida de segurança de internação, pela qual são excluídas da convivência social essas pessoas, sob a presunção de representarem perigo à sociedade.

Conforme dispõe a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), o Hospital de Custódia faz parte do sistema prisional. Porém há que se considerar que, embora seja uma unidade prisional, se é local para tratamento, para "fazer cessar a periculosidade" (o que pode se inferir a contrário senso do que dispõe a legislação penal), deveria ser principalmente uma unidade de saúde mental e, como tal, deveria estar integrada às redes de cuidados do Sistema Único de Saúde (SUS) e do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

Nesse sentido, a Portaria n. 001/2014, que institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), no âmbito do SUS, na mesma esteira da Portaria (MJ/MS) n. 1.777/2003, visou "ampliar as ações de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) para a população privada de liberdade, fazendo com que cada unidade básica de saúde prisional passasse a ser visualizada como ponto de atenção da Rede de Atenção à Saúde" (BRASIL, 2016).

São também de grande relevância para o redirecionamento dos modelos de assistência à pessoa com transtorno mental cumpridora de medida de segurança as Portarias (MS/GM) n. 94/2014 e n. 95/2014. A primeira institui o Serviço de Avaliação e Acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, no âmbito do SUS; e a segunda dispõe sobre o financiamento do serviço de avaliação e

acompanhamento às medidas terapêuticas aplicáveis ao paciente judiciário, no âmbito do SUS. Entre as atribuições da Equipe de Avaliação e Acompanhamento (EAP), destaca-se o acompanhamento da execução da medida terapêutica. A EAP funciona como "dispositivo conector entre os órgãos de Justiça, as equipes da PNAISP e programas e serviços sociais e de direitos de cidadania" (art. 4º, V, da Portaria n. 94/2014) (BRASIL, 2014b). A efetividade de tais portarias, entretanto, depende de adesão dos governos nas esferas estaduais e municipais.

No entanto, há a necessidade do reconhecimento por parte de todos que atuam no sistema penal – Poder Judiciário, Ministério Público, Administração Penitenciária, órgãos da Saúde – de que o tratamento-internação, adotado como regra, é danoso ao quadro clínico e psicossocial dos pacientes judiciários, afinal, é de fácil percepção que quando há a retirada do indivíduo do convívio social, cerceando sua liberdade com o objetivo de isolá-lo e medicá-lo de forma contínua, sem indicação médica, os danos psicológicos e clínicos apresentam-se inevitáveis.

2 A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica

A Declaração de Caracas (1990), para a América Latina e Caribe, resultante da Conferência Regional para Reestruturação da Assistência Psiquiátrica dentro dos Sistemas Locais de Saúde, aponta a necessidade de "revisão crítica do papel hegemônico e centralizador do hospital psiquiátrico na prestação de serviços" (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE, 1990), de alteração das legislações dos países, para que assegurem o respeito aos direitos humanos e civis dos doentes mentais e promovam "a organização de serviços comunitários de saúde mental que garantam seu cumprimento" (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE, 1990).

Como contraponto ao modelo que tem como centro a internação em Hospital Psiquiátrico, a reforma psiquiátrica, movimento que tomou força a partir da década de 1970 no Brasil e culminou com a promulgação da Lei n. 10.216/2001, trouxe inovações no que diz respeito à política pública de saúde mental que deve ser adotada em todo o país.

A Lei de Reforma Psiquiátrica estabelece como regra, no que concerne à forma de tratamento, o atendimento em liberdade e a utilização de recursos extra-hospitalares (art. 4º); além disso, o art. 6º dispõe: "a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos" (BRASIL, 2001).

As bases da reforma psiquiátrica representam a negação do quanto disposto na legislação penal. Enquanto a medida de segurança é utilizada, em regra, na modalidade de internação, no intuito de tratar e retribuir condutas ilícitas, a reforma surge para percorrer o caminho inverso, desinternar para reabilitar e garantir cidadania à pessoa com transtorno mental.

A necessidade de adequação da imposição e da execução da medida de segurança às diretrizes da Lei n. 10.216/2001 é apontada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e

Penitenciária (CNPCP), por meio da Resolução n. 5/2004. Nesse documento, o CNPCP estabelece diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança, tendo como objetivo adequá-las "aos princípios do SUS e às diretrizes previstas na Lei n. 10.216/2001". E por meio da Resolução n. 04/2010, em seu art. 2º, o CNPCP dispõe, por exemplo, que:

> [...] a abordagem à pessoa com doença mental na condição de autor do fato, réu ou sentenciado em processo criminal, deve ser objeto de atendimento por programa específico de atenção destinado a acompanhar o paciente judiciário nas diversas fases processuais, mediando as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, visando à promoção da individualização da aplicação das penas e medidas de segurança e no encaminhamento das questões de execução penal dos pacientes judiciários. (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2010)

Também o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n. 113/2010, que trata do procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, dispõe (no art. 17) que "o juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível, buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

O modelo de execução da medida de segurança no Brasil deve, portanto, ser baseado nos elementos norteadores da reforma psiquiátrica, quais sejam: crítica ao modelo hospitalocêntrico; desinstitucionalização; negação do caráter terapêutico do internamento como regra; e redirecionamento do modelo assistencial à saúde mental em serviços substitutivos em meio aberto.

A reestruturação da Rede de Atenção à Saúde Mental que faz parte do Sistema Único de Saúde (SUS) é fundamental para que haja viabilidade na associação do cumprimento de medida de segurança com os princípios da reforma psiquiátrica. O desafio não é apenas desinternar, mas também fortalecer essa rede para que possa acompanhar o egresso do Hospital de Custódia. O acompanhamento multidisciplinar (realizado por psiquiatras, psicólogos, terapeutas ocupacionais e assistentes sociais), que se dá numa estrutura desburocratizada e extrajudicial, é de grande importância para garantia de direitos à pessoa com transtornos mentais.

2.1 Reestruturação da aplicação da medida de segurança: os modelos do PAI-PJ e do PAILI

A necessidade de alteração da legislação penal para garantia da execução da política pública de saúde mental traçada pela Lei n. 10.216/2001 é urgente, mas não deve ocorrer a curto prazo. O Projeto do novo Código Penal brasileiro (Projeto de Lei no Senado n. 236/2012) contempla dispositivos que, em certa medida – ainda de maneira tímida –, refletem tais

anseios;[3] porém, ainda se encontra em trâmite no Congresso Nacional, sem perspectiva de quando será finalmente aprovado.[4] Enquanto a reforma da Lei de Execução Penal, proposta pelo Projeto de Lei do Senado n. 513/2013, direciona a execução da medida de segurança à autoridade de saúde competente, com inserção dos dados no Cadastro Nacional de Saúde (art. 171 do Projeto), no âmbito doutrinário, no entanto, a produção a respeito do tema ainda é tímida.[5]

Entretanto, na prática, já é possível apontar soluções de reestruturação da aplicação da medida de segurança, com a criação de modelos integrados ao SUS, como é o caso do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ) em Minas Gerais, e do Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), no estado de Goiás. Esses programas redimensionam a aplicação e a execução da medida de segurança, visando garantir, em regra, direitos, entre eles a liberdade da pessoa com transtornos mentais.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais criou, em 2001, por meio da Portaria-Conjunta n. 25, o Programa de Atenção Integral ao Portador de Sofrimento Mental Infrator (PAI-PJ), com o fim de "realizar a mediação entre o tratamento e o processo jurídico, até o tempo da inserção social das pessoas" (BARROS-BRISSET, 2010, p. 26). Assim, o PAI-PJ, além de auxiliar "a autoridade judicial na individualização da aplicação e execução das medidas de segurança", viabiliza "a acessibilidade aos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição da República, almejando ampliar as respostas e a produção do laço social dessas pessoas" (BARROS-BRISSET, 2010, p. 28).

• • •

3 "Espécies de medidas de segurança
Art. 94. São medidas de segurança: I – internação compulsória em estabelecimento adequado; II – sujeição a tratamento ambulatorial.
§ 1º Na aplicação das medidas de segurança deverão ser observados os direitos das pessoas com deficiência, inclusive os previstos na legislação específica.
§ 2º Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta.
Art. 95. O prazo mínimo da medida de segurança deverá ser de um a três anos.
§ 1º Cumprido o prazo mínimo, a medida de segurança perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, desde que não ultrapasse o limite máximo: I – da pena cominada ao fato criminoso praticado; ou II – de trinta anos, nos fatos criminosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo se a infração for de menor potencial ofensivo.
§ 2º Atingido o limite máximo a que se refere o § 1º, poderá o Ministério Público ou o responsável legal pela pessoa requerer, no juízo cível, o prosseguimento da internação." (BRASIL, 2012)

4 O Projeto está com a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) do Senado desde 13 de outubro de 2015, aguardando designação do relator (BRASIL, 2012).

5 *Vide*: Jacobina (2003); Correia (2007, p. 20-21); Marchewka (2004); e Queiroz (2010, p. 440-441).

Em resumo, o PAI-PJ é executado da seguinte forma: após determinação do juiz, a equipe de psicologia realiza uma avaliação do caso e imediatamente o acompanha até a rede pública de saúde visando a construção de um projeto clínico – que pode resultar em internação hospitalar ou no centro de referência em saúde mental (em caso de crise) ou na adoção de medidas extra-hospitalares, a exemplo do encaminhamento para serviços de hospital-dia, centros de saúde, oficinas de trabalho terapêutico, centros de convivência, orientação e tratamento odontológicos ou assistência social. O Serviço Social participa a partir da realização de estudo do caso e orientação para garantia dos benefícios que o Estado assegura a esses cidadãos. Também a família recebe orientação, acolhimento e assistência psicológica individual ou em grupo.

O outro modelo existente é o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), criado em 2006, por meio do qual se dá a execução das medidas de segurança no estado de Goiás. O programa tem por fundamento os princípios que regem a Lei n. 10.216/2001, e está vinculado à Secretaria da Saúde do Estado.

A equipe do Programa é formada por advogado, assistentes sociais, psicólogos e assistente administrativo, com previsão para contratação de psiquiatra, e tem a responsabilidade de, segundo a Portaria n. 019/2006-GAB/SES,

> [...] fazer a mediação com o juiz e o sistema penitenciário, com a rede de atenção em saúde mental e, neste particular, coloca a pessoa submetida à medida de segurança no ambiente universal e democrático do Sistema Único de Saúde, sem distinção de outros pacientes, o que favorece sobremaneira a almejada inclusão à família e à sociedade. (GOIÁS, 2006)

Atenta-se ainda para o fato de que a aplicação da medida de segurança depende ainda de uma sentença judicial, e a sua execução será acompanhada pelo juízo da execução penal. Entretanto, a determinação da espécie da medida de segurança a ser aplicada e a indicação da terapia a ser utilizada fica a critério do médico, com a colaboração da equipe psicossocial.

Verifica-se, assim, a existência no Brasil de experiências pioneiras de aplicação da Lei de Reforma Psiquiátrica no âmbito penal, alterando completamente tanto a determinação quanto a execução da medida de segurança, tratando-a principalmente como uma questão de saúde pública, e não apenas de controle social.

O atendimento individualizado e direcionado à inserção dos doentes mentais na sociedade é apontado como um caminho importante no resgate desses indivíduos como sujeitos de direito. Fernando Tenório ressalta:

> [...] a importância analítica de se localizar a cidadania como valor fundante e organizador deste processo está em que a reforma é sobretudo um campo heterogêneo, que abarca a clínica, a política, o social, o cultural e as relações com o jurídico, e é obra de atores muito diferentes entre si. (TENÓRIO, 2002, p. 28)

Esse novo sistema de execução das medidas de segurança necessita, porém, pelas características dos dois programas antes referidos, do fortalecimento da rede de saúde e apoio psicossocial no âmbito dos estados-membros e dos municípios, e da sensibilização daqueles que atuam na área jurídica – juízes, defensores públicos, promotores e advogados –, para que assumam o compromisso de colocar em prática o que estabelece a Lei de Reforma Psiquiátrica.

Como resultado da pesquisa descritiva, concluímos pelo descompasso existente entre a legislação penal e a Lei de Reforma Psiquiátrica. Então, partindo-se da hipótese de que o modelo de intervenção penal no tocante à pessoa com transtorno mental implica ofensa a direitos fundamentais, como saúde e liberdade, enquanto o modelo da Lei n. 10.216/2001 visa garantir direitos a tais pessoas, decidimos realizar, de forma complementar, pesquisa qualitativa a respeito dos efeitos da medida de segurança executada à luz da legislação penal vigente no HCTP/BA.

3 Pacientes judiciários institucionalizados e a dificuldade de retorno à liberdade: a realidade de pacientes do HCTP/BA

Nesta segunda etapa, visando a um aprofundamento na análise de como os agentes envolvidos na execução penal aplicam a legislação penal e as repercussões para os cumpridores das medidas de segurança, a pesquisa constituiu um estudo exploratório da situação em que se encontravam os cumpridores da medida de segurança, mas com um recorte específico em relação àqueles que, liberados do cumprimento da medida de internação, ainda estavam custodiados na unidade prisional.

O levantamento de casos foi feito entre outubro de 2012 e março 2013 no próprio Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP/BA), única unidade prisional dessa espécie no estado da Bahia. À época, havia no hospital 85 pessoas – 12 mulheres e 73 homens – cumprindo medida de segurança, sendo 17 casos de pessoas institucionalizadas, impossibilitadas de exercer seu direito de ir e vir.

Assim, a pesquisa restringiu-se aos casos de pacientes do HCTP/BA, cumpridores de medida de segurança, com sentenças judiciais favoráveis à desinternação (17) – seja pela cessação da periculosidade (13), seja pela conversão do internamento compulsório em tratamento ambulatorial (4) –, e que não conseguiram ser desinternados por apresentarem problemas sociais, os quais serão detalhados adiante.

3.1 O recorte da pesquisa documental

Os propósitos da pesquisa exploratória foram: conhecer o perfil dos internos do HCT/BA e como ocorre o processo de desinternação dos pacientes do HCTP/BA, bem como analisar o conflito entre a efetivação do direito à liberdade e as dificuldades encontradas para concretização desse direito em relação aos indivíduos que, embora liberados pelo Poder Judiciário, ainda se encontravam no HCTP/BA.

As fontes utilizadas para realização dessa parte da pesquisa foram documentos e dados disponibilizados para consulta pelo Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – Bahia; sentenças e decisões da Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas – TJ/BA; e acórdãos da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia. As informações colhidas foram ainda complementadas por informações prestadas por servidores do HCTP/BA.

A coleta de dados foi feita com o fim de traçar o perfil dos internos que aguardavam sua desinternação (gênero e naturalidade) e conhecer algumas circunstâncias relevantes que poderiam contribuir para aferir os efeitos da institucionalização dessas pessoas e as dificuldades de sua desinternação: existência de documentação; data da última admissão no HCTP; data do último laudo de cessação de periculosidade; família conhecida e outros vínculos sociais; data de desinternação; encaminhamento dado após desinternação; e motivo da não desinternação. Os dados foram analisados não apenas do ponto de vista quantitativo, mas principalmente do que seus conteúdos revelaram.

Em um levantamento de dados, foram selecionados os casos de cumpridores de medida de segurança de internação no HCTP/BA que, em 2013, com sentenças judiciais favoráveis à desinternação, e que, por diferentes razões, apresentavam problemas sociais prejudiciais à concretização do direito fundamental à liberdade. Foram encontradas 17 pessoas nessa situação.

Dos casos em análise, verificou-se que, do universo de 17 pacientes pesquisados, 15 são do sexo masculino e apenas dois são do sexo feminino, o que reproduz a mesma realidade dos cumpridores de penas privativas de liberdade: a maioria é composta de pessoas do sexo masculino.

Quanto à origem dos custodiados, 15 pacientes são do interior do estado da Bahia, um da capital e um de outro estado da Federação.[6]

3.2 Entrada e saída: sobre a data de admissão no Hospital de Custódia e a data do laudo de cessação de periculosidade

Foi avaliada também a data da última admissão desses pacientes no Hospital de Custódia. Salienta-se a última admissão, pois todas as pessoas do universo pesquisado tiveram mais de uma entrada registrada na unidade.

Foi constatado, entre os casos pesquisados, que existem dois pacientes há mais de 30 anos na unidade e que, em razão de suas debilidades físicas e mentais, aliadas ao abandono

6 Deve ser objeto de outra pesquisa, posteriormente, a análise mais aprofundada sobre tais dados, relacionando-os a dados referentes à assistência prestada à população do município por meio do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), Residência Terapêutica (RT), entre outros, para verificar a hipótese de que nos municípios em que dispositivos de assistência social ou à saúde mental oferecem seus serviços, o número de pessoas sujeitas à medida de segurança, abandonadas sociais, seja menor.

social, se encontram institucionalizados e necessitam de cuidados maiores por parte da instituição que os receba.

O reingresso na unidade prisional também é um importante fator a sugerir uma reflexão a respeito das razões para o cometimento de novos atos ilícitos. Essa reincidência se dá em virtude do alto nível de periculosidade que essas pessoas representam para a sociedade ou da gravidade de sua enfermidade, aliada ao abandono social que os coloca sem qualquer oportunidade de sobrevivência fora da estrutura da unidade prisional, contribuindo assim para seu retorno ao Hospital de Custódia?

É simplista a crença de que pessoas com transtornos mentais muitas vezes graves são perigosas apenas por causa de sua enfermidade. Há muitos outros fatores que não são levados em conta quando se trata de cometimento de novos atos considerados crimes após a desinternação.

Não é possível ignorar que a pessoa com transtorno mental sempre necessitará de acompanhamento médico, em maior ou menor grau – o que não significa internação, mas medicação e outras formas de terapia. O abandono social, a falta de meios de subsistência, a falta de estrutura física fora do hospital que os acolha e atenda suas necessidades são fatores que não podem ser esquecidos quando se trata da prática de novos ilícitos pós-desinternação. A periculosidade é uma justificativa engendrada pelo positivismo para tratar a saúde mental como questão de segurança pública e estabelecer uma política higienista dos comportamentos fora do padrão médio de conduta.

O tempo de cumprimento de medida de segurança é determinado em sentença condenatória pelo juiz que absolve o réu, mas aplica a medida de segurança, que variará de um a três anos, como dito anteriormente. Transcorrido esse prazo, terá de ser realizado exame de cessação de periculosidade para averiguação das condições médicas e psicossociais do paciente, no intuito da desinternação. Caso não tenha havido a cessação da periculosidade, o exame será realizado anualmente (art. 97, § 1º, do Código Penal).

Observa-se que, em virtude do desvio de função do HCTP – além dos cumpridores de medida de segurança, recebe também pessoas para realização do exame de insanidade, bem como presos provisórios e pessoas em outras situações *sui generis* (internações por ordem judicial sem que haja processo penal) – e da carência de pessoal, os exames deixam de ser realizados no tempo correto; o papel da Defensoria Pública, nesses casos, se mostra de extrema relevância na defesa dos interesses dos pacientes judiciários. Todos os casos analisados possuem registro de exame médico pericial (laudo de cessação de periculosidade) favorável à desinternação.

Dos 17 pacientes, quatro laudos não se referem à cessação de periculosidade, mas à substituição da internação por tratamento extra-hospitalar. Portanto, no tocante ao laudo de cessação, importam 13 casos.

Entre estes, dez deles realizaram os últimos exames com resultado favorável à desinternação entre 2009 e 2013. Dois ainda aguardavam por nova avaliação do juiz acerca da necessidade de novo exame; e um deles faleceu ao longo da realização da pesquisa – o que dificultou o acesso

ao seu prontuário, pois este foi arquivado. Esses pacientes que aguardam avaliação do juiz sobre a necessidade de novo exame apresentavam grande debilidade em seu quadro clínico e remota perspectiva de desinternação por ausência de uma instituição que aceitasse recebê-los.

3.3 Abandono social

Na perspectiva dos vínculos sociais, esta pesquisa avaliou casos com problemas sociais graves, ou seja, com os vínculos familiares e sociais muito frágeis ou praticamente inexistentes. A problemática do desamparo social é uma das razões mais contundentes que justificam a ineficácia das desinternações judiciais sem o apoio familiar.

O cumpridor da medida de segurança que é desinternado sem o necessário apoio da família se torna um vulnerável social, afinal, acometido de enfermidade mental. Sua periculosidade é dada como cessada, mas as suas necessidades como doente não cessam, e, se não houver o acompanhamento necessário, a doença pode voltar a se manifestar. Nesse caso, se outra conduta ilícita for praticada, poderá voltar ao cumprimento de medida de segurança.

Entre os 17 casos de abandono social, o setor psicossocial não conseguiu localizar familiares de nove internos; e tem o contato de familiares de oito internos.

3.3.1 Abandono social total

Entre os casos analisados, nove internos foram classificados como pacientes em situação de abandono social total, uma vez que os esforços empenhados pelos profissionais do setor psicossocial do Hospital de Custódia em encontrar os vínculos sociais desses pacientes foram infrutíferos. Deles não se conhece família, nem parentes, nem amigos.

3.3.2 Família localizada, paciente abandonado

Entre os outros oito pacientes que mantêm vínculos familiares conhecidos, identificou-se que, em dois casos, os familiares são tias distantes; em seis casos, há o registro de familiares do núcleo mais próximo (pai, mãe e/ou irmão/ã).

É interessante apontar que, entre os pacientes com vínculos familiares conhecidos, todos os casos exibem peculiaridades que reforçam o caráter estigmatizante e segregador do instituto da medida de segurança no ideário social.

A população carcerária do Hospital de Custódia é composta basicamente de pessoas com baixo poder aquisitivo, muitas delas beneficiárias de programas sociais do governo ou de auxílios previdenciários, como o Benefício de Prestação Continuada (BPC).

Em relação aos oito casos de famílias localizadas, em cinco deles, o setor psicossocial informa que os familiares alegam falta de condições financeiras para recebê-los de volta; e, em um caso, a família não quis mais receber o interno de volta após sua terceira reinternação no HCTP.

Nos oito casos que mantinham vínculos sociais, o fator renda foi a principal justificativa impeditiva para o acolhimento dos pacientes após a desinternação; porém, o que

se verificou é que as famílias não desejam acolher seus familiares que cumpriram medida de segurança.

Em dois casos específicos, as famílias retinham os documentos de identificação dos pacientes e recebiam em seu nome benefício previdenciário a que o paciente fazia jus, não davam qualquer satisfação quanto à renda auferida e tampouco repassavam o dinheiro para as necessidades dos verdadeiros beneficiários.

Em outro caso analisado, pessoas da cidade natal do paciente fizeram um abaixo-assinado solicitando à Secretaria de Administração Penitenciária que o paciente não retornasse à cidade. O paciente do HCTP, além do preconceito que sofre em relação ao fato de ter transtorno mental, também sofre com o estigma de ter habitado uma unidade prisional.

Mais uma vez, se evidencia o caráter estigmatizante da medida de segurança, servindo a internação como forma de defesa social ou de isentar a família dos cuidados com a pessoa com transtorno mental.

No entanto, é preciso considerar que a família também necessita de assistência e acompanhamento para que possa lidar com a situação da pessoa com transtorno mental. As estruturas hospitalares muitas vezes dificultam essa aproximação, ao passo que a assistência extra-hospitalar pode favorecer esse duplo acompanhamento (paciente/família), pois mais próximo e acessível.

Maria Alice Ornellas Pereira atenta para as dificuldades vividas pelas famílias, normalmente carentes de informações e recursos financeiros:

> […] o peso do sofrer psíquico, de quem vive e sente a doença mental, também tem sua extensão na família. Esta, com raras exceções, recebe pouca atenção do sistema de saúde, não é chamada à participação, uma vez que a prática psiquiátrica "adota" ou tutela o doente, tirando-o do convívio social e familiar. Ao mesmo tempo, evidencia-se o entendimento do importante papel da família no processo de ressocialização e reabilitação do doente mental. Nesta perspectiva, à medida que cresce a proposta de uma assistência mais abrangente, aumenta a necessidade de eficiência do serviço de saúde no cumprimento de seu papel. Isto significa que o interesse e a solicitação podem ocorrer concomitantemente ao aumento da eficácia e competência do sistema. A construção desse modelo de assistência tem causado profundos efeitos na sociedade atual, pois implica mudança cultural da instituição, dos usuários, dos profissionais de saúde, da família e da comunidade. Dessa forma, não se visa somente tratar de uma doença, mas também à promoção da saúde mental, à adaptação do sujeito à sua realidade. Nesta proposta descronificam-se os atores envolvidos, uma vez que ela propicia, gradativamente, a ampliação da rede social e a co-divisão de responsabilidades inerentes à sociedade, a qual aumenta o encargo da família que será despertada para solicitações, reivindicações e aportes necessários para o convívio e o enfrentamento da doença mental. (PEREIRA, 2003, p. 72-73)

Portanto, a importância de investimento na estruturação e manutenção dos centros de atendimento psicossocial, entre outros dispositivos de assistência social e saúde mental, é de grande relevância para assegurar o fortalecimento dos vínculos sociais e familiares da pessoa com transtorno mental.

3.4 Ausência de documentação e garantia de direitos

No tocante aos documentos de identificação dos pacientes, constatou-se que esse é um quesito que revela um dos principais entraves burocráticos à efetivação do direito à liberdade. Verifica-se que é uma prática comum o recebimento de pacientes, por determinação judicial, sem que estes apresentem documentação alguma. Na unidade, é feita a identificação criminal e, após esta etapa, inicia-se um longo caminho burocrático no intuito de identificar a real identidade dessas pessoas.

No universo pesquisado de 17 casos, oito necessitaram da intervenção dos profissionais do setor psicossocial do Hospital de Custódia, assim como dos profissionais da Defensoria Pública do Estado, num esforço conjunto de identificar esses pacientes, para resgatar sua identidade.

3.4.1 Os "inexistentes"

Em quatro dos oito casos de pacientes com problemas de documentação, o contato com familiares viabilizou a solução; nos outros, foi necessário realizar identificação datiloscópica no intuito de buscar registros civis preexistentes. Desses, três pacientes necessitaram da abertura de Ação de Assentamento de Registro, por não ter sido encontrado indicativo de identificações anteriores, não constando notícias recentes sobre o andamento do respectivo processo. Diante da carência de pessoal, a Defensoria Pública não estava prestando atendimento constante no HCTP.

Pessoas inexistentes, sem conhecimento de sua origem; sem vínculos familiares; com codinomes, quem sabe; com idade incerta; anuladas; impossibilitadas de usufruir de seus direitos; vítimas de tantas carências, inclusive, de sua identidade. Parece ser o extremo da situação que Erving Goffman (1974, p. 29) denomina "mortificação do eu", como efeito das instituições totais, quando o indivíduo é submetido a diferentes formas de indignidades, como "perder seu conjunto de identidade" ou sofrer a "violação da reserva de informação quanto ao eu".

Entre os prejuízos sofridos pela ausência de documentação, destacam-se a impossibilidade de recebimento de benefícios a que os pacientes têm direito, a exemplo do Benefício de Prestação Continuada (BPC), bem como a dificuldade de aceitação dessas pessoas em abrigos, residências terapêuticas ou estabelecimentos similares.

3.5 As sentenças de desinternação

A pesquisa se deteve a analisar as sentenças de desinternação dos pacientes custodiados. No universo de 17 casos encontrados, verificou-se que dez pacientes já possuíam laudo de exame

de cessação de periculosidade favorável à desinternação. É importante frisar que esses dez pacientes cumpriram integralmente o tempo da medida estipulado na sentença condenatória absolutória imprópria.

Quatro pacientes possuíam sentença favorável à conversão da medida de segurança internamento em medida tratamento ambulatorial; um paciente faleceu em julho de 2013 por causa de problemas cardíacos, o que dificultou o acesso a seu prontuário e informações; e outros dois aguardavam realização de novo exame de cessação, pois havia considerável lapso temporal desde o último exame.

Esses três últimos casos são situações de difícil desinternação em virtude das condições clínicas em que se encontram, o que acarreta a negativa de acolhimento em outros locais.

Nas sentenças e acórdãos analisados, não se constatou encaminhamento para o acompanhamento dos pacientes após a desinternação. O que se verificou, no entanto, foi que nas sentenças de conversão da medida de internamento em medida tratamento ambulatorial há disposições claras acerca das restrições de direitos e determinações sobre parâmetros comportamentais a que o ex-paciente judiciário deve se submeter.

Dessa maneira, é perceptível que o Poder Judiciário, numa atitude de zelo pela defesa social, amparado pela legislação penal vigente, impõe aos pacientes parâmetros comportamentais em que o doente não exerce completo domínio de sua enfermidade e suas formas de manifestação.

Além da restrição de direitos que foi usualmente encontrada nas sentenças de conversão de medida de internação em medida tratamento ambulatorial, como "não frequentar estabelecimentos comerciais de venda de bebida alcóolica nem fazer uso de bebida alcoólica ou outras substâncias congêneres", "submeter-se a tratamento no CAPS – Centro de Atenção Psicossocial", existem também determinações como: "manter bom relacionamento com amigos, familiares e estranhos".

Em três das sentenças de desinternação, na extinção da medida de segurança por cessação da periculosidade, detalhou-se a responsabilidade do encaminhamento do paciente desinternado à Coordenação de Saúde Mental do município, para que esta alocasse o paciente em residência terapêutica.

Na pesquisa, constatou-se que, no interregno de outubro de 2012 a março de 2013, só foram efetivamente desinternados quatro dos 17 pacientes pesquisados, os quais foram transferidos para residências terapêuticas mantidas pela municipalidade, sob ingerência financeira do Sistema de Atenção à Saúde Básica. As residências terapêuticas fazem parte de um modelo de atenção à saúde como política pública, entretanto, são criticadas por conter traços e possibilidade de institucionalização dos moradores.

Os pacientes que saíram do HCTP foram encaminhados a casas de repouso e a uma residência terapêutica. Salienta-se mais uma vez que todos os casos desta pesquisa são de pessoas com problemas sociais graves, casos que são marcados pelo desamparo social; consequentemente a desinternação dessas pessoas se dá de maneira bem lenta, dependendo de

providências de outros órgãos públicos – Secretarias Municipais de Saúde –, principalmente para a designação de uma estrutura de atenção à saúde mental que possa recebê-las.

Verifica-se, nas escutas feitas em reuniões e leituras dos prontuários que, além da carência de vagas, há resistência, por parte dos serviços públicos ofertados extramuros em receber os pacientes do Hospital de Custódia. Então, o lugar que lhes resta, mesmo após a declaração de cessação de sua periculosidade, é ali, escondidos, invisíveis, privados de sua liberdade.

Considerações finais

A institucionalização representa a alienação dos pacientes custodiados, que se adaptam a uma vida cheia de regras e atividades predefinidas, que fazem parte da dinâmica do Hospital de Custódia. Nesses locais, os remédios, bem como a alimentação, são dados em hora certa, existem momentos definidos para acordar, para dormir, para tomar banho de sol, entre outras atividades.

Quando finalmente é verificada a cessação de sua periculosidade e há a possibilidade de concretização de seu direito fundamental de ir e vir, a liberdade esbarra em dificuldades concretas de readaptação a um mundo que é hostil às limitações da pessoa com doença mental, principalmente a que saiu do HCTP.

A medida de segurança não pode ser tratada apenas como assunto de segurança pública, de política criminal. É forçoso e imprescindível o reconhecimento dos pacientes judiciários como sujeitos de direito. Enquanto não houver ingerência de políticas públicas de saúde mental no instituto da medida de segurança, os pacientes judiciários continuarão a ser esquecidos, excluídos do convívio social.

A Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/2001) surge no cenário jurídico brasileiro como resultado do movimento de luta pelo reconhecimento dos direitos das pessoas com enfermidade mental e revela a necessidade de mudança da política criminal, para que se reconheçam às pessoas com transtornos mentais que cometeram um fato considerado crime os mesmos direitos que a lei prevê para todos os enfermos mentais. Dessa maneira, percebe-se que esta lei deve ser aplicada tanto no sistema de saúde comum não judicializado como no âmbito do sistema prisional.

As mudanças de política criminal, que a citada lei deve guiar, têm ocorrido de maneira muito vagarosa. A cultura do encarceramento do louco infrator ("lugar de louco é no hospício") e a presunção da periculosidade ainda são pontos de partida para a disciplina e aplicação da medida de segurança, na maioria dos casos.

Com a análise dos 17 casos do HCTP/BA, foi possível verificar que a medida de segurança de internação, aplicada como regra, não respeita o direito da pessoa com transtorno mental às assistências médica e psicossocial adequadas, institucionaliza esse indivíduo e dificulta seu retorno ao convívio social, pois lhe retira a autonomia, acarreta um corte com os poucos vínculos sociais, a torna ainda mais esquecida pela sociedade e pelos órgãos públicos.

A internação afasta mais ainda a família do indivíduo, dificultando sua reinserção social. Em relação aos dados coletados no HCTP/BA, constatou-se que a medida de segurança, embora em algum momento alcance a esperada cessação de periculosidade de pacientes, estigmatiza a pessoa portadora de transtorno mental que passa pelo HCTP, o que contribui para o afastamento ou a quebra do vínculo familiar; aumenta a dificuldade em se localizarem os familiares; e se eterniza quando o HCTP tem desvirtuado seu propósito, pois para não abandonar essas pessoas continua a abrigá-las até que possam encontrar pessoas ou instituições que as recebam.

Mesmo com a medida judicial de desinternação, a família por vezes deixa de acompanhar o tratamento do paciente ou não recebe assistência para lidar com o transtorno e suas consequências. Esses fatores, somados à dificuldade de acesso aos serviços de saúde em determinadas localidades, enfraquecem os laços ou dificultam sua retomada.

Em sentido oposto, o tratamento em meio aberto pode favorecer a manutenção dos vínculos familiares, mediante o acompanhamento, com menor dificuldade, não apenas da pessoa com transtorno mental, como também o de sua família, com menor grau de estigmatização e, assim, maior probabilidade de sucesso na inserção social desse indivíduo.

A exclusão social resultante da medida de segurança de internação prolonga-se mesmo após a declaração da cessação a periculosidade, não por desídia da administração do HCTP/BA em reconhecer essa situação jurídica, mas em razão do estigma que o paciente carrega e que resulta na dificuldade de ser aceito pela família, pela comunidade de origem ou por outras instituições, a exemplo de residências terapêuticas e abrigos.

A situação torna-se ainda mais complexa quando a pessoa não tem documentos de identificação, conforme revelaram quatro casos de pacientes que, com todos os esforços empenhados pela equipe psicossocial do HCTP, não puderam ser identificados. Tal situação implica a impossibilidade de recebimento de benefícios a que esses pacientes têm direito, a exemplo do Benefício de Prestação Continuada (BPC) e, consequentemente, a dificuldade de aceitação dessas pessoas em outros lugares.

Constatou-se, entre os casos pesquisados, a presença de dois pacientes internados há mais de 30 anos na unidade – sem identificação, sem familiares conhecidos – e que, em razão de sua debilidade física e mental, aliada ao abandono social, se encontram institucionalizados, necessitam de cuidados maiores e são alvo de um maior preconceito e dificuldade de inserção em outra instituição.

A pesquisa constata então a institucionalização de 17 pacientes que ainda aguardam vagas na rede pública de atenção à saúde para serem desinternados, apesar da decisão que determina o retorno ao convívio social extramuros, desvinculado do HCTP, e a dificuldade de se desvencilharem do estigma da periculosidade, reforçado por sua passagem e o tempo de permanência em uma unidade prisional.

Assim, a revisão da legislação penal brasileira faz-se necessária e urgente, seguindo a lógica da política em saúde mental disciplinada pela Lei n. 11.216/2001, que determina

o tratamento extra-hospitalar como regra, cabendo internação somente se laudo médico determinar a sua necessidade, bem como as experiências que se consolidam, nesse sentido, com o PAI-PJ e o PAILI, e as orientações constantes na Resolução CNPCP n. 05/2004 e nas Portarias (MS/GM) n. 94/2014 e n. 95/2014.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator.* Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010.

_____. Genealogia do conceito de periculosidade. *Responsabilidades*: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAI-PJ. Belo Horizonte, p. 37-52, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 3.657, de 1989. Dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 29 set. 1989, Seção I, p. 10696. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET1989.pdf#page=30>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP)*. Brasília, 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria n. 94, de 14 de janeiro de 2014. Institui o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). *D.O.U.* Brasília, 14 jan. 2014b.

_____. Presidência da República. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *D.O.U.* Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Presidência da República. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *D.O.U.* Rio de Janeiro, 13 out. 1941 (retificado em 24 out. 1941).

_____. Presidência da República. Decreto n. 8.380, de 24 de dezembro de 2014. Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. *D.O.U*. Brasília, 24 dez. 2014a.

_____. Presidência da República. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. *D.O.U.* Brasília, 13 jul. 1984.

_____. Presidência da República. Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *D.O.U.* Brasília, 9 abr. 2001.

_____. Senado. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 (novo Código Penal). *Diário do Senado Federal*. Brasília, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 527: define tempo máximo de duração de medida de segurança. *DJe*, 18 maio 2015, *RSTJ*, v. 243, p. 1067.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.219. São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio, 16 ago. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79519>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRUNO, Aníbal. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: RIO, 1977.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 113, de 20 de abril de 2010. Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências. *Portal CNJ*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2596>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução n. 4, de 30 de julho de 2010. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais de Atenção aos Pacientes Judiciários e Execução da Medida de Segurança. *D.O.U.* Brasília, 2 ago. 2010.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. *Avanços e impasses na garantia dos direitos humanos das pessoas com transtornos mentais autoras de delito*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2007.

_____; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; ALVES, Vânia Sampaio. Direitos das pessoas com transtorno mental autoras de delitos. *Cadernos de Saúde Pública*. Debate, Rio de Janeiro, set., p. 1995-2002, 2007.

DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*. Censo 2011. Brasília: Letras Livres, UnB, 2013.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GOFFMAN, Erving. *Manicômio, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GOIÁS. Portaria n. 019/2006-GAB/SES. Secretária da Saúde de Goiás. *D.O.E.* Goiânia, 8 fev. 2006. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_221_port0192006paili. pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

GRACIA MARTÍN, Luis. Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo*: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica*. Brasília: ESMPU, 2008.

_____. *Sistema Único de Saúde e manicômio judiciário*. Monografia (Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário para Magistrados e Membros do Ministério Público) – UnB e Fiocruz, 2003.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica. *Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 00, p. 173-189, 2004.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Declaração de Caracas*. Conferência Regional para a Reestruturação da Atenção Psiquiátrica na América Latina no Contexto dos Sistemas Locais de Saúde (SILOS). Caracas, Venezuela, 14 nov. 1990. Organização Mundial da Saúde, 1990.

PEREIRA, Maria Alice Ornellas. Representação da doença mental pela família do paciente. *Interface--Comunicação, Saúde, Educação*, v. 7, n.12, p. 71-82, 2003.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. Rio de Janeiro, v. 9, p. 335-355, maio-ago. 2002.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Adequação da legislação penal à Lei de Reforma Psiquiátrica: a internação como exceção. *Ciências Penais*, v. 13, p. 87-118, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIBEIRO, Bruno de Morais. *Medidas de segurança*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

SILVA, Martinho Braga Batista e. O desafio colocado pelas pessoas em medida de segurança no âmbito do Sistema Único de Saúde: a experiência do PAILI-GO. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 653-682, 2010.

TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceitos. *História, Ciências, Saúde.* Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, p. 25-59, jan.-abr. 2002.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à execução penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Alessandra Mascarenhas Prado

Mestra e Doutora em Direito pela PUC-SP. Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito e do PPGD da UFBA e do Curso de Direito da UCSAL. Líder do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo.

armprado@yahoo.com.br

Danilo Schindler

Bacharel em Direito pela UFBA. Foi pesquisador PIBIC/CNPq. Mestrando em Direito Penal no PPGD/UFBA. Advogado.

schindlerdanilo@gmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 09.02.2016
Aprovado: 05.31.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201726

Admissibility of evidence before the Inter-American Court of Human Rights

ADMISSIBILIDADE DE PROVAS PERANTE À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Álvaro Paúl[1]

Abstract
The Inter-American Court of Human Rights performs a wide evidentiary analysis, which tends to be very flexible in its admission of evidence. This paper tries to decipher the extent, applicability, and content of the Court's admissibility rules, both the norms established by the Court itself, and those that the Court is obliged to follow. In order to do so, this article will analyze the relevant case law of the Court and provide some examples. Within this analysis, this article refers in depth to some unclear rulings that the Court has made in relation to the exclusion of evidence obtained via coercion, some of which seem to clash with the central role of truth in the Inter-American system.

Keywords
Admissibility; evidence; exclusion; fruit of the poisonous tree; Inter-American Court of Human Rights; right to the truth.

Resumo
A Corte Interamericana de Direitos Humanos realiza uma ampla análise probatória, que tende a ser muito flexível na admissão da prova. Este artigo trata de decifrar a extensão, a aplicação e o conteúdo das regras de admissibilidade da Corte, tanto daquelas estabelecidas pela própria Corte, como daquelas que a Corte é obrigada a seguir. Para tanto, o artigo analisará a jurisprudência relevante da Corte e dará alguns exemplos. Durante esta análise, o artigo referir-se-á a algumas afirmações feitas pela Corte relativas à exclusão de provas obtidas sob coação, algumas das quais parecem estar em contradição com o papel central da verdade no Sistema Interamericano.

Palavras-chave
Admissibilidade; prova; exclusão; fruto da árvore envenenada; Corte Interamericana de Direitos Humanos; direito à verdade.

1 Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago – Chile

BY-NC

Introduction*

The Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) evaluates evidence in a very flexible and informal way. Probably the best example of the IACtHR's informality is its admissibility of evidence, as the Court establishes only a few rules, and tends to subject them to many exceptions. This flexibility is rooted in the basic principle regarding admissibility of evidence before international courts, which provides that these courts are free to use any kind of evidence they deem necessary (SANDIFER, 1975, p. 180; SHELTON, 1989, p. 395). The IACtHR is also flexible when determining who can offer evidence in its proceedings. It admits evidence offered by non-parties, such as witnesses,[1] *amici curiae*,[2] and even by other persons at the request of one of the parties.[3] In doing this, the Court will apply a norm – Article 58 of its Rules of Procedure – enabling it to obtain "on its own motion, any evidence it considers helpful and necessary." This particular power also allows the Court to admit all kinds of evidence, even if they do not fulfill certain evidentiary requirements, such as being lodged on time. Nevertheless, the Court's flexibility has some limits, because there are some kinds of evidence that the Court is obliged to exclude. The first is the evidence lodged by the Inter-American Commission when this evidence has been produced in non-adversarial proceedings. The second are some kinds of coerced evidence.

This article will attempt to discover and analyse the admissibility rules of the IACtHR. When doing so, it will depart from the Court's mere statements, and will assess its practices. In order to do so, this article will analyze the relevant case law of the Court and provide some examples. As a way of conclusion, this article will show that it would be better for the Court to apply its admissibility rules consistently, even if their number is reduced.

* This study is part of the *Conicyt, Fondecyt de Iniciación* project No. 11140714. A section of this manuscript is based on an article by the author published in Spanish in *Revista de Derecho,* Valdivia, v. 29, n. 2, p. 229-252, 2016. A three-page preliminary development of this theme was published in Paúl (2015, p. 25-50). The author has been an intern at the Inter-American Court and Commission, and a study visitor at the European Court of Human Rights.

1 IACtHR, "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 112, Sept. 2, 2004, para. 90. More understandably, the Court accepts documents or written opinions presented by expert witnesses, as it happened in IACtHR, Boyce et al. v. Barbados, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 169, Nov. 20, 2007, para. 41; and in IACtHR, Vélez-Loor v. Panama, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 218, Nov. 23, 2010, para. 78.

2 IACtHR, Almonacid-Arellano et al. v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 154, Sept. 26, 2006, para. 80.

3 IACtHR, Baena et al. v. Panama, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 72, Feb. 2, 2001, para. 79.

This article will also define the extent of the rule of exclusion of coerced evidence, by confronting some unclear rulings of the Court with other principles of the IACtHR, such as the right to the truth.

1 Few rules for admitting evidence

1.1 Procedural moment for presenting evidence

The Court's Rules of Procedure require, basically, that the production or offering of evidence should be made in the first writ presenting pleadings or answering them.[4] The prescribed moment for issuing evidence is subject to exceptions of *force majeure*, serious impediment, and the emergence of supervening events.[5] In some cases the Court has strictly applied this rule. For instance, in *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru* the Court explicitly rejected evidence presented by the Commission, stating that it was time-barred and did not fall into any of the exceptions provided for in the Rules of Procedure.[6] The Court rejected untimely evidence presented by the Commission, the representatives, and the State in *Suárez--Rosero v. Ecuador*, *White Van*, and *Bueno-Alves v. Argentina*.[7] In spite of what has been held in the foregoing cases, the requirement of timeliness of evidence is inconsistently applied, as this article will set forth in a subsequent section.

There is also a deadline for requesting the substitution of a witness or expert witness. This petition must be made when presenting the definitive list of declarants.[8] If the substitution of a witness is requested after presenting the definitive list of declarants, the party will have to claim exceptional circumstances justifying its request. The Court has allowed the parties to provide the relevant explanations for this substitution after the final list of

4 IACtHR, Rules of Procedure, Arts. 35(1)(e), 36(1)(e), 40(2)(b) & 41(1)(b).

5 Idem, Art. 57(2).

6 IACtHR, Miguel Castro-Castro Prison v. Peru (the), Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 160, Nov. 25, 2006, para. 195.

7 IACtHR, Suárez-Rosero v. Ecuador, Merits, Judgment, (ser. C) No. 35, Nov. 12, 1997, paras. 19-20; IACtHR, Paniagua-Morales et al. v. Guatemala (White Van), Merits, Judgment, (ser. C) No. 37, Mar. 8, 1998, *para.* 31 No. 2; and IACtHR, Bueno-Alves v. Argentina, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 164, May 11, 2007, paras. 51 & 52. Among others, such as IACtHR, Servellón-García et al. v. Honduras, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 152, Sept. 21, 2006, para. 45, and IACtHR, Suárez-Peralta v. Ecuador, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 261, May 21, 2013, para. 35.

8 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Request of Public Hearing, Order of President of the Court, July 2, 2010, (In Spanish) para. 51.

witnesses and experts is presented, as long as the substitution request was lodged on time.[9] When doing so, the Court claimed to be acting accordingly to the informality governing human rights procedures.

1.2 Relevance requirement

1.2.1 Requirement established by the Court's practice

Another admissibility requirement is that of relevance. By contrast to the requisite of presenting evidence within a certain deadline, the relevance requirement is not established in the Rules of Procedure, but was created by the Court's practice. In *Kawas-Fernández* the Court rejected some newspaper articles that were submitted by the representatives as supervening evidence, arguing that they were "unrelated to the factual framework of the instant case, as per the application filed by the Inter-American Commission."[10] *Bueno-Alves v. Argentina* provides an example of evidence that was rejected not only because of its untimely presentation, but also because of its lack of relevance.[11] In *Acevedo Buendía et al v. Peru* the Commission asked the State to provide copies of the file of a case, but the latter objected that this evidence was unrelated to the issue under discussion.[12] The Court agreed with the State, considering it "unnecessary to require such documentation,"[13] and deciding that the case's body of evidence was enough for solving the dispute. In *Cantos v. Argentina* the Court took no consideration of evidence with "no direct bearing upon the analysis of the relevant facts in this case."[14] In *Ríos et al. v. Venezuela*, the State objected to the inclusion of evidence considered irrelevant for the object of the case; the Court decided to include it, but leaving out an irrelevant appendix.[15] Similarly, the IACtHR

9 The Court did so in the same *Cabrera case*. Idem, para. 49-53.

10 IACtHR, Kawas-Fernández v. Honduras, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 196, Apr. 3, 2009, para. 43. Similarly in IACtHR, Landaeta Mejías Brothers *et al.* v. Venezuela, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 281, Aug. 27, 2014, paras. 36 & 37.

11 IACtHR, Bueno-Alves v. Argentina, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 164, May 11, 2007, para. 50.

12 IACtHR, Acevedo-Buendía et al. v. Peru (Discharged and Retired Employees of the Office of the Comptroller), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 198, July 1, 2009, para. 28.

13 Idem.

14 IACtHR, Cantos v. Argentina, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 97, Nov. 28, 2002, para. 37.

15 IACtHR, Ríos et al. v. Venezuela, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, (ser. C) No. 194, Jan. 28, 2009, para. 88. This case also provides some other examples of irrelevant evidence

has distinguished, within a declaration, the parts that are relevant to the case, such as in *The Rochela Massacre v. Colombia*, where the Court, after receiving the affidavit of a witness, decided to add to the body of evidence only the part that specifically referred to the facts of the massacre.[16] In *Bulacio v. Argentina* the Court rejected the declaration of an expert witness who sought to disprove certain facts that had already been accepted by the State.[17]

The Court is usually open to accept the presentation of evidence related to supervening facts,[18] as long as this evidence is clearly related to the object of the case (the problem is that, in some cases, the extent of the issue under discussion is not clear [PAÚL, 2015, p. 31]). If there were no *prima facie* relation between the supervening facts and those of the case, the parties would have to give arguments explaining this relation. This was suggested by the Court in *Bueno-Alves v. Argentina*.[19]

1.3 Other requirements

The IACtHR also sets other requirements for the presentation of evidence. Article 40(2) of the Court's Rules of Procedure provides that the representatives' brief containing pleadings, motions, and evidence shall include "the evidence offered, properly organized, with an indication of the alleged facts and arguments that it relates to." According to this Article, in *Torres et al. v. Argentina* the Court rejected the presentation of witness and expert witness evidence that did not fulfill this requirement; apparently, because the parties gave no clear account of the relation between this evidence and the facts of the case.[20]

The Rules of Procedure provide in Article 46(1) that the parties have to reiterate their offer of declarations of alleged victims, witnesses, or expert witnesses, in the "definitive

• • •

that was not admitted. *See also* IACtHR, Cantos v. Argentina, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 97, Nov. 28, 2002, para. 36.

16 IACtHR, Rochela Massacre v. Colombia (The), Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 163, May 11, 2007, para. 61.

17 IACtHR, Bulacio v. Argentina, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 100, Sept. 18, 2003, para. 59. The Court also rejects evidence already submitted by a party, as happened in IACtHR, Constitutional Court (The) v. Peru, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 71, Jan. 31, 2001, para. 52.

18 *E.g.*, IACtHR, Acevedo-Buendía et al. v. Peru (Discharged and Retired Employees of the Office of the Comptroller), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 198, July 1, 2009, para. 29.

19 IACtHR, Bueno-Alves v. Argentina, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 164, May 11, 2007, para. 47.

20 IACtHR, Torres et al. v. Argentina, Request of Public Hearing, Order of the President, April 29, 2011 (available only in Spanish), "considerando" para. 6.

list of declarants." Hence, the Court has considered that when a party does not fulfill this requirement, this party has tacitly withdrawn its offer of evidence.[21]

Another requirement is related to the content of the declaration, because witnesses and experts are called to declare on a particular matter, so the Court has taken no account of the parts of their statements that exceed their previously defined purpose.[22] Nevertheless, it is not absolutely necessary for expert witnesses to limit their declarations strictly to the purpose for which they were required under the order of the President of the Court, because the IACtHR may still admit their declarations as being useful for adjudicating a case. This happened in *Almonacid-Arellano v. Chile*, where the Court explicitly acknowledged that the declaration of an expert witness presented by the State went beyond the matter for which he was summoned,[23] but nevertheless admitted this evidence. While doing so, it asserted to be taking "into account the observations made by the Commission," which had objected to this presentation.[24]

The Court's rules of procedure state that the party who wishes to submit the declaration of an expert witness must submit the *curriculum vitae* and contact information of the person they wish to bring before the Court.[25] However, parties have overcome this and other requirements by modifying their request and presenting the person they want to declare before the Court as an ordinary witness instead of as an expert witness, as it happened in the cases *García Lucero* and *Norín Catriman*.[26]

Additional requirements are provided by the Court's practice. The Court usually states that the presentation of witness and expert witness affidavits require prior authorization,

• • •

21 Idem, "considerando" para. 7, and IACtHR, Norín Catrimán y Otros (Lonkos, Dirigentes y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile, Request of Public Hearing, Order of the President, April 30, 2013, (available only in Spanish), "considerando" para. 5.

22 IACtHR, González et al. ("Cotton Field") v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 205, Nov. 16, 2009, para. 91; and IACtHR, Artavia-Murillo et al. (*in vitro* fertilization) v. Costa Rica, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 257, Nov. 28, 2012, para. 59.

23 IACtHR, Almonacid-Arellano et al. v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 154, Sept. 26, 2006, para. 76.

24 Idem. The Court also "took into consideration" the allegations of some parties regarding the lack of relevance of some declarations in *Nogueira de Carvalho et al. v. Brazil*.

25 Arts. 31(1)(f), 36(1)(f), 40(2)(c) & 41(1)(c) Inter-American Court's Rules.

26 IACtHR, García Lucero y Otros v. Chile, Request of Public Hearing, Order of the President, Feb. 14, 2013 (available only in Spanish), "considerando" paras. 10-11, and IACtHR, Norín Catrimán y Otros (Lonkos, Dirigentes y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile, Request of Public Hearing, Order of the President, April 30, 2013 (available only in Spanish), "considerando" paras. 24-25.

so it has rejected this evidence when it is presented without this authorization,[27] or has declared to consider it to be "only" documentary evidence.[28] The Court has also given consideration to the fact that some affidavits have not been rendered before a notary public or some other public official,[29] or has rejected statements that did not follow the President's order to be made before a notary public.[30] In *Bámaca-Velásquez* the Court rejected a witness's declaration rendered by videotape, ruling: it "lacks autonomous value, and the testimony that it contains cannot be admitted as it has not complied with the requirements for validity, such as the appearance of the witness before Court, his identification, swearing in, monitoring by the State and the possibility of questioning by the judge."[31] In addition, in *Bamaca-Velásquez* the Court rejected evidence whose source was not clearly identifiable, considering that it did not comply with the minimum formal requirements for admissibility.[32]

The most recent Rules of Procedure of the Court provide that a party may formulate some questions in writing to a witness or expert witness who will be issuing his or her statement via affidavit.[33] The Rules provide nothing as to what would happen if the declarant dismisses these questions. The reader may wonder whether a failure to answer them raises an issue of admissibility. This matter was referred to in *Artavia-Murillo et al. v. Costa Rica*.[34] In this case, the State alleged that some statements omitted these answers, which would

27 IACtHR, Bueno-Alves v. Argentina, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 164, May 11, 2007, para. 50.

28 IACtHR, Abrill-Alosilla et al. v. Peru, Request of Public Hearing, Order of the President of the Court, Sept. 8, 2010 (in Spanish) paras. 24 & 25. The relevance of such consideration is scarce, since the Court weighs evidence the way it deems better, regardless of the format in which evidence is presented. See PAÚL, 2015, p. 34-36.

29 *E.g.*, IACtHR, Bueno-Alves v. Argentina, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 164, May 11, 2007, para. 50.

30 IACtHR, González et al. ("Cotton Field") v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 205, Nov. 16, 2009, para. 106.

31 IACtHR, Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Merits, Judgment, (ser. C) No. 70, Nov. 25, 2000, para. 103.

32 Idem, para. 105. It is worth noting that in some courts the expertise or proficiency of an expert witness is an issue, which is dealt with at the admissibility stage, but this is not the case of the IACtHR, which assesses this circumstance when examining the merits of the case. IACtHR, González et al. ("Cotton Field") v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 205, Nov. 16, 2009, para. 91; and IACtHR, Castillo-González v. Venezuela, Merits, Judgment, (ser. C) No. 256, Nov. 27, 2012, paras. 32 & 33.

33 Art. 50(5) Inter-American Court's Rules.

34 IACtHR, Artavia-Murillo et al. (*in vitro* fertilization) v. Costa Rica, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 257, Nov. 28, 2012, para. 56.

affect the adversarial principle and its right to defence, among others.[35] The Court responded by ruling that a failure to answer the other party's questions did not make a statement inadmissible, but may have an impact on the weight that the Court grants to a particular declaration when analyzing the merits of a case.[36]

This decision is worthy of criticism. Failing to answer questions that have been issued on time and accepted by the Court is a breach of the duty to cooperate. Such breach should be penalized. Otherwise, the Court may be encouraging witnesses' dismissal of difficult questions, which ends up defeating the object of granting parties the chance of asking questions to those declaring via affidavit. In addition, since the Court's case decisions do not currently describe the content of declarations, there is no way of assessing whether the Court took into consideration the dismissal of questions when weighing declarations. Penalties attached to a refusal to cooperate should be clearly visible, unless there are strong reasons justifying such refusal to cooperate.

Also in *Artavia*, the Court decided that the untimely presentation of Spanish translations of statements issued in English did not render this evidence inadmissible.[37] For stating this, the Court paid regard to the fact that the parties made no objection to the presentation of some documents in English in the phase before the Commission.[38] By contrast, in *Cruz Sanchez et al v. Peru*, the Court rejected the statement of an expert witness that was not translated into Spanish.[39]

1.4 Inconsistency in the application of the aforesaid admissibility rules

The very few admissibility rules of the IACtHR reveal this tribunal's flexibility. Nevertheless, an even clearer illustration of the Court's informality is its inconsistency when applying them. At times the Court makes exceptions to a certain rule in one section of a judgment, while endorsing a strict application of the rule in some other section of the same judgment. In fact, some of the cases that this article used previously as examples for the application of an admissibility rule also contain exceptions to the particular rules that were illustrated with them.

In the matter of untimely evidence, the IACtHR will often accept evidence presented after the relevant deadlines, even if there is no proof or allegation of exceptional circumstances

• • •

35 Idem.

36 Idem.

37 Idem, para. 57.

38 Idem.

39 IACtHR, Cruz-Sánchez et al. v. Peru, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 292, April 17, 2015, (Currently available only in Spanish) para. 118.

justifying this untimely presentation. The usual way in which the Court circumvents these deadlines is through its power to obtain evidence "on its own motion."[40] The Court will often accept evidence presented after the deadline simply because it is "relevant and necessary to determine the facts of the case," as it happened in *Acevedo-Buendía et al. v. Peru*.[41] There are many other examples of the practice of accepting untimely evidence.[42] Ironically, these exceptions have been applied in cases where the Court states: "*by their very nature, judicial deadlines must be met except for exceptional causes*."[43]

The acceptance of evidence issued after the appropriate procedural stage is now so common, that the Court has set a legal formula for accepting it. For instance, in *Gelman v. Uruguay* the IACtHR states: "the Court admits, exceptionally, documents sent by the parties in different procedural opportunities, finding them relevant and useful for the determination of the facts and their possible judicial consequences, [...]."[44] The Court may even accept time-barred evidence during the public hearing. For instance, in *Cabrera* the Court accepted some documents without assessing whether there were supervening circumstances justifying their belated presentation. The Court utilized its powers to accept evidence *motu proprio*.[45] At other times, the Court will accept evidence issued even after the expiration of deadline extensions, as it happened in *The Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*.[46]

40 Art. 58 Inter-American Court's Rules.

41 IACtHR, Acevedo-Buendía et al. v. Peru (Discharged and Retired Employees of the Office of the Comptroller), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 198, July 1, 2009, paras. 37 & 38.

42 IACtHR, Ivcher-Bronstein v. Peru, Merits, Reparations & Costs, Judgment, (ser. C) No. 74, Feb. 6, 2001, para. 71; IACtHR, Olmedo-Bustos et al. v. Chile (The Last Temptation of Christ), Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 73, Feb. 5, 2001, para. 30; IACtHR, Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 70, Nov. 25, 2000, para. 112; IACtHR, Vélez-Loor v. Panama, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 218, Nov. 23, 2010, para. 78; and IACtHR, Boyce et al. v. Barbados, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 169, Nov. 20, 2007, para. 42.

43 IACtHR, Neira-Alegría et al. v. Peru, Merits, Judgment, (ser. C) No. 20, Jan. 19, 1995, paras. 29-32 in relation with para. 37 (italics in the original).

44 IACtHR, Gelman v. Uruguay, Merits and Reparations, Judgment, (ser. C) No. 221, Feb. 24, 2011, para. 37.

45 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 33.

46 IACtHR, Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay (the), Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 146, Mar. 29, 2006, paras. 20 & 21.

There are also exceptions to the rule of relevance of evidence. In *Escher v. Brazil* the Commission alleged that an affidavit bore no relation whatsoever with the issue that was discussed in the case, but the Court decided to incorporate it into the body of evidence, and assess it only as far as related to the purpose for which it was requested.[47] The Court has also considered that the irrelevance of a particular piece of evidence would be a matter of weight, not of admissibility. For instance, in *Boyce et al. v. Barbados*, the Court admitted allegedly irrelevant evidence stating that it would assess it according to the rules of sound judicial discretion.[48] Likewise, in *Abrill-Alosilla et al. v. Peru* the Court decided to admit the declaration of an expert witness that was objected by the representative of the victims.[49] It is easy to understand this when declarations have both relevant and irrelevant parts, because the Court would prefer to receive a declaration in order to have access to its relevant sections. This happened in *Reverón-Trujillo v. Venezuela*, where the Court admitted the victim's declaration, but declared that it would disregard the part that was unrelated to the object of the case.[50] This way of proceeding spares the Court from declaring inadmissible some evidence that could be useful.

The Court also makes exceptions to other rules established in its case law, such as the requirement of rendering affidavits before a public notary or some other official, as long as "legal certainty and procedural balance between the parties are not impaired."[51] In some cases this occurs because of extraordinary reasons, such as when the parties claimed that Venezuelan notaries public were refusing to authorize documents, presumably due to political pressures.[52] However, in most cases there are no particular grounds for making these exceptions. The Court has also accepted declarations of witnesses and expert witnesses

• • •

47 IACtHR, Escher et al. v. Brazil, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, (ser. C) No. 200, July 6, 2009, paras. 75 & 69.

48 IACtHR, Boyce et al. v. Barbados, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 169, Nov. 20, 2007, para. 44.

49 IACtHR, Abrill-Alosilla et al. v. Peru, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 223, Mar. 4, 2011, paras. 46 & 47.

50 IACtHR, Reverón-Trujillo v. Venezuela, Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, (ser. C) No. 197, June 30, 2009, paras. 44 & 45.

51 IACtHR, Baldeón-García v. Peru, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 147, April 6, 2006, para. 66.

52 *E.g.*, IACtHR, Ríos et al. v. Venezuela, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, (ser. C) No. 194, Jan. 28, 2009, paras. 82-86. Similarly in IACtHR, Apitz-Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 182, Aug. 5, 2008, paras. 13 & 14; and IACtHR, Castillo-González v. Venezuela, Merits, Judgment, (ser. C) No. 256, Nov. 27, 2012, paras. 30 & 31).

exceeding their purpose, as long as they are useful. To do this, the Court invokes its power to admit evidence *ex officio*.[53]

It could be adequate for the Court to simplify its procedures, establishing just a few rules or eliminating Court-created admissibility requirements, but applying these rules consistently. Such simplification would spare the Court from having to analyze the admissibility of evidence in each of its judgments. It would also relieve the parties from making claims in this regard, and would give less space for criticizing unpredictability in the Court's behaviour.

1.5 Two mandatory exclusionary rules

The Court's flexibility for admitting evidence has exceptions. There are two cases where the Court is bound to exclude evidence. The first is established in the IACtHR's Rules of Procedure. Article 57 provides that "[i]tems of evidence tendered before the Commission will be incorporated into the case file as long as they have been received in adversarial proceedings, unless the Court considers it indispensable to duplicate them." Hence, evidence produced by the Commission in non-adversarial proceedings should be excluded from the body of evidence of a given case. Nevertheless, the Court appears to have a presumption that the evidence presented by the Commission was obtained in adversarial proceedings.

Despite the fact that this exclusionary rule is established merely in the Court's Rules of Procedure, the Court's freedom to modify it is limited, because this requirement flows from the principle *audi alteram partem*, which is a basic principle of justice. Furthermore, the Court should consider inadmissible all evidence produced without following this principle, unless there were rare circumstances justifying an exception, such as the death of a proposed witness who was able to leave a written statement. Nevertheless, even in a case like this, the opposing party should be granted the possibility to object or comment on this evidence.

The second mandatory rule refers to the need to exclude evidence obtained through coercion. This rule and the Court's interpretation of it generate serious interpretation issues, so it is necessary to analyze it in a separate heading.

2 Evidence obtained through coercion

2.1 Preliminary Issues

2.1.1 General description of the matter

Article 8(3) of the American Convention on Human Rights (ACHR) provides the basis

53 IACtHR, González et al. ("Cotton Field") v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 205, Nov. 16, 2009, para. 89.

for the rule of exclusion of evidence obtained through coercion, when establishing that "[a] confession of guilt by the accused shall be valid only if it is made without coercion of any kind."[54] The ACHR's exclusion of confessions obtained through coercion was drafted as an obligation binding States, not the IACtHR. Nevertheless, this provision deprives this kind of evidence from its *validity*, so the IACtHR should exclude any coerced confession that may have been produced during domestic criminal proceedings.

The IACtHR has upheld the rule excluding coerced confessions in relation to domestic courts. In some of them, the IACtHR did not develop this rule in depth,[55] but it certainly did so in *Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico*.[56] This ruling was later reaffirmed in *García-Cruz & Sánchez-Silvestre v. Mexico*,[57] and in *Maldonado Vargas et al. v. Chile*[58]. In these cases, the IACtHR made some broad statements regarding the exclusion of evidence obtained under duress, which brings forth some interpretation challenges. The need to determine the real extent of the rule was established in *Cabrera and Montiel*. This is also necessary because the IACtHR's counterpart – the European Court of Human Rights (ECtHR) – has no absolute approach to the exclusion of evidence (TORRES CHEDRAUI, 2011, p. 207-217; KENNES, 2010, p. 383, 392-393; THAMAN, 2010, p. 357-358).

2.1.2 The truth as a paramount value of the Inter-American system

The IACtHR considers that the end of domestic proceedings is to search the truth, and that those appearing before courts have a right to expect proceedings to be, at least, capable of leading to the truth.[59] This peculiarity of the system must be the lens through which the extent of the exclusion of evidence before the Inter-American system must be judged. The

• • •

54 American Convention on Human Rights (1969).

55 IACtHR, Gutiérrez-Soler v. Colombia, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 132, Sept. 12, 2005, para. 52, and IACtHR, Cantoral-Benavides v. Peru, Merits, Judgment, (ser. C) No. 69 (Aug. 18, 2000) paras. 132-133.

56 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, paras. 165-167.

57 IACtHR, García-Cruz & Sánchez-Silvestre v. Mexico, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 273, Nov. 26, 2013, paras. 58-61.

58 IACtHR, Maldonado Vargas *et al.* v. Chile, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 300, Sept. 2, 2015, para. 118.

59 *See*: IACtHR, García-Prieto et al. v. El Salvador, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 168, Nov. 20, 2007, para. 101; IACtHR, Ximenes-Lopes v. Brazil, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 149, July 4, 2006, para. 198 (and 112(11)); IACtHR, Mendoza et al. v. Argentina, Preliminary Objections, Merits and Reparations, Judgment, (ser. C) No. 260, May 14, 2013, para. 217-218.

relevance of the reaching of the truth before the IACtHR has two different manifestations. The first is the development of what the IACtHR has called "the right to the truth." This would be a right of the victims, their relatives and society at large, which stems as a consequence of forced disappearances or violations of a similar seriousness (INTER-AMERICAN, 2014; BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 700; IBÁÑEZ RIVAS, 2014, p. 633). We shall call this expression the *right to the truth in the narrow sense*. The IACtHR states that this right has some concrete consequences, such as the prohibition of enacting amnesty laws and of using statutes of limitations (INTER-AMERICAN, 2014). The IACtHR places such a degree of importance on the achievement of the truth that it has even rejected the application of the *non bis in idem* principle or the prohibition of applying *ex post facto* laws when they may hamper the "right to the truth."[60] It has also extracted, as a consequence of the right to the truth, a duty to investigate and punish (BASCH, 2007; BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 707-708).

There is also a second manifestation of the relevance of the truth before the Inter-American system. This manifestation expresses itself in cases that do not refer to forced disappearances or similar violations. In light of the extension limits of this article, we will not refer to this matter in detail. Nevertheless, it must be noted that the IACtHR has ruled, in cases that do not refer to crimes against humanity, that the relatives of the victims have a right to know the truth. When doing so, it utilizes similar expressions to the ones it uses when referring to the *right to the truth in the narrow sense*.[61] The IACtHR does not grant this second manifestation the same effects it grants to the right to the truth, such as the prohibition of applying the statute of limitations (in spite of this doctrine's sharing many features with the right to the truth). This is why we will call it a *right to the truth in the broad sense*.

The doctrine of the *right to the truth in the narrow sense*, together with the relevance to the finding of the truth according to the *right to the truth in the broad sense*, show that the finding of the truth is a fundamental value in the Inter-American system. Hence, it is paramount

60 *E.g.*, IACtHR, Almonacid-Arellano et al. v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 154, Sept. 26, 2006, para. 154, and IACtHR, Maldonado Vargas *et al.* v. Chile, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 300, Sept. 2, 2015, para. 156.

61 *See*, for instance, IACtHR, Albán-Cornejo et al. v. Ecuador, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 171, Nov. 22, 2007, para. 52; IACtHR, García-Prieto et al. v. El Salvador, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 168, Nov. 20, 2007, para. 102; IACtHR, González et al. ("Cotton Field") v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 205, Nov. 16, 2009, para. 388; IACtHR, Suárez-Peralta v. Ecuador, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 261, May 21, 2013, para. 93.

to consider it when determining the extent of the exclusion of evidence, and the effects that such exclusion may have in the different proceedings.

2.1.3 The Court's rulings and the questions they pose

In *Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico* the IACtHR ruled that the verification of "any type of duress capable of breaking the spontaneous expression of will of a person, [...] necessarily implies the obligation to exclude the respective evidence from the judicial proceeding."[62] In this quote, as well as in some other paragraphs, the IACtHR used the expression "evidence," not "confession," despite the ACHR's use of the word confession, and that international documents usually exclude "statements," not evidence in general. Thus, the question arises as to whether the IACtHR intended to extend the ACHR's exclusionary rule to cover evidence in general, as long as it was obtained under coercion.[63] It is also interesting to note that the IACtHR requires the accused person to give his or her "spontaneous expression," which is a highly demanding concept.[64]

The IACtHR gives no definition of coercion, so we may use an ordinary legal definition, according to which coercion would mean "[c]ompulsion of a free agent by physical, moral, or economic force or threat of physical force" (GARNER, 2014, p. 315). Duress has, in broad terms, a similar meaning (GARNER, 2014, p. 614). In its more classical example, coercion would include torture inflicted in order to make somebody confess a crime. However, the IACtHR refers to "any type" or duress that may break somebody's "spontaneous expression of will,"[65] and similarly, the IACtHR refers to "coercion of any kind."[66] Hence, it becomes necessary to include also other acts that go beyond the paradigmatic case of the use of coercion. Thus, this concept could include, for example, the forcible extraction of hair or blood in order to make some chemical analyses, the administration of laxatives or emetics without a detainee's consent, an illegal detention, or forcing somebody to open the door of his home.

Another challenge is given by the IACtHR's tacit upholding of the doctrine of the fruit of the poisonous tree (DFPT), which is the exclusion of secondary evidence that "owes

62 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 166.

63 Idem, paras. 165 & 166.

64 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 166.

65 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 166.

66 Art. 8(3) ACHR.

its discovery to evidence initially obtained in violation of a constitutional, statutory, or court-made rule" (PITLER, 1968, p. 579). The IACtHR upheld this doctrine when it stated in *Cabrera-García* that "the absolute character of the exclusionary rule is reflected on the prohibition of granting probative value not only to the evidence obtained directly under duress, but also to evidence deriving from said act."[67]

2.2 The exclusionary rule before the IACtHR

2.2.1 Preliminary issues

It is not crystal-clear whether, when establishing the rule of Article 8(3), the framers of the ACHR had in mind concerns of truth, policy, both or some other. Nevertheless, the concern for truth is a sufficient rationale for considering invalid a confession obtained under serious coercion because, depending on the harshness of the acts of duress, an innocent person may make up his or her guilt, just as a way of putting an end to the acts of coercion. Since this first rationale tries to reach the truth in a particular case, it is called the *truth rationale*. In addition to the foregoing, excluding coerced confessions would also serve a policy concern, by showing public officials that there is no use in applying coercion for obtaining confessions, because the resulting evidence would be invalid anyway. This second rationale is called the *public policy rationale*, and is very common in relation to the exclusion of evidence, as is the case in the U.S.[68]

The ACHR provides no explicit rationale for the rule of Article 8(3). In spite of this, the IACtHR stated that the exclusion of evidence aims at both deterring abuses (so as "to discourage the use of any type of duress")[69] and at excluding declarations rendered unreliable by the use of coercion (because they may include false facts asserted solely to put an end to coercion).[70] The IACtHR did not dwell on the rationale of integrity of proceedings or on some other rationale.

By making explicit the rationales underlying its exclusion of evidence, the IACtHR allows the reader to analyze whether they provide enough support for: (a) applying the exclusionary rule to *all evidence* obtained through acts of coercion, regardless of its nature;

67 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 167.

68 *See* U.S., Supreme Court, Davis v. U.S., 564 U.S. __, 6, judgment, June 16, 2011.

69 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 166.

70 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 167.

and (b) extending the deprivation of its probative value to all evidence *deriving from* such an act (the DFPT). The former is important, especially in cases where illegal or illegitimate coercion has effects on things, going beyond the mere expression of the coerced person's will, such as when the coerced person is obliged to open the door of his or her residence, or when he or she is obliged to stop his or her car and allow its inspection.

2.2.2 Breadth of the duty to exclude

a) Extension to statements

The ACHR's Article 8(3) excludes only *confessions*, not other kinds of evidence. This norm is clear. In spite of the foregoing, the IACtHR utilizes an "expansive interpretation" of the ACHR (MAULL, 1994, p. 101-104; LIXINSKI, 2010, p. 585-604; BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 105-161; TIGOUDJA, 2002, p. 69-110), so possibly the IACtHR would consider that there are more important elements than the actual text of the ACHR for determining the extension of the duty to exclude. These would be, for instance, to consider whether the duty to exclude confessions could be extended via analogy to other kinds of evidence and whether that extension could be supported by other international documents.

In light of this, in order to determine if the IACtHR wished to extend its ruling beyond confessions, the interpreter must note that the Court also referred to statements.[71] Besides, other human rights treaties exclude not only coerced confessions, but also coerced statements. Similarly, both the truth and policy rationales would be equally applicable to forced confessions and statements. Therefore, and without assessing the appropriateness of this interpretation, it should be understood that in *Cabrera-García* the IACtHR wished to extend the rule of Article 8(3) to statements.

Another matter that must be answered is what would happen if statements obtained via coercion incriminate third parties and not the person who is making them. The ACHR provides nothing in this regard, at least directly. In *Cabrera* the IACtHR refers only slightly to this matter, by ruling that its acceptance would affect the right to a fair trial.[72] The problem of forced declarations against third parties could be faced by applying the rule of *sana critica* (PAÚL, 2015, p. 34-36), since a coerced statement has no major weight. It could also be addressed by applying other rights of the ACHR, such as the *due guarantees* of a fair trial, since they protect the right of the defense counsel to examine witnesses.[73]

71 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 167.

72 Idem.

73 Art. 8(7) ACHR.

Nevertheless, the IACtHR may include this kind of exclusion within the rule of Article 8(3), because the same rationales for excluding confessions would be applicable. Something similar could be said about cases where private individuals coerce somebody to give a particular statement.

b) No extension beyond confessions and statements

In relation to the ACHR's statement regarding the exclusion of *evidence* – with no further qualification –, the question is whether the rule of exclusion should be extended to all kinds of evidence obtained under coercion, not only to confessions and statements. An example where duress is used for obtaining real evidence would be if police officers illicitly coerce a suspect to open the door of his or her house, where they find conclusive evidence.[74] In this example, there is an illegal use of coercion. However, if the duress used in forcing the door leads to conclusive real evidence against the suspect there will be no danger of falsely convicting him or her. Hence, there will be no concern for truth in this case, so the exclusion of evidence can only be a way of discouraging illegal acts of the police that involve coercion. It would be an indirect way of punishing public officials' wrongdoing.

In the aforementioned example, the exclusion of evidence only benefits the victims of an act of coercion when they are themselves guilty of a wrongdoing. In other words, if two people were affected by a forceful entrance into their respective homes, one of them innocent and the other culpable, the police would find incriminating evidence only in the dwelling place of the guilty person. Hence, if the emphasis for punishing an illegal use of coercion were placed on the exclusion of evidence, the innocent victim would be granted no redress, or would receive less redress than the guilty person. In addition, if the authority uses exclusion of evidence as the main punishment for illegal acts of coercion, it should note that this "punishment" does not allow gradation in light of the different degrees of coercion.

Be that as it may, neither the truth rationale nor that of policy is applicable if the State punishes illegal acts of coercion by other means (as long as they are proportional to the seriousness of the act of coercion). We already stated that the truth rationale would not be applicable if real evidence is found. Similarly, the policy rationale would also be irrelevant, as could be noted with the following example: if police officers who illegally coerce somebody are punished with the appropriate criminal sanctions – proportionally to their wrongdoing – and are expelled from the institution, it will probably be mostly irrelevant to them whether the evidence they obtained was considered invalid.

74 The concept "real evidence" has been defined as "items that allegedly played some role in or were generated by the events in dispute" (SKLANSKY, 2012, p. 704).

The foregoing arguments give grounds to affirm that the IACtHR's conclusion regarding the exclusion of *evidence* would actually refer to *statements*, leaving States free to decide whether to exclude other kinds of evidence illegally obtained. Likewise, the IACtHR would only be required to exclude confessions and statements (even though the IACtHR is free to establish more restrictive admissibility norms in its rules of procedure). This conclusion would also be more compatible with the right to produce evidence and the general rule that all relevant evidence should be admissible.

In addition to the foregoing, it is important to note that, when determining the breadth of the duty to exclude, the reader must also consider the relevance that the IACtHR gives to the reaching of the truth in criminal proceedings, as it was stated above. Excluding evidence that was brought about due to a State officer's wrongdoing could have the effect of absolving the criminal, leaving his or her conduct unpunished. This result would be contrary to the "right to the truth", which would amount to a failure of the national judiciary in fulfilling the IACtHR's doctrine of the duty to punish. This may be exemplified with the case of a police agent that illegitimately coerces a member of the military who committed a crime against humanity. In this case there are two illegal conducts, that of the police and that of the member of the military. The State should deter both.

c) Confirmation by the Court's reference to international law

The wording of *Cabrera & Montiel* somewhat reinforces the fact that the duty to exclude would not extend beyond forced confessions and statements. The IACtHR provides that the rule of exclusion *of evidence* obtained under torture or inhuman treatment "has been acknowledged by several international treaties and international bodies for the protection of human rights, insofar as they have considered that the rule of exclusion is inherent to the prohibition of such acts."[75] In ruling this, the IACtHR quotes two treaties, which only refer to confessions or statements.[76] It also refers to the non-binding conclusions of some international bodies. Among them, only the United Nations Human Rights Committee extended this rule to other kinds of evidence, and it did so in very specific terms. Indeed, this body asserted: "no statements or confessions or, *in principle*, other evidence obtained in violation of [the norm protecting from torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment] may be invoked as evidence in any proceedings covered by

75 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 165 (footnotes omitted).

76 The U.N. Convention against Torture (1984) and the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985). Furthermore, these documents only exclude evidence obtained via torture, not via cruel, inhuman or degrading treatment (see Arts. 15 and 10, respectively).

article 14, including during a state of emergency."[77] In other words, the Human Rights Committee does not rule out admitting other evidence obtained in violation of Article 7, since it uses the expression "in principle." Moreover, the Committee's decisions refer to evidence obtained via torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, not to evidence obtained merely under coercion. The latter also occurs with the other instruments cited by the IACtHR, which require the use of torture, not just *coercion*, for excluding statements.

Thus, there is no generally binding international rule compelling the exclusion of *all evidence* obtained via torture or cruel, inhuman or degrading treatment or, *a fortiori*, under mere coercion. Hence, if the IACtHR claimed that the rule of exclusion *of evidence* was a rule recognized in international law, it must be understood that the expression "evidence" referred to confessions (and most probably to statements). If the IACtHR's conclusions were to be interpreted as meaning *evidence in general*, the IACtHR would have been inaccurate in describing the reality of international law.

2.3 No duty to apply the DFPT

2.3.1 Brief account of the origin of the DFPT

As previously stated, the IACtHR's ruling in *Cabrera & Montiel* seems to make an implicit reference to the DFPT, since it ruled that "the absolute character of the exclusionary rule is reflected on the prohibition of granting probative value not only to the evidence obtained directly under duress, but also to evidence deriving from said act."[78] In addition to this, in the early years of adjudication of the IACtHR a scholar considered that a strong argument could be made that "if a coerced confession is invalid, any additional evidence flowing from that confession should also be invalid" (MAULL, 1994, p. 111). Therefore, it is necessary to determine whether the DFPT is applicable to the Inter-American system.

The DFPT was created by the U.S. Supreme Court as a safeguard of the Fourth Amendment in the 1920 case *Silverthorne Lumber Co., Inc., et al. v. U.S.*[79] The doctrine "requires the exclusion of evidence (fruit) derived from evidence obtained in the underlying illegal search (the poisonous tree)" (BRINEGAR, 1981, p. 221). In the U.S., this rule has several exceptions. In cases of "involuntary confessions," that is, confessions obtained via torture

77 Human Rights Committee, General Comment No. 32, *Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, CCPR/C/GC/32, Aug. 23, 2007, para. 6 (emphasis added).

78 IACtHR, Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 220, Nov. 26, 2010, para. 167.

79 U.S, Supreme Court, Silverthorne Lumber Co., Inc., et al. v. U.S., 251 U.S. 385, judgment, Jan. 26, 1920.

or cruel, inhuman or degrading treatment, or coercion that falls short from the aforementioned cases of duress, the U.S. Supreme Court would consider that physical evidence deriving from statements made under torture or cruel, inhuman or degrading treatment should be excluded from ordinary criminal courts. This may also be the case regarding real evidence derived from treatments that fall short from cruel, inhuman or degrading treatment (THAMAN, 2010, p. 359-360).

2.3.2 No duty to apply the doctrine in light of the rationales underlying exclusion

This article will analyze only the application of the DFPT to the evidence that derives (fruit) from the evidence that should be excluded in the Inter-American system, which is, as it was previously stated, coerced confessions and statements (poisonous tree). In this regard, a person who is coerced to declare may give clues leading to objective evidence. An example of this situation may be the following: the police coerces a kidnapper in order to find out the whereabouts of a person who was kidnapped. In his declaration, the kidnapper confesses that he killed his victim, and reveals the place where he concealed the body. This statement leads to the finding of other items of evidence, such as the victim's body and the kidnapper's DNA in the place where the murder took place.

In a case such as the aforementioned, the rationale of seeking the truth is not applicable, since there will be clear evidence showing the involvement of a person in a particular crime. Even if a judge grants no weight to the confession, the evidence found as a consequence of the accused person's confession may show his or her guilt. Hence, in such a case, there is no fear of being misled by the declaration; it will not be a hindrance to the finding of the truth. By contrast, the application of the DFPT may endanger reaching the truth in this case, because the tribunal of fact would be depriving itself from important evidence.

Of course, regardless of the truthfulness of the declaration, there is also a policy need of discouraging the use of duress when obtaining confessions. Furthermore, the main rationale justifying the DFPT is deterring the use of coercion to obtain evidence. Nevertheless, if public officials who exercise coercion were punished in proportion to the gravity of their wrongdoing, there would be a system that could have similar deterring effects to those of the DFPT. Thus, in a case like that described in the example, if the officers were proportionally sanctioned, neither the truth rationale nor the policy rationale would justify using the DFPT.

If the IACtHR were to follow the DFPT, and exclude real evidence that is indirectly derived from coercion, it may be hampering the search for the truth and the punishment of criminals. The IACtHR would be going against what can be considered the main aim or guiding principle of evidentiary proceedings, which is reaching the truth, and not the indirect punishment of public officials. Hence, at the Inter-American level, it is not advisable to utilize the DFPT for discouraging illegal conducts committed by the police or by security forces. It is not the role of the IACtHR to forgo its end of reaching the truth in

order to encourage a domestic policy. This does not, however, prevent the IACtHR from taking advantage of its unique system or remedies for requiring States to establish an appropriate system for punishing security forces that incurred in acts of undue coercion. In a related vein, the question may be posed as to whether States would be compelled by the IACtHR to apply the DFPT domestically. The answer to this question should be in the negative (even though States may apply it voluntarily), because the IACtHR, in addition to ordering States to search for the truth, requires them to be effective in their investigation of crimes.[80]

Conclusion

The IACtHR has two kinds of admissibility rules. The first are the regulations established by the Court itself, either in its Rules or in its practice. The second are the rules imposed on the Court, such as the prescriptions enshrined in the ACHR or the demands of the right to due process and the *audi alteram partem* principle. The Court is very flexible when applying the first kind of rules; so much so, that they seem to be mere guidelines. If the Court follows objective and unambiguous admissibility rules, the parties will be able to understand better the state of a trial and plan their actions. Defining such rules would also prevent the Court from making distinctions that may seem discretional. Some may argue that the establishment of clear rules of admissibility may diminish the chances of achieving a just result, because it may prevent the Court from assessing some evidence. However, if rules are established in advance, and room is made for really necessary exceptions – such as the presentation of supervening evidence –, they should have no detrimental effect on parties who are diligent.

The Court has not faced yet many cases dealing mandatory admissibility rules, but they raise interesting issues, some of which were described in this article. An example of them is the obligation to exclude statements following some kinds of coercion. The basis for this exclusion lies in the ACHR, which provides that coerced confessions are invalid. When it does so, it refers only to evidence produced before domestic courts. However, the ACHR's rule affects the *validity* of such evidence, so the IACtHR should also declare it inadmissible in its own proceedings. In the understanding that the IACtHR would be bound by this rule, this article assessed its extent. This task was necessary in light of some unclear rulings made by the IACtHR in *Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico*. On the one hand, this article pondered whether the exclusion of evidence would extend to statements

80 IACtHR, García-Prieto et al. v. El Salvador, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 168, Nov. 20, 2007, para. 115.

in general and to other means of evidence, and concluded that the exclusion should extend only to coerced confessions and other kinds of statements. However, the IACtHR is not prevented from establishing more stringent exclusionary rules in its rules of procedure. This article then referred to the DFPT and the role that it may have in the IACtHR's admission of evidence. As a result, taking particularly into account the IACtHR's doctrine of the right to the truth, it concluded that this doctrine should have no place before the IACtHR. It also concluded that States should not be obliged to adopt it.

REFERENCES

BASCH, Fernando Felipe. The doctrine of the Inter-American Court of Human Rights regarding states' duty to punish human rights violations and its dangers. *American University International Law Review*, v. 23, p. 195-229, 2007.

BRINEGAR, Meredith B. Limiting the application of the exclusionary rule: the good faith exception. *Vanderbilt Law Review*, v. 34, p. 213-231, 1981.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 12, p. 105-161, 2014.

_____; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights*. Case law and commentary. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black' law dictionary*. 10. ed. Minnesota: Thomson Reuters, 2014.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Artículo 25. Protección Judicial. In: CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Comentario. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung; Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *The right to truth in the Americas*. Inter-American Commission on Human Rights, 2014.

KENNES, Laurent. Le procès équitable sous l'angle du droit au silence et de l'admissibilité de la preuve irrégulière au cours du procès pénal. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, v. 82, p. 383-398, 2010.

LIXINSKI, Lucas. Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law. *The European Journal of International Law*, v. 21, p. 585-604, 2010.

MAULL, John. The exclusion of coerced confessions and the regulation of custodial interrogation under the American Convention on Human Rights. *American Criminal Law Review*, v. 32, p. 87-135, 1994.

PAÚL, Álvaro. An overview of the Inter-American Court' evaluation of evidence. In: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; HERRERA, Clara Burbano (Eds.). *The Inter-American Court of Human Rights:* theory and practice, present and future. Cambridge: Intersentia, 2015. p. 25-50.

PITLER, Robert M. The fruit of the poisonous tree: revisited and shepardized. *California Law Review*, v. 56, p. 579-651, 1968.

SANDIFER, Durward V. *Evidence before international tribunals*. Ed. rev. Charlottesville: University Press of Virginia, 1975.

SHELTON, Dinah L. Judicial review of state actions by international courts. *Fordham International Law Journal*, v. 12, p. 361-398, 1989.

SKLANSKY, David Alan. *Evidence*. Cases, commentary and problems. 3. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

THAMAN, Stephen C. 'Fruits of the poisonous tree' in comparative law. *Southwestern Journal of International Law*, v. 16, p. 333-284, 2010.

TIGOUDJA, Hélène. L'autonomie du droit applicable par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: en marge d'arrêts et avis consultatifs récents. *Revue Trimestrielle Des Droits de l'Homme*, v. 49, p. 69-110, 2002.

TORRES CHEDRAUI, Ana María. An analysis of the exclusion of evidence obtained in violation of human rights in light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Tilburg Law Review*, v. 15, p. 205-234, 2011.

Álvaro Paúl

Professor at Pontificia Universidad Católica de Chile. Graduate from Universidad de los Andes (Chile), Master in Law (MJur) from the University of Oxford, and Philosophy Doctor (PhD) from Trinity College Dublin.

alvaro.paul@uc.cl

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 20.01.2017
Aprovado: 31.05.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201727

Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos

AN INTERNATIONAL COURT TO ENSURE DEMOCRATIC RIGHTS AND HUMAN RIGHTS

Quênida de Rezende Menezes[1]

Resumo
O artigo apresenta a defesa do Projeto do Tribunal Constitucional Internacional como mecanismo de garantia dos Direitos Internacionais e das Liberdades Democráticas na comunidade internacional. Por meio de estudos de casos, análise comparada de constituições, tratados, convenções e estatutos internacionais, assim como a atuação de órgãos internacionais, como do Tribunal Internacional de Haia e, principalmente, do Tribunal Internacional Penal, o texto demonstra as fragilidades e lacunas existentes que podem ser mediadas e suprimidas com um novo órgão de jurisdição internacional, capaz de fortalecer os órgãos já existentes e alcançar demandas ainda não atingidas. As principais críticas aos órgãos judiciais internacionais e conceitos como soberania e imunidade são abordados para questionar a fragilidade da resistência a este projeto.

Palavras-chave
Tribunal Constitucional Internacional; Direito Internacional; soberania; impunidade; obstáculos.

Abstract
Through practical case studies, the comparative analysis of international constitutions, treaties, conventions, experiences and practices, as well as studies by international institutions, such as the International Court of the Hague, and the Criminal Court, in particular, demonstrates the existing weaknesses and gaps that can be remedied and eliminated with a new international legal institution, that has to be capable of strengthening already existing institutions and achieving the unfulfilled requirements. The main international legal criticisms of institutions and concepts, such as sovereignty and immunity, are raised to question the fragility of resistance to this project.

Keywords
Constitutional Court International; International Law; sovereignty; impunity; obstacles.

1 Haitian-American Institute for Justice & Law (HAIJL) Lawrenceville, GA – EUA

CC BY-NC

Introdução

Este artigo analisa o conjunto de problemas na internalização dos tratados internacionais no ordenamento nacional e a importância da criação de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI) para auxiliar esse processo. Com a disparidade de valores, formas e regimes políticos adotados pelos membros da comunidade internacional, faz-se necessário um mediador capaz de trazer aspectos comuns e primordiais para a consolidação da paz e dos direitos humanos. Um importante mediador seria o Direito, que é de fato a força pela qual se estabelece e desenvolve a harmonização de conflitos. A Constituição é a representação máxima do Direito, por descrever os valores comuns de uma nação, determinar os aspectos essenciais da organização do Estado, além de apresentar as garantias mínimas dos direitos fundamentais e sociais de um povo.

Embora seja voltado para a condução do Estado, o constitucionalismo sempre caminhou na direção do internacionalismo. As constituições dos países sempre foram influenciadas pelo contexto internacional: em um primeiro momento, o surgimento dos primeiros Estados liberais, configurando o Estado de Direito; mais tarde, o desenvolvimento da constitucionalização do Estado social; até culminar no Estado constitucional. O Espírito de Genebra, entre as duas guerras mundiais, também surge da relação próxima das constituições com o contexto internacional. Foi com o fim da Segunda Guerra Mundial, representado pela queda do nazismo e do fascismo, que o mundo assistiu ao renascimento da Europa, trazendo para o centro do debate a legalidade internacional e a democracia constitucional para vários países.[1]

Há problemas em relação às constituições democráticas e a aplicação dos tratados internacionais na esfera interna dos Estados em todo o mundo. Esses problemas são essencialmente de duas ordens: primeiro, saber se o direito internacional entra no direito interno pela via constitucional; segundo, saber se o direito internacional, uma vez internalizado, se sobrepõe às disposições legais nacionais com as quais ele está em desacordo. As comunidades supranacionais, como a União Europeia, desatacam os desafios de conciliação entre o direito interno e internacional e reforçam a importância da análise técnica para executar essa mediação.

Uma análise técnica desses problemas é fundamental, pois consegue visualizar a norma para além dos interesses políticos. Ela foca na garantia da aplicação dos direitos humanos e dos princípios essenciais democráticos. O Tratado de Roma, instituidor do Tribunal Penal Internacional (TPI), exige que os tribunais nacionais apliquem o direito comunitário em casos de conflito com a lei nacional, mas é a constituição que define se o ordenamento nacional é compatível com as obrigações do direito internacional. Nesse caso, utiliza-se uma

1 Cf. TRINDADE, 2006, 1999; CASSESE, 1991; THOMAS, 2001; FAVRE, 2001.

ação de descentralização dos tribunais para avaliar e assegurar o respeito aos tratados. A redação de uma cláusula constitucional apropriada não é suficiente para resolver todos os impasses da internalização de tratados internacionais. A prática constitucional e a interpretação da Lei Fundamental pelos tribunais podem ter um papel decisivo na solução de certos conflitos, mas não os eliminam por completo, pois a jurisprudência local pode expressar um entendimento completamente diferente das ações e dos princípios de um tratado. Assim, a criação de um Tribunal Constitucional Internacional configura a abertura de um sistema de garantia – um sistema capaz de minimizar os atritos entre o direito interno e o direito internacional, estabelecendo não apenas um norte, mas uma coalizão de diferentes análises dos países.

A aparição das comunidades supranacionais, que resulta na criação de garantias fundadas sobre o controle judiciário descentralizado, capaz de validar as regras nacionais em comparação com o direito internacional, demonstra a importância do Tribunal Constitucional Internacional. Como funcionaria um tribunal central independente, que, de maneira imperativa, determinasse normas internacionais, as quais devessem ser aplicadas pelos magistrados nacionais? Essa passagem entre as questões apresentadas se aplica pela importância, hoje, da ideia de que o direito internacional dá ao indivíduo o direito de invocar na justiça seus direitos ontológicos. O essencial é a significação de uma regra internacional destinada a todos os homens e mulheres, que possa ser definida com precisão por um órgão judiciário, competente, imparcial e natural.

No desenvolvimento deste estudo, diversas fontes documentais foram utilizadas. Textos científicos e jurídicos, impressos e disponíveis na internet, alguns produzidos por instituições internacionais. As análises e os textos são apresentados de forma clara e com exemplos concretos ao longo do artigo. Esse aporte possui a vantagem de nos permitir realizar um estudo sistemático do direito internacional, demonstrando a importância da criação do TCI para alcançar uma melhor aplicabilidade dos tratados internacionais e assegurar o principal objetivo de proteção à dignidade humana. A apresentação da pesquisa se faz por meio do percurso dos seguintes temas: "O projeto internacional: Tribunal Constitucional Internacional (TCI)"; "O Tribunal Constitucional Internacional não ameaça a soberania"; "O exercício da jurisdição e da soberania". Em seguida, demonstramos o desenvolvimento nos temas: "Um obstáculo a superar: a questão das imunidades"; "A importância da limitação pela natureza dos crimes"; "A questão da impunidade e a complementaridade"; "Um tribunal estrangeiro?"; "Autonomia dos Estados e não aplicabilidade do Tribunal Internacional Penal". Para finalizar, abordamos "Um reexame obrigatório: as regras de procedimento e prova, e do princípio de reabilitação", seguido da "Conclusão".

A análise é alimentada pelos princípios e pelos conceitos associados ao apoio da criação de um Tribunal Constitucional Internacional, o que permite um melhor desenvolvimento da aplicabilidade e gestão dos tratados internacionais, com o objetivo de garantir e assegurar a dignidade humana. A abordagem comparativa tem relação com o fato de que

os órgãos internacionais existentes não dispõem de dispositivos eficazes, sendo restrito o alcance dessas instituições – como, por exemplo, o Tribunal Internacional de Haia e o Tribunal Internacional Penal –, culminando, então, na necessidade de um órgão internacional autônomo (como o TCI), que, além de assessorar os tribunais existentes, possa ainda solucionar o vácuo jurisdicional existente. Por isso, iremos examinar a dificuldade exposta com exemplos concretos.

1 O PROJETO INTERNACIONAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL (TCI)

Moncef Marzouki, ativista de direitos humanos e ex-presidente da Tunísia, entre 2011 e 2014, é o proponente do Projeto do Tribunal Constitucional. O Projeto consiste na criação de uma instituição judicial internacional para monitorar as disposições e práticas constitucionais dos países-membros da ONU. Os padrões internacionais dos direitos humanos e das liberdades democráticas seriam, segundo a proposta, utilizados para monitoramento. A finalidade seria evitar o desvio das instituições democráticas por meio de um instrumento capaz de garantir que os compromissos assumidos pelos países, em toda sua soberania, sejam efetivamente respeitados e cumpridos. Os órgãos internacionais existentes não dispõem de dispositivos eficazes, com alcance restrito, como é o caso do Tribunal Internacional de Haia[2] e do Tribunal Internacional Penal,[3] culminando na necessidade de um órgão internacional autônomo que, além de assessorar os tribunais existentes, possa solucionar o vácuo jurisdicional existente.

Qualquer cooperação internacional é caracterizada por uma ação conjunta e coordenada a fim de atingir resultados comuns em uma ou mais áreas da vida internacional. Essa mesma cooperação decorre de uma solidariedade procurada e livremente acordada. Desta forma, a cooperação é em si resultado da soberania. No entanto, os impasses do Direito Internacional Público são numerosos. Alguns países proclamam a democracia e a soberania como seus princípios basilares, mas realizam eleições para escolha de seus governantes em um contexto de fraude e terror. Isso ocorre em contradição com os grandes textos internacionais, que não são suficientes para garantir as liberdades públicas ao povo desses países, reféns de um jogo político que almeja os bônus de uma comunidade internacional,

2 A Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta das Nações Unidas como o principal órgão judicial das Nações Unidas, também pode ser denominada como Corte de Haia ou Tribunal de Haia. Fundada em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, para substituir a Corte Permanente de Justiça Internacional, tem sede em Haia (Holanda), no Palácio da Paz. O Projeto do Tribunal Constitucional e a Corte Internacional de justiça não se confundem.

3 O Estatuto de Roma cria o Tribunal Penal Internacional, adotado em Roma em 17 de julho de 1998 pela Conferência Diplomática reunida de 15 de junho a 17 de julho de 1998.

sem, contudo, cumprir com os deveres correspondentes. A Tunísia é um bom exemplo, pois é, ao mesmo tempo, proponente do Projeto do Tribunal Constitucional Internacional (TCI) e um Estado autoritário. Talvez a necessidade de um órgão como o TCI surja dessa contradição. A colaboração internacional técnica pode ser mais eficaz do que os acordos políticos na consolidação de princípios democráticos.

Apesar dos compromissos internacionais ratificados em matéria de direitos humanos, os países não estão a cumprir o que assinaram, no âmbito de sua soberania.[4] Em alguns países, tal como o Canadá, os tratados não são vinculativos (autoexecutáveis), isto é, representações e acordos (tratados) emitidos pelas organizações internacionais não têm força de lei, como nos Estados Unidos – embora alguns desses acordos possam refletir ou inspirar uma lei em vigor.[5] Também é questionável a forma como os conceitos internacionais, principalmente ligados aos direitos humanos, muitas vezes são livremente estendidos ou reduzidos pelo interesse legiferante local, desrespeitando a essência dos princípios e garantias desses direitos.

Na sociedade internacional, embora a democracia seja um proclamado valor universal, não há nenhuma maneira de aplicá-la de fato no contexto local. É por isso que agora temos de substituir a boa-fé, no centro da política internacional, por algo que de fato faça os representantes dos países porem em prática os seus compromissos. Faz-se necessário um mecanismo judicial internacional, com jurisdição automática, capaz de monitorar as disposições e práticas constitucionais dos Estados em relação às normas internacionais dos Direitos Humanos e das liberdades democráticas.[6] Isso estaria em consonância com muitas constituições que afirmam a superioridade do direito internacional sobre o direito nacional, uma vez que trata de princípios muitas vezes ontológicos.

O processo de ratificação dos tratados e acordos internacionais exige o respeito à soberania dos países e garante-lhes a liberdade de adesão. A regra do *pacta sunt servanda*, segundo a qual o acordo voluntariamente aceito vincula os países à obrigação de cumpri-lo, é a teoria aceita pela doutrina majoritária do direito internacional. Desta forma, o que parte de uma decisão soberana não pode ser ignorado por interesses particulares de seus governantes. Tratados e acordos não funcionam por si sós, são necessárias vontade política e ações para materializá-los, ou seja, algo mais que meras palavras e assinaturas. Apesar da ampla adesão a esses pactos, alguns Estados ignoram a Carta das Nações Unidas, envoltos por doutrinação religiosa e ditaduras travestidas de Repúblicas dentro do mundo oriental. Já os países ocidentais, tão orgulhosos de terem sido a fonte desses textos, acumulam

4 Cf. BARRUÉ-BELOU, 2016; CAMBY, 2015; GUIMAZANES, 2015.

5 Mais informações sobre o tópico em DUFFY, 2015; SAINT-LAURENT, 2015.

6 Inspirado em HUMPHREY, 1967; VASAK, 1974; SIEGHART, 1986.

exploração de trabalho escravo, corrupção, desrespeito aos direitos dos refugiados e imigrantes. Tudo isso é o resultado de medidas constitucionais, legislativas e regulamentares adotadas pelos Estados, na ignorância soberba dos tratados que subscreveram.

A aguda contradição em que foi construída a Carta das Nações Unidas (ONU) dificulta o crescimento de uma comunidade global baseada em valores ontológicos.[7] Por um lado, promove o desenvolvimento do direito internacional, mas, por outro, garante uma concepção de soberania que se opõe a qualquer progresso em direção a uma legislação internacional universal. A soberania não pode ser entoada como valor absoluto, que liberta um país de seu compromisso estabelecido, principalmente quando este ameaça a dignidade humana. Nenhum órgão judicial internacional é responsável pelo acompanhamento da aplicação dos princípios democráticos por parte dos países. A decisão de permitir que os Estados tenham a última palavra contra os acordos que assumiram faz com que os órgãos de soluções de conflitos funcionem como "laranjas judiciais", que existem sem nenhum alcance prático e material.

A Corte Internacional de Justiça de Haia (CIJ) determina que só pode julgar uma disputa se os dois países envolvidos manifestarem o seu acordo, e nada pode forçá-los a fazê-lo.[8] O Tribunal Penal Internacional (TPI), visto como um grande passo para o propósito de punir crimes internacionais, é limitado pelo fato de os Estados mais influentes da ONU não aderirem ao seu *status*. É importante lembrar que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) não deve ser confundida com Tribunal Penal Internacional – este é competente para julgar indivíduos, e não Estados. Apenas o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos[9] é um fórum obrigatório para os países membros da União Europeia e tem o poder de condená-los por suas violações da Carta Europeia dos Direitos Humanos.[10] O projeto da Tunísia sobre o Tribunal Constitucional Internacional busca preencher este vazio jurisdicional com o objetivo de ampliar o poder para julgar tanto indivíduos como Estados em todo o mundo.

• • •

7 Cf. CAMERLENGO, 2015; AÏVO, 2015; BURGORGUE-LARSEN, 2015; GIRARD, 2015.

8 Cour Internacionale de Justice. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php?lang=fr>. Acesso em: 07 jun. 2017.

9 O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (conhecido também: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Tribunal de Estrasburgo ou TEDH) é um tribunal internacional, criado em 1959, com sede em Estrasburgo. Transformou-se num órgão permanente em 1º de novembro de 1998. O TEDH tem competência para examinar queixas provenientes de pessoas físicas, organizações e sociedades que se considerem vítimas da violação de um dos direitos previstos nessa Convenção. O Tribunal não tem competência para examinar todo tipo de queixas. Cf. BONNIEC, 2016; LEVADE, 2015.

10 Cf. GROPPI; COCCO-ORTU, 2014.

A originalidade do Tribunal Constitucional Internacional é que este será orientado para as liberdades públicas, as mesmas liberdades que são constitutivas da democracia, em conjunto com os direitos humanos. Esta descrição está no coração do projeto. O Conselho de Direitos Humanos, a Comissão para os Direitos Humanos, além dos organismos regionais, não possuem poderes judiciais reais, embora sejam tutores do grande e complexo conjunto normativo internacional. Os padrões resultantes de convenções da ONU, como os direitos da criança e do adolescente ou os direitos dos migrantes, sem contar as inúmeras resoluções que estabelecem o princípio da legitimidade democrática e detalham obrigações dos Estados para realizá-las, agora formam um verdadeiro conjunto normativo internacional.[11] Mas toda norma precisa de um sistema de defesa e controle. O próprio processo de ratificação dos tratados e convenções considera todas as exigências para constituir uma lei dentro dos órgãos nacionais do Poder Legislativo. O tribunal arquitetado no projeto da Tunísia pretende implementar o caráter coercitivo e consultivo que obrigue os países a cumprir esse conjunto normativo.[12]

1.1 O Tribunal Constitucional Internacional não ameaça a soberania

Para vetar a criação de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI), alguns países alegam o descontentamento de múltiplos setores sociais com aspectos dos tratados e convenções internacionais. Também consideram que já existe, em diferentes graus, órgãos de apelação interna e regional entre os países e as principais regiões do mundo.[13] No entanto, esses argumentos não são suficientes para alegar a inutilidade de um novo Tribunal desse *status*, já que, até a data, não foi estabelecida nenhuma medida coercitiva de violação de sanções legais de normatividade constitucional internacional. As Uniões Regionais (americanas e africanas) preveem sanções (suspensão ou exclusão da organização), que têm alcance restrito por causa de golpes de Estado,[14] segundo parte da doutrina – o que demonstra que o viés político tende a comprometer a eficiência dessas sanções. A União Europeia vai mais longe: os artigos 2º e 7º do Tratado da União Europeia preveem sanções em casos de violação dos princípios democráticos em geral. Acordos de associação com países subdesenvolvidos têm uma cláusula democrática cuja violação leva, pelo menos teoricamente, à suspensão do acordo. O projeto do TCI articulará um novo mecanismo judicial, que não virá para competir com os já existentes, mas para fortalecê-los, provendo uma ligação com os procedimentos regionais, caso existam.

• • •

11 Cf. GREWE, 2014.

12 Cf. HAMONIAUX, 2001; PIOVESAN, 2016; CAMBY, 2015; CAMERLENGO, 2015.

13 Cf. VIEIRA, 2015, 2016.

14 Cf. GUERRA, 2013; KERTÉ, 2016.

A constituição de um Tribunal Constitucional Internacional não se opõe ao argumento da necessidade de respeitar a soberania dos Estados. A questão que se apresenta, hoje, relaciona-se ao conceito de soberania e sua compreensão no cenário intencional.[15] Este tornou-se um argumento para driblar a boa-fé na construção dos acordos internacionais, empoderando os governos nacionais a assinarem documentos internacionais, embora os ignorem por completo ao implementar políticas internas que tolhem direitos historicamente conquistados. Muitos países convivem com a ascensão de um nacionalismo exacerbado, que muitas vezes levanta bandeiras próprias de regimes fascistas ou legitima ditaduras por meio de fraudes e propagandas questionáveis, além de permitirem violações notórias aos direitos humanos, com base em pressupostos "culturais milenares" de opressão e abuso contra mulheres, crianças e civis. A soberania, nessa concepção distorcida, não protege o cidadão comum contra as investidas de um Estado autoritário, mas protege apenas o governo que a usa contra seu próprio povo. A lei internacional, afirmando limites da soberania de campo, ratifica que o direito internacional é o produto de um acordo entre Estados soberanos. O projeto do TCI não representa ameaça à soberania, apenas garante que os compromissos discricionariamente assumidos sejam respeitados.

Muitos países, como França e Argentina, garantem a prevalência dos tratados.[16] Alguns países, como Alemanha e Itália, adotam em suas constituições cláusulas de adoção global das regras do direito internacional público pelo direito interno e regras que conferem primazia às normas de direito internacional. Outros países também adotam a cláusula de adoção global das regras do direito internacional, mas não estabelecem a primazia do direito internacional sobre as normas de direito interno.[17] Outros estabelecem a primazia do direito internacional sobre as normas de direito interno apenas no que diz respeito aos tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, como no caso da Constituição holandesa (após a revisão de 1956).[18]

No caso brasileiro – anteriormente à Emenda Constitucional n. 45, de 2004 –, a Constituição não determinava, de maneira expressa, a posição hierárquica das normas de direito internacional, exceto dos tratados internacionais sobre direitos humanos. A jurisprudência brasileira passou então a conferir aos tratados em geral valor equivalente ao das leis infraconstitucionais; os tratados que versam sobre Direitos Humanos assumem valor de emenda constitucional ou valor de legislação infraconstitucional, mas supralegal. Com base no art. 102, inciso III, alínea *b* da Constituição Federal de 1988, que determina

15 Cf. MAUPAS, 2016.

16 Mais informações sobre o tópico: REZEK, 2005, p. 96-97.

17 CANOTILHO, 2015, p. 820.

18 MAZZUOLI, 2007, p. 71-74.

que o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, mediante recurso extraordinário, "as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal", a jurisprudência e a doutrina brasileira acolheram a tese de que os tratados internacionais e as leis federais possuem a mesma hierarquia jurídica.[19] Importante destacar que parte da doutrina brasileira sustentava a adoção de um sistema misto no que concerne à recepção dos tratados internacionais no direito interno. Para esses autores, com base no art. 5º, §§ 1º e 2º da CF/88, todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versarem sobre direitos humanos serão recepcionados automaticamente; por outro lado, para os demais tratados internacionais, continuaria sendo adotada a teoria dualista, que exige a edição do decreto presidencial para que tais tratados sejam incorporados ao direito interno.[20] No dia 30 de dezembro de 2004, entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 45, que trouxe inegável avanço ao inserir, no texto constitucional, referência expressa ao posicionamento hierárquico das normas de direito internacional, mais precisamente dos tratados de direitos humanos, dentro do direito brasileiro. Além dessa inovação, o dispositivo traz uma série de outras indagações sobre a processualística de incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Atribui que tratados e convenções internacionais terão *status* de norma constitucional, norma supralegal ou lei ordinária, possibilitando que o ordenamento jurídico incorpore os tratados e convenções internacionais.

1.2 O exercício da jurisdição e da soberania

O exercício da jurisdição e da soberania passaria pela criação de um mecanismo judicial capaz de reprimir atentados contra a democracia e os direitos humanos, bem como evitar que uma junta governamental conseguisse monopolizar o poder e a riqueza de um país. Também seria uma garantia contra governos que tentam silenciar todas as vozes livres, justificando suas atitudes com o apelo à soberania e à cultura, como uma capa que esconde a miséria política de seus cidadãos e busca legitimidade, por meio de mecanismos superficiais, como se fosse uma democracia genuína no cenário internacional. A diversidade cultural e os costumes devem ser meios para enriquecer a comunidade internacional como um todo, e não para evitar a construção de um plano de proteção à dignidade humana. A pluralidade pode contribuir para os avanços da sociedade e sobretudo denunciar aqueles que tentam usá-la como um escudo covarde para oprimir e neutralizar direitos.

A importância de uma instituição internacional como o Tribunal Constitucional Internacional é a garantia da defesa dos direitos do povo frente aos abusos governamentais. O

19 PIOVESAN, 1997, p. 91.

20 SARLET, 2007, p. 342.

projeto se baseia na diversidade cultural e civilizacional, e na representação equitativa das culturas jurídicas, a fim de garantir a neutralidade e independência. A nomeação de juízes imparciais possibilita que essa Corte seja conduzida pela ONU e pelos tribunais internacionais. O papel desse Tribunal é receber e julgar as reclamações da sociedade civil e da comunidade política em relação à violação da normatividade constitucional internacional. Além da função de avaliação, também lhe caberia "aconselhar" os membros que pretendam alterar a sua constituição, suas leis eleitorais ou a sua legislação sobre partidos políticos, associações, meios de comunicação e também liberdades civis.

Na ausência de um texto geral, uma Constituição internacional, no sentido estrito, é importante que o Tribunal possa ter força para aplicar um conjunto de regras combinadas que se cruzam e se repetem em um conjunto de instrumentos: cartas, convenções internacionais e jurisprudência internacional – regras que incluam em particular o direito internacional para a democracia, ou seja, o direito de cada povo ao autogoverno mediante eleições transparentes, justas e periódicas, para além da legislatura, e a luta contra a corrupção; harmonizem as disposições jurídicas em relação aos crimes transnacionais e contra os direito humanos, perpetrados por governos; e facilitem a coordenação eficiente dos esforços nacionais e internacionais.

Todas essas medidas são indispensáveis a uma estratégia mundial para coibir crimes graves contra a humanidade. Portanto, medidas restritivas a condição de cláusulas não são suficientes. Uma vez que todas as ações são especificadas em cláusulas de uma convenção, é necessário assegurar os procedimentos, o tratamento e a condenação dos crimes, considerando-se a mensuração dos prejuízos causados e também os benefícios da retirada dessas ações criminosas. As sanções devem claramente ter mais peso que os benefícios do crime, a fim de intimidar governantes que desrespeitem, na esfera local, seus cidadãos. Assim, com uma maior harmonização das disposições importantes, os Estados demonstram o interesse em fazer um esforço análogo em relação a procedimentos, julgamento e punição.

2 Um obstáculo a superar: a questão das imunidades

A imunidade é o privilégio outorgado a alguém para que se livre ou se isente de certas imposições legais. O princípio da imunidade dos chefes de Estado foi originalmente ligado à imunidade do Estado, isto é, um legado jurídico de ordem consuetudinária. Em relação à imunidade internacional, é salutar analisar o caso do ex-presidente da Iugoslávia Slobodan Miloševi .[21] Depois do caso Pinochet, o caso Miloševi é emblemático para representar a vontade internacional de limitar a imunidade dos chefes de Estado, mesmo quando estes ainda estão no

21 O ex-presidente da Iugoslávia Slobodan Miloševi não tem parentesco com ex-general servo Dragomir Miloševi , condenado por comandar o cerco à cidade de Sarajevo durante a guerra da Bósnia (1992-1995).

exercício da função pública.[22] A criação *ad hoc* do Tribunal Penal Internacional para o chefe da ex-Iugoslávia ilustra bem a necessidade de reconhecer uma jurisdição internacional para a propositura de processos contra crimes internacionais, uma vez que os tribunais nacionais se revelaram menos competentes e mais flexíveis no exercício jurisdicional desse tipo de processo.[23]

A transferência de Miloševi a Haia representou um avanço contra a negligência em relação ao desenvolvimento da justiça internacional e serviu de modelo para o processo de Saddam Hussein. O Tribunal Penal Internacional da Iugoslávia (TPI-I) não reconhece a imunidade do indivíduo, seja qual for sua posição social ou política.[24] O Conselho de Segurança das Nações Unidas pôs fim ao conceito de imunidade seletiva, conferido a alguns chefes de Estado, como foi o caso do ex-presidente do Haiti, Jean-Bertrand Aristide. A prisão de Miloševi ofereceu um precedente para derrubar a imunidade absoluta dos chefes de Estado em exercício.[25] Esse evento confirmou a tendência geral do direito internacional de não respeitar cegamente os privilégios dos chefes de Estado em detrimento da punibilidade. O caso marca a defesa do Estado de Direito. O objetivo principal do TPI-I foi trazer à justiça as pessoas responsáveis por violações graves dos direitos humanos em âmbito internacional, cometidas no território da ex-Iugoslávia desde 1991.[26]

A imunidade dos chefes de Estado é um conceito que perpassa o direito internacional desde o século XX. A vontade cada vez mais assertiva para garantir o respeito ao direito internacional, aos direitos humanos e ao Estado de Direito leva a uma redefinição do conceito de imunidade na sociedade internacional. O intuito é acabar com a impunidade e a anistia para os autores de crimes considerados muito graves pela sociedade internacional, em função de altos cargos em Estados nacionais ou em órgãos e entidades internacionais.[27]

O estudo de caso de Augusto Pinochet destaca o fato de que, apesar da aceitação do princípio da ausência de imunidade para os crimes internacionais, o resultado do julgamento (ou até mesmo a possibilidade de que haja um julgamento) para tais indivíduos nem sempre é convincente.[28] Ele também destaca os limites da jurisdição nacional na condução

22 Mais informações sobre o tópico: HUMAN RIGHTS WATCH, 2006; HRP BARD, Feb. 2002-March 2006. HENRIQUES, 1999; JOHNSTONE, 2011; HISTORIANET, [20--]; PÉRY, [20--]; JOHNSTONE, 2005; SEMO; HEMPTINNE, 2002.

23 Ibidem.

24 Ibidem.

25 Ibidem.

26 Ibidem.

27 Mais informações sobre o tema: BOURDON, 2002; CRÉTIN, 2002.

28 Mais informações sobre o tema: VILLALPANDO, 2000; COSNARD, 1999.

de tais processos e a questão da necessidade de recorrer a um tribunal internacional para lidar com esses casos.[29] A imunidade conferida ao ex-ditador tornou impossível qualquer tentativa de fazer justiça; consequentemente, impediu a apuração dos atos cometidos durante o exercício do poder. Corre-se frequentemente para menos considerações legais, destacando as políticas que apontam a luta contra a imunidade para os chefes de Estado, em vez de focar na luta contra a impunidade. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional está limitada aos Estados que ratificaram seu estatuto, não funciona de forma retroativa e, especialmente, possui caráter meramente complementar à jurisdição dos Estados.[30] Uma maneira de mudar esse cenário e dar mais poderes ao TPI é incentivar, progressivamente, indivíduos interessados nas questões da Justiça Internacional a pressionarem o Estado a aderir ao pacto.

Muitas constituições preveem a imunidade penal para os chefes de Estado, membros do governo e/ou do parlamento, ou de outras personalidades. A questão da imunidade não se apresenta da mesma forma para todos os países. Ela varia de acordo com os privilégios adotados por cada Estado em relação a determinada classe. Algumas constituições, como as das monarquias constitucionais, concedem a imunidade total ao chefe de Estado. Assim, nos termos do art. 88 da Constituição belga, "a pessoa do Rei é inviolável".[31] Na África francófona, a extensão da conduta coberta pela imunidade é geralmente limitada pela Constituição.[32] O grau de restrição varia de um país para outro, o que pode ser mais bem ilustrado pela análise comparativa das disposições relativas à imunidade do presidente da República.

Algumas disposições constitucionais são reproduzidas a seguir. O art. 68 da Constituição Francesa que assim afirma: "O presidente é responsável pelos atos praticados no exercício das suas funções no caso de alta traição". O mesmo está previsto na Constituição da República Centro-Africana (art. 93), da Costa do Marfim (art. 109) e do Senegal (seção 101). Nesses países, "o Presidente da República, por atos praticados no exercício de suas funções, salvo em casos de alta traição, tem imunidade [...]".[33] Esta imunidade cobriria todos os crimes cometidos pelo presidente no exercício das suas funções, desde que tais crimes não constituam "alta traição". É importante frisar que o conceito de alta traição também fica a cargo do entendimento de cada país. Por exemplo, na Constituição da Nigéria

• • •

29 Ibidem.

30 ASCENSIO, 2000; DOMINICÉ, 1999; AYAT, 2002.

31 Aviso de 21 de abril de 1999, Doc parlamentar 2-329 / 1 - 1999/2000, p 96.

32 Cf. MANANGOU, 2015; MEL, 2016; TETANG, 2015.

33 Decisão 98-408, Doc 22 de janeiro de 1999, p. 1318.

há a tentativa de definir o crime de alta traição: o art. 118 prevê que é cometido "quando o Presidente da República viola seu juramento, é reconhecido autor, coautor ou cúmplice de violações graves e caracterizadas contra os direitos humanos, venda fraudulenta de parte do território nacional".[34] Na Constituição de Togo, a seção 127 estabelece: "O Supremo Tribunal de Justiça é o único tribunal competente para julgar crimes cometidos pelo Presidente da República, incluindo os crimes de alta traição". Nesses casos, o chefe de Estado e/ou Governo goza de imunidade, portanto não pode ser julgado por crimes comuns cometidos no exercício das suas funções, tendo como exceções os crimes de responsabilidade, que ainda assim passam por um processo diferenciado, tanto no aspecto formal quanto material, como o processo de *impeachment*.

Já em outras constituições, o regime constitucional não prevê nenhuma imunidade para o presidente da República para os crimes cometidos no exercício das suas funções, ditos crimes de responsabilidade. Assim, nos termos do art. 136 da Constituição da República do Benim, "O Supremo Tribunal tem competência para julgar o Presidente da República e membros do Governo por delitos de traição, infrações cometidas no exercício ou por ocasião do exercício das suas funções e julgar os seus cúmplices no caso de conspiração contra a segurança do Estado. Os tribunais ordinários continuam a ser competentes para os delitos cometidos fora do exercício das suas funções e são criminalmente responsáveis". O primeiro parágrafo desta disposição é reproduzido na íntegra no art. 95 da Constituição da Republica do Mali, que acrescenta ao terceiro parágrafo a definição de crimes e a determinação das sanções aplicáveis aos processos contra o presidente e ministros: as "leis penais em vigor à época dos fatos incluídos na ação".

No Togo, a seção 127 da Constituição estabelece: "O Supremo Tribunal de Justiça é o único tribunal competente para julgar crimes cometidos pelo Presidente da República, incluindo os crimes de alta traição". Nesses casos, o presidente goza de imunidade, mas não por crimes cometidos no exercício das suas funções. O Tribunal Constitucional Internacional deve elaborar de maneira clara e explícita como confrontar e lidar com esses casos de imunidade, conforme cada Constituição trata os chefes de Estado, membros do governo e/ou do parlamento, ou de outras personalidades, em relação ao processo criminal contra eles, a fim de não permitir que a imunidade seja um instrumento de impunidade.

2.1 A importância da limitação pela natureza dos crimes

O Tribunal Constitucional Internacional deve tipificar a natureza dos crimes de responsabilidade e reforçar que seja cumprida sua punição. Cabe ao TCI impedir que os Estados busquem, em seus mecanismos legais, formas de proteger governantes acusados de desvio

34 Sobre este assunto: ABARCHI, 2001.

ou abuso do poder. O poder dos países de prever imunidades para determinadas categorias de cidadãos não é absoluto. A lei internacional em vigor proíbe aos Estados garantirem a imunidade para determinados tipos de crimes, especialmente crimes de responsabilidade, uma vez que podem ser cometidos por instigação ou por incentivo. As pessoas em posição política que possuem poder de controle efetivo sobre o Estado e/ou o comando militar, mesmo o aparato policial, devem responder por qualquer desvio de finalidade destes.

O crime de genocídio seria um crime de responsabilidade nesse sentido.[35] Os mais recentes exemplos históricos, como os da Iugoslávia ou de Ruanda, mostraram claramente que esse crime somente pode ser cometido com a ajuda e o apoio ativo das pessoas que exercem o poder estatal e o controle sobre o aparato repressivo do Estado. A Convenção contra o Genocídio[36] identifica expressamente este crime como crime de responsabilidade e exclui qualquer tipo de imunidade para o seu autor. A convenção condena no art. 4º "pessoas que tenham cometido genocídio [...] sejam governantes, funcionários ou particulares".[37] Da mesma forma, é óbvio que os atos que o art. 2º da Convenção sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid designa como constituindo "políticas e práticas de segregação e discriminação semelhante raciais, praticada na África Austral" ocorrem no âmbito de uma política geral de Estado.[38] Eles podem ser cometidos por membros de um governo ou do Legislativo durante o exercício de suas funções. O acordo exclui antecipadamente qualquer apelo à imunidade que tais pessoas possam usar.

Em alguns casos, o *status* oficial do perpetrador de um crime internacional é um elemento da definição do crime. Neste caso, fornecer imunidade para tal crime torna-se impossível, como o crime de tortura. A Convenção Contra a Tortura assim define: "[...] qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa [...], quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções oficiais, ou por instigação ou com o consentimento ou aquiescência [...]".[39]

No caso do Estatuto de Roma, os crimes contra a humanidade incluem o extermínio de civis, a tortura, a escravização, a violação, a gravidez forçada; a perseguição por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero; e os desaparecimentos

• • •

35 Cf.: KELLY, 2016.

36 "Convenção do Genocídio", aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução 260 A (III) de 9 de dezembro 1948, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951.

37 Ibidem.

38 Ibidem.

39 Art. 1º da "Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes", adotada em 10 de dezembro de 1984, que entrou em vigor em 26 de junho de 1987.

forçados, entretanto, apenas se inseridos em um ataque generalizado ou sistemático a uma população civil.[40] Em relação aos crimes de guerra, abrangem as infrações graves da Convenções de Genebra e outras violações das leis e costumes que podem ocorrer nos conflitos armados internacionais e nos conflitos armados internos, conforme o Estatuto, quando são cometidos no contexto de um plano ou uma política ou em grande escala.[41]

2.2 A questão da impunidade e a complementaridade

A proibição de extraditar os próprios nacionais não deve fornecer uma garantia de impunidade para crimes dentro do Tribunal Penal Internacional (TPI). É interessante notar que os Estados cujo sistema jurídico contêm tal proibição são geralmente aqueles que também têm legislação nacional que lhes permite exercer jurisdição sobre os seus próprios nacionais por crimes cometidos fora do território nacional.[42] Em virtude do princípio da complementaridade, o Tribunal não pode exercer a sua jurisdição se um Estado já a detém ou tem uma clara intenção de processar seu nacional, assumindo de forma expressa a coerção de seus nacionais. A obrigação de entrega não se aplica neste caso. Se um Estado-parte, cuja Constituição proíbe a extradição de nacionais, assume para si a competência de julgar os seus compatriotas, não é necessária a transferência ao TPI.

O Tribunal Constitucional Internacional só terá competência se o Estado não possuir a capacidade ou disposição para julgar a si mesmo, seja por ausência juriferante, seja por incapacidade de exercer um julgamento autônomo e imparcial, ou mesmo por questões políticas que comprometam o caráter técnico da justiça. Na maioria das vezes, essas hipóteses são acompanhadas da impossibilidade de o Estado implementar a extradição, mecanismo que impede o envio de seus nacionais à corte estrangeira. Uma das razões para a criação de um Tribunal Constitucional Internacional é resolver as falhas na aplicabilidade dos tratados internacionais e de garantir o exercício dos direitos humanos, ainda que isto signifique assumir a competência não exercida por um Estado.[43] O TCI é uma tentativa de criar uma corte internacional que não se confunda com o conceito de corte estrangeira, uma vez que ela teria a composição mútua dos Estados e não algo à parte deles.

Em relação à imunidade de ex-chefes ou chefes de Estado, o desafio é definir o conceito de atos oficiais, juntamente com o que o põe em risco privado, o que determina se

40 Mais informações em: *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. O texto do Estatuto de Roma como um documento distribuído A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998 (Versão em espanhol); ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003, 1973.

41 Ibidem.

42 BRANCO, 2016.

43 Cf.: ESCARAMEIA, 2003; MAGNON, 2014.

existe ou não a imunidade de jurisdição penal e civil.[44] De fato, tal definição de trabalho representa uma janela de oportunidade para limitar abusos do princípio da imunidade para os chefes de Estado, estejam ainda no poder ou não. Na verdade, o sistema de imunidade de chefes de Estado que nós acabamos de descrever não é absoluto. Como veremos adiante, o direito internacional considera que não há imunidade para os crimes internacionais.

2.3 Um tribunal estrangeiro?

O Tribunal Penal Internacional (TPI) poderia ser considerado o reforço das instituições nacionais; infelizmente, como já foi mencionado, restou enfraquecido quando os países mais poderosos da ONU – como Estados Unidos, Rússia, China e Índia, entre outros – não aderiram ao seu *status*.[45] Sua jurisdição foi mitigada como algo apenas complementar "à dos países, estes últimos com jurisdição primordial de julgar, eventualmente, e condenar os autores de crimes do Estatuto".[46]

Independentemente de sua conceituação, é certo que o TPI não representa realmente um "tribunal estrangeiro" no sentido entendido pelos constitucionalistas e/ou estatutários em matéria de extradição. A proibição de extradição para um tribunal estrangeiro foi claramente prevista tendo em vista outro Estado, e não um organismo internacional. O TPI afirma que "o Tribunal Constitucional da Ucrânia não pode ser equiparado a um tribunal estrangeiro desde que foi criado, como mencionado acima, com a participação e acordo dos Estados-membros no âmbito do direito internacional, e não do direito nacional".[47]

No estudo de caso, encontramos exemplos de atentados gravíssimos contra a dignidade humana em nações como Palestina, Iraque, Síria, Israel, Estados Unidos, Rússia entre outros. Israel ainda não foi investigado pelos ataques aos civis palestinos. Os Estados Unidos não foram investigados por crimes de guerra cometidos no Iraque. Os Estados Unidos assinaram muitos acordos de imunidade como prevenção, caso possam ser alvo do TPI, além de possuírem direito a veto no Conselho de Segurança da ONU. Nesses casos, o TPI não pode intervir porque esses países não aderiram ao Estatuto de Roma e dificilmente seriam pressionados por outros órgãos a serem entregues ao TPI.[48]

Entretanto, no caso do Congo, que aderiu ao Estatuto, seu presidente Thomas Lubanga Dyilo foi condenado pelo TPI, em 2012, pelo recrutamento de crianças para lutar na guerra

• • •

44 Cf.: ALBANESE, 2003; JARDIM, 2000; REZEK, 2000

45 Signatários que não ratificaram o tratado: Estados Unidos, Rússia. Não signatários do tratado: China, Índia.

46 ESCARAMEIA, 2001; PAULUS, 2003; SCHARF, 2003.

47 Estatuto de Roma do Tribunal Internacional - Decisão nota: No. 1-35, de 11 de julho de 2001, parágrafo 2.4.

48 Cf.: LEMKIN, 2004; COMITÉ..., [20--]; CARASCOSSA, [20--]; SAGÜÉS, 1976.

civil de Ituri, entre 2002 e 2003, sendo sentenciado a 14 anos de prisão.[49] Outros exemplos são o Sudão e a Líbia, dois Estados não membros, que após várias denúncias do Conselho de Segurança da ONU, legitimaram o TPI a inclui-los em seu relatório.[50] Outro caso interessante de um país que não era membro e foi investigado é o da Costa do Marfim, que, em 2010, aceitou a jurisdição do Estatuto e com isso pôde levar seus criminosos à Corte.[51] No caso da ex-Iugoslávia, a condenação do ex-general Dragomir Miloševi, pelo cerco à cidade de Sarajevo, representou um avanço considerável. Ele foi condenado a 33 anos de prisão em 2007 pelo TPI, por terror, crimes de guerra, de genocídio, de atos inumanos e crimes contra a humanidade durante a guerra da Bósnia de 1992-1995.[52]

Uma consideração importante é incluir na jurisdição do Tribunal Constitucional Internacional casos de falha dos tratados internacionais ou choque destes com o ordenamento jurídico dos Estados. O TCI poderia intervir e preencher as lacunas de aplicabilidade junto ao Tribunal Penal Internacional, tendo o condão de condicionar determinados crimes à sua análise, independentemente da ratificação do Tratado de Roma. Esta estrutura teria um caráter mais autônomo e técnico do que as deliberações do Conselho de Segurança, cujo papel acaba sendo de ordem política.

2.4 Autonomia dos Estados e não aplicabilidade do Tribunal Internacional Penal

O art. 80 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), das disposições dos países relativas às sanções, deixa em aberto a possibilidade de o país continuar a aplicar as sanções previstas pela sua legislação interna, incluindo aqueles que não estão nos termos do mesmo. Portanto, os Estados têm sobre ele uma ampla autonomia legislativa. A cooperação dos Estados-membros com o TPI não prevê a obrigação de aplicar uma sentença de prisão perpétua. Para este fim, o art. 103 do Estatuto de Roma prevê que um país que concorde em aceitar que condenados cumpram pena no sistema prisional nacional pode incluir a aceitação das condições, que devem ser aprovadas pelo TPI. Portanto, nenhum país é obrigado a realizar uma sentença de morte no seu território se a sua legislação nacional proíbe estritamente esse tipo de pena.

As proibições que se aplicam no âmbito interestatal aplicam-se igualmente ao TPI. A questão da extradição tratada pela Corte Internacional de Justiça reafirma essa lógica no que diz respeito às imunidades. O objetivo das disposições constitucionais é garantir certas

• • •

49 Cf.: UOL NOTÍCIAS INTERNACIONAL, 2014; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001.

50 Ibidem.

51 Ibidem.

52 Cf.: NATIONS UNIES, [20--]; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [20--]; JOLICOEUR, 2002.

proteções no contexto nacional e garantir que os países candidatos aplicarão os mesmos critérios. Como parte de um tribunal que exerce a jurisdição internacional para a natureza internacional dos crimes, esses critérios não podem ser mais relevantes do que a própria noção de justiça. Alguns doutrinadores se referem ao fato de que o objetivo dessas disposições é a proteção dos Direitos Humanos. Como parte do TPI, os direitos do acusado são reconhecidos internacionalmente e estritamente observados.[53] Nesse sentido, na criação de um Tribunal Constitucional Internacional, seu papel seria interferir e orientar para o melhor resultado possível no cumprimento dos Direitos Humanos junto ao país acusado.[54]

Os Estados Unidos criticam duramente o art. 12 do Estatuto de Roma, pela defesa da aplicação automática do Tribunal se um crime for cometido por um nacional que não seja de um Estado-parte do Estatuto, desde que seja em um país que ratificou este instrumento.[55] Assim, a pessoa se submete à jurisdição do TPI, determinando a competência, neste caso, do local em que o crime foi cometido, de acordo com o princípio da territorialidade. Outro exemplo: no caso do genocídio de Darfur, no Sudão, o presidente do país teve o seu mandato de prisão expedido pelo TPI, mas a União Africana foi contra, infelizmente – o impasse se deve às contradições e posições divergentes dentro da própria entidade.[56] Fica a questão: até que ponto esse impasse não vem mais de uma ordem política do que técnica e não acaba por dificultar o acesso da justiça autônoma e imparcial?

No início de outubro 2016, três países africanos decidiram se retirar do Tratado de Roma. Burundi, África do Sul e Gâmbia anunciaram que abandonaram o tribunal, órgão internacional que julga os supostos autores de genocídios, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Esses países africanos consideram que existe desequilíbrio quanto aos que abrem processo. Eles culpam o TPI de perseguir os líderes africanos. "Há muitos países ocidentais, pelo menos 30, que têm cometido crimes de guerra contra Estados soberanos e seus cidadãos desde a criação da Corte Penal Internacional [como também é chamado o TIP] e nenhum criminoso de guerra ocidental foi acusado", sublinhou o ministro Bojang, de Gâmbia. Este país acusou a União Europeia junto ao TPI, há mais de um ano, pelo genocídio de milhares de jovens africanos em águas europeias, e o órgão não se pronunciou sobre a denúncia. Gâmbia tentou convencer o tribunal que abrisse um processo contra os países da União Europeia pela morte de milhares de imigrantes que tentam

53 REZEK, 2005, p. 96-97; STEINER; NEMER, 2016.

54 Cf.: ARIMA JUNIOR, 2013; GUERRA, 2015.

55 Cf.: PALMER, 2016.

56 Cf.: RORIZ, 2009.

chegar à sua costa.[57] O ministro argumentou que os jovens africanos morrem na costa europeia a cada semana em busca de um futuro melhor. Por sua vez, o Sudão conclamou os países desse continente vinculados à Corte para saírem da jurisdição do TIP, e o qualificou de "um novo instrumento colonial".[58]

O fato serve para ilustrar a fragilidade dos órgãos internacionais judicantes frente ao jogo político das nações. O TPI não foi criado para revisar a história, já que apenas os eventos ocorridos depois de sua criação podem ser levados em conta. Outro aspecto importante é que ele não julga pessoas jurídicas de direito público interno e internacional – pelo contrário, sua competência alcança os indivíduos. O órgão também está restrito aos países que ratificaram o Tratado de Roma – os Estados Unidos, por exemplo, não o assinaram, assim como a China, a Índia e alguns outros países.[59] Por isso, estão fora da jurisdição do tribunal e não podem ser punidos por ele. No entanto, o que precisa ser considerado são as formas de se levar outras nações a ratificarem os tratados de caráter judicante, a assumirem o compromisso internacional de penalizar seus civis que atentem contra a humanidade – não a retirada dos países que fazem parte do tratado e que contribuíram de forma real para o combate à impunidade dos autores de crimes contra a humanidade.[60]

Visto que o TPI ainda tem um longo caminho a percorrer e vencer as críticas que lhe são direcionadas, mesmo assim, conclui-se que a criação do tribunal conduziu a uma inegável contribuição no combate aos crimes contra a humanidade, que por vezes ficavam impunes.[61] O Estatuto de Roma traz a esperança de uma jurisdição imparcial e efetiva, que contribua na cooperação entre os Estados e na proteção dos direitos humanos. O Tribunal Constitucional Internacional poderá servir como força à aplicabilidade do TPI, estendendo-o mesmo aos países não membros quanto a determinados crimes.

3 Um reexame obrigatório: as regras de procedimento e prova, e do princípio de reabilitação

Outra abordagem enfatiza a importância do processo de revisão nos termos do art. 110 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI). Isso garante uma revisão obrigatória, quando o condenado cumpriu um terço da sua pena ou 25 anos de prisão,

• • •

57 THE CANADA PRESS, 2016; BBC NEWS, 2016.

58 Ibidem.

59 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017.

60 Ibidem.

61 Cf.: SOUSA, 2005.

em caso de pena de prisão perpétua. Foi sugerido que a prisão proferida pelo TPI não culmine em pena de morte, ou prisão por prazo indeterminado, apesar da redação do art. 77 deste Estatuto. A lista de fatores que possibilitam uma decisão judicial para libertar o condenado, promulgada pelo Estatuto de Roma, não é exaustiva. O Tribunal Constitucional internacional (TCI) poderia reforçar a aplicabilidade desses fatores de maneira mais específica, como as regras de procedimento e prova.

As regras de procedimento e prova foram adaptadas pela Comissão Preparatória, que prevê no art. 223 do Estatuto um conjunto de critérios que o TPI deve considerar na revisão da questão da redução de pena, nos termos dos arts. 77 e 110 do Estatuto. Estes critérios incluem o princípio da ressocialização e do reassentamento bem-sucedido da pessoa condenada, o princípio de que a proibição da pena de prisão perpétua visa, precisamente, proteger o condenado. Espera-se que a aplicação da pena pelo país de condenação dê ao TIP o direito de participar do processo de revisão.

Em relação às normas internacionais e do princípio da reabilitação, verificou-se também que o TPI aplicará a lei internacional de tratados e sua aplicação do Estatuto de Roma e de outras fontes legais serão compatíveis com os Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos [S.21 (1) e (3)]. Nessa medida, o TPI considerará o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – o qual afirma no art. 10 (3) que o principal objetivo do sistema penitenciário deve ser a reabilitação. Tem sido sugerido para esta finalidade que o Tribunal considere o princípio subjacente da reabilitação em seu processo de avaliação e a implementação de uma lista não exaustiva dos fatores identificados no art. 110 (4). O Tribunal Constitucional Internacional poderá reforçar e garantir a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional também nestas questões.

Conclusão

A discussão exposta centra-se em uma leitura militante do Estatuto: a de que o Tribunal Constitucional Internacional (TCI) seja uma força de intervenção em determinados casos dentro do Direito Interno. Quando o último se revelar impossível e onde prevalecer a sensação de que estas tensões não podem ser resolvidas por uma interpretação simples, o procedimento de revisão constitucional será indispensável. A importância do Tribunal Penal Internacional, sua capacidade de lutar contra a impunidade e agir como uma força de dissuasão, não deve ser desacreditado pelas dificuldades encontradas em sua implementação. As dificuldades políticas ou procedimentais não devem ser uma desculpa para não ratificar o Estatuto. O Tribunal Constitucional Internacional poderia interferir e mediar, fazer valer uma análise técnica, autônoma e imparcial para além da decisão de cunho político, um passo a mais na busca por democracia, por dignidade humana e por paz.

Nos casos em que as emendas constitucionais são necessárias, pode ser mediado pelo TCI o desafio de como uma revisão pode ser conduzida de forma eficiente. Um banco de

dados formado pela experiência de outros países que passaram pelo mesmo dilema e suas soluções pode orientar países que passam por este momento de readequação. Além de concentrar essas informações, o órgão internacional pode conter um documento que oriente os casos em que uma revisão constitucional seja necessária. A este respeito, várias experiências interessantes ocorreram nos últimos meses. Primeiro, muitos países são da opinião de que a legislação de aplicação pode ser promulgada após a ratificação. Depois, sugeriu-se que seria possível ratificar a intervenção de procedimento de revisão constitucional prevista para conduzir esse processo antes da entrada em vigor do Estatuto. Tais experiências são particularmente importantes em países cujos procedimentos internos são longos e podem atrasar a ratificação.

Conforme a reflexão acima, o estudo demostra que a questão da força obrigatória dos tratados internacionais na ordem jurídica interna é mais particular na sua aplicabilidade direta. Faz necessária uma regra para resolver o problema e para que as diretrizes dos acordos e tratados se encontrem na Constituição dos países. São raras, se não inexistentes, nos debates internacionais, as vozes que contestam a aplicabilidade direta das normas de direito internacional. Mas a maneira de alcançar um resultado – dando lugar às divergências de opinião, seja sobre as categorias de normas internacionais, seja a maneira como se atribui hierarquia às fontes jurídicas que poderiam constar na Constituição de um país – é exigir respeito aos compromissos internacionais assumidos.

O papel do Tribunal Constitucional Internacional é receber e julgar as reclamações da sociedade civil e da comunidade política em relação à violação da normatividade constitucional internacional depois de ouvir o Estado em questão, além da função de avaliação e aconselhamento aos Estados-membros que pretendam alterar suas constituições, suas leis eleitorais ou a sua legislação sobre partidos políticos, associações, meios de comunicação e também as liberdades civis, além de fortalecer o sistema jurisdicional internacional, não como um novo Estado, mas como meio de concretizar uma comunidade internacional democrática, pautada na valorização do homem e do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ABARCHI, Djibril. Essai sur la notion de haute trahison en droit positif nigérien. *Rev. Dr. De Afric.*, n. 20, p. 441-467, oct. 2001.

AÏVO, Frédéric Joël. Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique. *Revue Française de Droit Constitutionnel/Revue Trimestrielle/PUF*, n. 104, p. 771-800, déc. 2015.

ALBANESE, Susana. El Estatuto de Roma de 1998 y los Tratados sobre Derechos Humanos. In: DEFENSA de la constitución: garantismo y controles. Buenos Aires: Ediar, 2003.

ARIMA JUNIOR, Mauro Kiithi. Aspectos do Direito Internacional Constitucional: manifestações constitucionais da ordem jurídica internacional. *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*, 25 fev. 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/aspectos-do-direito-internacional-constitucional- manifesta%C3%A7%C3%B5es-constitucionais-da-ordem-jur>. Acesso em: 19 jul. 2016.

ASCENSIO, Hervé. L'immunité internationale du chef d'État. *La nouvelle lettre de la FIDH*, n. 32, p. 24, 14 fév. 2000.

AVISO de 21 de abril de 1999, Doc parlamentar 2-329 / 1 - 1999/2000, p 96. Bélgica, 1999.

AYAT, Mohammed. Immunité des chefs d'État en exercice et justice pénale internationale. In: SOS ATTENTATS. *Livre noir* – Terrorisme et responsabilité pénale internationale. Paris: SOS Attentats, 2002. p. 215-238.

BARRUÉ-BELOU, Rémi. Le développement des références juridictionnelles dans les visas du Conseil constitutionnel: vers une fonction de Cours suprême?. *Revue Française de Droit Constitutionnel/Revue Trimestrielle/PUF*, n. 106, p. 259-282, juin 2016.

BBC NEWS. The Gambia joins African queue to leave ICC. 26 out. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-africa-37771592>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BONNIEC, Nina Le. L'appréhension du principe de la séparation des pouvoirs par la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue Française de Droit Constitutionnel/Revue Trimestrielle/PUF*, n. 106, p. 335-356, juin 2016.

BOURDON, William. *Vers la fin de l'immunité des chefs d'État en exercice?* In: SOS ATTENTATS. *Livre noir* – Terrorisme et responsabilité pénale internationale. Paris: SOS Attentats, 2002. p. 347-355.

BRANCO, Juan. *L'ordre et le monde* (Critique de la Cour pénale internationale). Paris: Fayard, 2016.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Chronique d'une théorie en vogue en Amérique latine Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité. *Revue Française de Droit Constitutionnel / Revue Trimestrielle / PUF*, n. 101, p. 831-863, avr. 2015.

CAMBY, Jean-Pierre. La diversification des normes institutionnelles. *Revue Française de Droit Constitutionnel / Revue Trimestrielle / PUF*, n. 102, p. 307-320, juil. 2015.

CAMERLENGO, Quirino. Entre le droit et la politique: l'actualité des conventions constitutionnelles. *Revue Française de Droit Constitutionnel / Revue Trimestrielle / PUF*, n. 101, p. 3-25, avr. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

CARASCOSSA, Alison. Les enjeux des droits de l'homme: l'établissement d'une justice internationale effective. Partie III: les tribunaux pénaux internationaux. [20--]. Disponível em: <http://www.irenees.net/fiches/fiche-experience-101.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1991.

COMITÉ INTERNATIONAL GENÉVE – CICR. Services Consultatifs en Droit Humanitaire Internacional. *Qu'est-ce que le droit international humanitaire?* [20--]. Disponível em: <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5FZH5W/$FILE/DIH.fr.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 set. 2016.

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, adotada em 10 de dezembro de 1984, que entrou em vigor em 26 de junho de 1987.

CONVENÇÃO DO GENOCÍDIO, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela resolução 260 A (III) de 9 de dezembro 1948, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951.

COSNARD, Michel. Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire PINOCHET. *Revue Générale de Droit International Public,* Paris, tome 103, p. 309-328, 1999.

COUR INTERNACIONAL DE JUSTICE. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/fr >. Acesso em: 7 jun. 2017.

CRÉTIN, Thierry. Immunité, impunité: rien qu'une consonne de différence? L'immunité des chefs d'État entre coutume et évolutions. In: SOS ATTENTATS. *Livre noir* – Terrorisme et responsabilité pénale internationale. Paris: SOS Attentats, 2002. p. 281-290.

DECISÃO 98-408, 22 de janeiro de 1999, p. 1318. Conselho Constitucional da França. Diário Oficial de 24 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/98-408-dc/decision-n-98-408-dc-du-22-janvier-1999.11823.html>. Acesso em: 11 jul. 2017.

DOMINICÉ, Christian. Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien Chef d'État. *Revue générale de droit international public*, Paris, tome 103, p. 296-308, 1999.

DUFFY, Aurélie. L'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte: Royaume-Uni. *Revue Française de Droit Constitutionnel/Revue Trimestrielle/PUF*, n. 101, p. 223-260, avr. 2015.

ESCARAMEIA, Paula. *O Tribunal Penal Internacional*. In: ESCARAMEIA, Paula (Org.) *Reflexões sobre temas de direito internacional:* Timor, a ONU e o Tribunal Penal Internacional. Lisboa: ISCSP, 2001. p. 255-366.

_____. Prelúdios de uma Nova Ordem mundial: o Tribunal Penal Internacional. *IDN – Revista Nação e Defesa*, 2ª série, n. 104, p. 11-35, primavera 2003.

ESTATUTO DE ROMA de la Corte Penal Internacional. Documento distribuído por A/CONF.183/9, 17 jul. 1998 (Versão em espanhol).

ESTATUTO DE ROMA do Tribunal Internacional – Decisão nota: n. 1-35/2001, 11 jul. 2001, parágrafo 2.4.

FAVRE, Jean-Michel. *La révision et le développement des normes conventionnelles: le problème des mines*. In: TAVERNIER, P.; BURGORGUE-LARSEN, L. (Eds.). *Un siècle de droit international humanitaire* – Centenaire des Conventions de La Haye, Cinquantenaire des Conventions de Genève.). Bruxelles: Bruylant, 2001. p. 29-41.

GIRARD, Didier. Le "non-lieu à statuer" devant le Conseil constitutionnel: un élément révélateur de son ambivalence entre organe politique et cour constitutionnelle. *Revue Française de Droit Constitutionnel/Revue Trimestrielle/PUF*, n. 101, p. 55-76, avr. 2015.

GREWE, Constance. Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche

d'une frontière introuvable. *Revue Française de Droit Constitutionnel/Revue Trimestrielle/PUF*, n. 100, p. 961-970, déc. 2014.

GROPPI, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l'homme: de l'influence au dialogue?. *Revue Française de Droit Constitutionnel/Revue Trimestrielle/PUF*, n. 100, p. 971-979, déc. 2014.

GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUIMAZANES, Marie. Les transitions constitutionnelles "internationalisées": étude de droit interne. *Revue Française de Droit Constitutionnel/Revue Trimestrielle/PUF*, n. 104, p. 801-822, déc. 2015.

HAMONIAUX, Thomas. *L'intérêt général et le juge communautaire*. Paris: LGDJ, 2001.

HENRIQUES, Francisca Gorjão. A bruxa vermelha de Milosevic. *Público*, Lisboa, 21 jun. 1999. Disponível em: <https://www.publico.pt/destaque/jornal/a-bruxa-vermelha-de-milosevic-135141>. Acesso em: 30 jul. 2016.

HISTORIANET. A Crise Iugoslava. [20--]. Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=61>. Acesso em: 30 jul. 2016.

HRP BARD. Examining human rights through teaching, research, and public programs. *The Miloševi Trial Public Archive*. Feb. 2002-March 2006. Disponível em: <http://hrp.bard.edu/slobodan-milosevic-trial-public-archive/>. Acesso em: 30 jul. 2016.

HUMAN RIGHTS WATCH. TCII: O julgamento de Milosevic expôs o papel de Belgrado em guerras – Caso traz lições para julgamento de crimes de guerra. *Human Rights Watch*, 13 dez. 2006. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2006/12/13/230925>. Acesso em: 30 jul. 2016.

HUMPHREY, John P. The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights. In: LUARD, E. (Ed.) *The international protection of human rights*. London: Thames and Hudson, 1967. p. 49-52.

JARDIM, Tarciso Dal Marso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os Direitos Humanos. 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#1->. Acesso em: 21 set. 2016.

JOHNSTONE, Diana. Comité de Surveillance OTAN. Dossier TPI & Milosevic. Milosevic à La Haye: plus c'est intéressant, moins on en parle. *Le Manifeste*, 30 out. 2005. Disponível em: <http://csotan.org/textes/texte.php?art_id=253&type=TPI>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Qual foi o maior assassino? Milosevic ou Holbrooke? *O Diario.info*, 16 jan. 2011. Disponível em: <http://www.odiario.info/qual-foi-o-maior-assassinomilosevic-ou-holbrooke/>. Acesso em: 30 jul. 2016.

JOLICOEUR, Pierre. Le procès de Milosevic: le début d'une saga judiciaire. *Points de mire*, v. 3, n. 3, fév. 2002. Disponível em: <http://www.er.uqam.ca/nobel/cepes/pdf/vol3no3_150202.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

KELLY, Michel J. *Prosecuting corporations for genocide*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KERTÉ, Amoulgam Azé. *L'Afrique et les mécanismes universels de justice pénale internationale*. Paris: L'Harmattan, 2016.

LEMKIN, Raphael. American Scholar. The crime of "genocide" defined in international law. 2004. Disponível em: <http://www.preventgenocide.org/genocide/officialtext.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

LEVADE, Anne. La construction européenne et son incidence sur les compétences étatiques et la hiérarchie des normes. *Revue Française de Droit Constitutionnel / Revue Trimestrielle / PUF*, n. 102, p. 287-306, juil. 2015.

MAGNON, Xavier. Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle. *Revue Française de Droit Constitutionnel / Revue Trimestrielle / PUF*, n. 100, p. 999-1009, déc. 2014.

MANANGOU, Vivien Romain. Le néo-présidentialisme africain: entre paternalisme et superposition. *Revue Française de Droit Constitutionnel / Revue Trimestrielle / PUF*, n. 103, p. 26-53, oct. 2015.

MAUPAS, Stéphanie. *Le joker des puissants*. Paris: Don Quichotte, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEL, Agnero P. La justice constitutionnelle à l'épreuve de la participation électorale internationale en Afrique francophone. *Revue Française de Droit Constitutionnel / Revue Trimestrielle / PUF*, n. 106, p. 1-30, juin 2016.

NATIONS UNIES. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Le Tribunal en bref. Le Tribunal a radicalement transformé le paysage du droit international humanitaire. [20--]. Disponível em: < http://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref>. Acesso em: 22 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. From a Culture of Impunity to Culture of Accountability. Conferência. Utrecht, 26-28 nov. 2001.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. Nations Unies, section "À propos du TPIY". *Synthèse des procédures*. [20--]. Disponível em: <http://www.un.org/icty/index-f.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. *Documents de l'ONU*: Droit international. Cours et tribunaux. 2017. Disponível em: <http://research.un.org/fr/docs/law/courts>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____. *Guia Legislativo para a Aplicação da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Econômica Organizada Transnacional*. Vancouver, março de 2003. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaConv.pdf>. Acesso em: 11 julho 2017.

_____. *Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas:* Definição de Agressão. Nova Iorque, 3 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.zoom.org.pt/images/311/73f999f1/59.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2017.

PALMER, John N. Estados Unidos querem livrar-se do Tribunal Penal Internacional. *Revista Online: Direito & Relações Internacionais*, 22 set. 2016. Disponível em: <http://www.allemar.prof.ufu.br/EUATPI.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

PAULUS, Andreas P. Do direito dos estados ao direito da humanidade? A instituição de um tribunal penal institucional e o desenvolvimento do direito internacional. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA; GOETHE-INSTITUT DE LISBOA (Orgs.). *Direito penal internacional para a protecção dos direitos humanos*. Lisboa: Fim de Século, 2003. p. 79-93.

PÉRY, Christophe. Procès Milosevic. *Encyclopædia Universalis*. [20--]. Disponível em: <http://www.universalis.fr/encyclopedie/proces-milosevic/>. Acesso em: 18 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, Francisco. Tribunal Penal Internacional: Princípio da Complementariedade e Soberania.

Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 11, ago. 2000.

_____. *Direito internacional público:* curso elementar. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RORIZ, João H. R. Acusado de crimes em Darfur é o primeiro a comparecer frente ao TPI. *Revista Online: Crime, Justiça & Guerras*, 18 maio 2009. Disponível em: <https://crimejusticaeguerras.wordpress.com/category/sudao-darfur/>. Acesso em: 23 set. 2016.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. *El Estado soberano en el Pacto de la Sociedad de Las Naciones y en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Ex Becarios, 1976.

SAINT-LAURENT, Geneviève. Droit constitutionnel étranger Canada (1er janvier 2012-31 décembre 2014). *Revue Française de Droit Constitutionnel / Revue Trimestrielle / PUF*, n. 104, p. 985-1000, déc. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgand; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 342.

SCHARF, Kurt. *Introdução jurídico-filosófica*. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA; GOETHE-INSTITUT DE LISBOA (Orgs.). *Direito penal Internacional para a protecção dos direitos humanos*. Lisboa: Fim de Século, 2003. p. 11-20.

SEMO, Marc; HEMPTINNE Gérald de. La Haye, nouvelle tribune pour Slobodan Milosevic – Bilan des trois premières semaines du procès historique de l'ex-président yougoslave devant le Tribunal pénal international. *Revue Libération*, 5 mar. 2002. Disponível em: <http://www.liberation.fr/planete/2002/03/05/la-haye-nouvelle-tribune-pour-slobodan-milosevic_395885>. Acesso em: 18 set. 2016.

SIEGHART, Paul. *The lawful rights of mankind*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

SOUSA, Fernanda Nepomuceno de. *Tribunais de guerra*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

STEINER, Syvia Helena; NEMER, Leonardo. *O Tribunal Penal Internacional. Comentários ao Estatuto de Roma*. Brasília: CNPq; Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Caetano do Sul: CEDIN; Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

TETANG, Franc de Paul. La normativité des préambules des constitutions des États africains d'expression française. *Revue Française de Droit Constitutionnel / Revue Trimestrielle / PUF*, n. 104, p. 953-978, déc. 2015.

THE CANADA PRESS. Gambia says it is leaving International Criminal Court. Octobre 25, 2016. Disponível em: <http://panow.com/article/609004/gambia-says-it-leaving-international-criminal-court>. Acesso em: 10 dez. 2016.

THOMAS, Daniel C. *The Helsinki Effect* – International norms, human rights, and the demise of communism. Princeton: Princeton University Press, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: *S.A. Fabris*, 1999. v. II.

_____. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UOL NOTÍCIAS INTERNACIONAL. Veja os casos julgados pelo Tribunal Penal Internacional. *Revista Online UOL*. 2014. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/internacional/listas/veja-os-casos-e-prisoes-do-tribunal-penal-internacional.jhtm>. Acesso em: 23 set. 2016.

VASAK, Karel. Le Droit international des droits de l'homme. *140 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, n. 140, p. 347-350, 1974.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. *Constitucionalismo na mundialização:* desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2015.

_____. *A formação do estado democrático de direito.* O constitucionalismo na Emergência da Sociedade Civil. Ijuí: Unijuí, 2016.

VILLALPANDO, Santiago. L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre de Lords du 24 mars 1999. *Revue Générale de Droit International public,* Paris, tome 104, p. 411- 427, 2000.

Quênida de Rezende Menezes

Mestre e doutora em Direito. Associada ao Haitian-American Institute for Justice & Law (HAIJL), Lawrenceville, GA, EUA.

quenida@gmail.com

V. 13 N. 2
MAIO-AGO 201

ISSN 2317-6172

FGV DIREITO SP

27

ISSN 2317-6172
9 772317 617004