



**Amazon's Research and Environmental Law**

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA QUADRIMESTRAL DO INSTITUTO  
DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES  
ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)  
PERIÓDICO INDEXADO NOS DIRETÓRIOS DOS SISTEMAS  
DIADORIM, LATINDEIX, LIVRE, ENTRE OUTROS**

Vol. 3, número3, Direito Público Contemporâneo  
Set. 2015  
ISSN 2317-8442

Arel Faar, Rondônia, v. 3, número 3, p. 1-143, set. 2015.

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA QUADRIMESTRAL DO INSTITUTO DE  
ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS  
DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

**DIRETORIA INSTITUCIONAL**

**Diretor Presidente**

Ivanilde José Rosique

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Coordenadora Pedagógica**

Marli Oliveira Silvestre

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Coordenadora Acadêmica**

Elenice Cristina da Rocha Feza

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Biblioteca Acadêmica**

Valéria Botelho

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

## **CONSELHO CIENTÍFICO TÉCNICO**

### **Editor Chefe**

Prof. Dr. David Alves Moreira

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Departamento da Coordenação do Curso de Direito  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

### **Revisão em Língua Portuguesa e da padronização das normas da ABNT**

Prof.<sup>a</sup> MSc. Jakline Brandhuber Moura

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

### **Revisão em Língua Estrangeira**

Prof. Gary Cohen

*Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades  
Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa -  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

### **Editoração eletrônica e capa**

JR. Designer

Empresa prestadora de serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/  
Faculdades Associadas de Ariquemes Departamento da  
Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)

## CONSELHO EDITORIAL

**Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello**

*Universidade Presidente Antônio Carlos*

*Departamento do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito*

*Juiz de Fora - Minas Gerais (MG) - Brasil (BR)*

**Prof. David Todd Ritchie - PhD**

*Walter F. George School of Law*

*School of Law and Philosophy - Department of International Initiatives*

*Macon - Georgia - United States (US)*

**Prof. Dr. Demócrito Ramos Rinaldo Filho**

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes*

*Departamento da Coordenação do Curso de Direito*

*Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**

*Universidade Estácio de Sá*

*Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa*

*Departamento do Programa de Pós graduação strito sensu  
em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)*

**Prof. Muruga Ramaswamy - PhD**

*University of Macau*

*Faculty of Law - International Law Department: LLM International Law*

*Taipa - Macau - China (CN)*

**Prof. Pablo Jiménez Serrano**

*Centro Universitário Salesiano de São Paulo*

*Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa Programa de Pós graduação Stricto Senso  
em Direito - São Paulo - São Paulo (SP) - Brasil (BR)*

**Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho**

*Universidade Federal da Paraíba - Campus I*

*Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Departamento de Ciências Jurídicas*

*João Pessoa - Paraíba (PB) - Brasil (BR)*

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA QUADRIMESTRAL DO INSTITUTO DE  
ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS  
DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

Os direitos de publicação desta Revista Científica são do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR).

A Revista Científica é um dos veículos de divulgação científica do  
Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito.

Os textos publicados na Revista Científica são  
de inteira responsabilidade de seus autores.

**Endereço para correspondência, convênios e permutas:**

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
(IESUR/FAAR)

Endereço: Av. Capitão Silvio, n.º. 2738, Grandes Áreas

Ariquemes - Rondônia - Brasil

CEP: 78932-000

Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005

*E-mail: revistaarelfaar@gmail.com*

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA QUADRIMESTRAL DO INSTITUTO DE  
ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS  
DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

Esta publicação periódica é distribuída nos termos da licença Creative Commons Atribuição. Uso não comercial - vedada a criação de obras derivadas 3.0 Brazil (by-nc-nd). O leitor tem o direito de:

Compartilhar – copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença. De acordo com os termos seguintes:

Atribuição – É obrigatório fazer a atribuição do trabalho, da maneira estabelecida pelo autor ou licenciante (mas sem sugerir que este o apoia, ou que subscreve o seu uso do trabalho).

Não Comercial – Você não pode usar o material para fins comerciais.

Sem Derivações – Se você remixar, transformar ou criar a partir do material, você não pode distribuir o material modificado.

Sem restrições adicionais – Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

Qualquer utilização não prevista nesta licença deve ter prévia autorização por escrito da Editora.

**Revista AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*, v. 3,  
número 3 - Rondônia: IESUR, 2015. 143 p.**

**ISSN 2317-8442**

**Direito - Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito (NUPES/DIR).**

**CDD 341  
CDU 342 (81)**

# SUMÁRIO

Editorial.....4

## Artigos

A interpretação à luz da sua função social visando construir um conceito jurídico de empresa.....6

*The interpretation in the light of social function to construction a legal concept of company*

**Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes - IESUR/FAAr - RO e Manuela Gatto - FGV - RJ**

Nanomedicamentos e os desafios da ANVISA diante da inexistência de um marco regulatório no Brasil.....36

*Nanodrugs ANVISA and challenges before the existence of a regulatory framework in Brazil*

**Dra. Liziane Paixão S. Oliveira - UNIT - SE, Dra. Maria E. Marinho - UNICEUB - DF e**

**Esp. Ellen de Oliveira Fumagali - UNIT - SE**

Cooperação jurídica internacional: estudo de casos sobre a transferência de presos estrangeiros.....52

*International legal cooperation: case study on foreign prisoners of transfer*

**Dr. David Augusto Fernandes - UFF - RJ**

A função social do contrato e o desenvolvimento nacional: uma abordagem à luz dos contratos de transferência de tecnologia.....83

*The social function of contract and national development: an approach in the light of technology transfer agreements*

**Dr. Nivaldo dos Santos - UFGO - e Rodrigo Cabral Gomes - UFGO - GO**

Reflexões sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais e a imparcialidade judicial: “o que falar quer dizer” e o que não dizer quer falar?.....107

*Reflections on the grounds duty of judgments and legal impartiality: “what does to speak mean to say?” and what does not to say mean to speak?*

**Dra. Bárbara Gomes Lupetti Batista - UVA - RJ**

INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAr - *Amazon's Research and Environmental Law*.....131

## EDITORIAL

**Prezados Senhores,**

Apresenta-se o número 3 do volume 3 no ano de 2015 da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law - publicação online quadrimestral do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr - que tem por missão: Publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo da linha editorial, visando disseminar conhecimento científico jurídico.

Destina-se a contribuir para divulgação do conteúdo colaborador e atualizar o conhecimento jurídico do leitor. Apresenta na edição, cinco artigos nacionais, todos em português, seguindo as linhas editoriais “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas Dimensões”, constituídas formalmente em dezembro do ano de 2012 e 2013, respectivamente, após serem aprovadas no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

Todos os artigos científicos foram, depois de recebidos, submetidos aos avaliadores pelo método double blind, ou seja, todos os trabalhos foram analisados por 02 (dois) pareceristas “ad hoc”, bem como pelos membros do Conselho Editorial, em colegiado.

O número 3 do volume 3 foi organizado na plataforma OJS, pelo Conselho Editorial Técnico do IESUR/FAAr iniciando o volume 3 com a qualidade de autores de regiões do país, no mínimo.

A Revista possui o International Standart Serial Number (ISSN nº 2317-8442) está indexada regionalmente - na Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes -, nacionalmente - no Sistema Eletrônico de Edição de Revistas (SEER) e no portal Diadorim, ambos do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) - e internacionalmente LATINDEX.

Vale ressaltar que, no fim do ano de 2015, a Revista obteve a indexação da plataforma DOAJ - Directory of Open Access Journals - que é um diretório eletrônico indexador de Revista que submetem os artigos aos avaliadores pelo método double blind e apresentará seus dados para cadastramento como estrato Qualis.

A partir do início do ano de 2015, as edições da AREL passam a contar com a indexação DOI. A infraestrutura do sistema DOI é definida pela norma ISSO 26324, denominada Information and documentation: digital object identifier system, e é promovida pela International DOI Foundation (IDF). O endereço DOI é atribuído a um objeto de forma

permanente a uma propriedade intelectual, através de um link na rede que remete às suas informações atualizadas, assegurando-lhe credibilidade, com a vantagem de ligar os usuários aos conteúdos dispostos pelos editores, gerenciando a comunicação por meio de uma rede que possibilita, inclusive, o acompanhamento das citações dos artigos.

A AREL FAAr tem seu próprio DOI® (digital object identifier): 10.14690/2317-8442. Os autores poderão fazer o registro no Currículo Lattes utilizando o DOI® individual de sua produção, informação que consta no rodapé de cada artigo publicado no portal, ressaltando que esse link vincula o artigo ao ano de 2015.

Todo o conteúdo da Revista Científica está sob Licença Creative Commons, que reveste de segurança as informações, protege os direitos autorais e facilita o acesso e utilização pelos seus leitores. Convidam-se os interessados a fazerem parte da relação de autores da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law. Para isso, basta conferir a CHAMADA PARA PUBLICAÇÃO no fim desta edição e conhecer as DIRETRIZES PARA AUTORES, acessando o ícone SOBRE do portal da Revista Científica Eletrônica, local onde deverá submeter seu artigo.

**Prof. Dr. David Alves Moreira**

*Editor Chefe*

*Revista AREL FAAr*

# A INTERPRETAÇÃO À LUZ DA SUA FUNÇÃO SOCIAL VISANDO CONSTRUIR UM CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA

## *THE INTERPRETATION IN THE LIGHT OF SOCIAL FUNCTION TO CONSTRUCTION A LEGAL CONCEPT OF COMPANY*

**Cláudia Ribeiro Pereira Nunes<sup>1</sup>**

Doutora em direito

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAr)  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil

e

**Manuela Gatto<sup>2</sup>**

Bacharel em Direito

Fundação Getúlio Vargas  
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**RESUMO:** O trabalho de pesquisa trata acerca da influência da função social da empresa sobre o conceito de empresa. Primeiramente, busca-se o entendimento sobre a função social da empresa que não é pacífico. Depois, estuda-se a constitucionalização do direito privado é determinante para os efeitos do princípio da função social da empresa. A problemática da pesquisa é a de verificar se existe realmente um conceito de empresa que se adeque ao princípio da função social da empresa como estabelecido pela Constituição brasileira, dentre as teorias dos atos de comércio, da empresa e da firma. O resultado esperado é que com esta última corrente se explique o fenômeno da empresa de modo mais congruente com a função social da empresa nos moldes estabelecidos na CRFB/88.

**Palavras-Chave:** Conceito de empresa. Teoria da firma. Função social da empre-

<sup>1</sup>Graduada, Mestre e Doutora em Direito. Co-coordenadora de Extensão e Pesquisa do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdade Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR) e do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/DIR. O artigo é uma produção bibliográfica da Linha de Pesquisa e do Eixo Temático do NUPES/DIR do IESUR/FAAr, além de se inserir na Linha Editorial da Revista: Sociedade, empresa e sustentabilidade. Pesquisa financiada pelo IESUR/FAAR. Consultora Sênior. E-mail: crpn1968@gmail.com

<sup>2</sup>Graduada, em Direito. Advogada. E-mail: gattomanuela@gmail.com.

sa. Constitucionalização do direito civil.

**ABSTRACT:** This research aims to present the social function of the company influence over the concept of the company. The knowledge over social function of the company is not pacific, however it is consensual the Constitution of 1988 consecrates it as a principal of the economics order. The constitutionalization of private law is determinant over the effects of the principal of social function of the company. The central point of this work is to verify if a concept of the company exists, if it fits the principal of the social function of the company required by the Constitution. Among the theories of the acts of commerce, of the company and of the firm, this last one tends to explain the phenomenon of the company in a way more congruent with the social function of the company.

**Keywords:** Concept of the company. Theory of the firm. Social function of the company. Constitutionalization of civil law.

## INTRODUÇÃO

A crise de confiança no futuro do Brasil, com razão, desestabiliza a econômica, inibe investimentos, fecha empresas, gerando mais desemprego e assim obstruindo a circulação de renda no país. Menos empresas no mercado significa menos impostos e outros tributos que sustentam e fazem girar a máquina estatal, grande responsável por financiar os problemas sociais do seus nacionais.

No entanto, pensando nessa lógica, a responsabilidade do governo é ponderada, pois depende de resultados positivos do setor privado. Nesse toada, qual a função da empresa? Apenas econômica? De geração de renda? Os questionamentos fazem com que seja verificada a necessidade, com urgência, da delineação jurídica da função social da empresa com maior clareza para que seja indicado quais os deveres positivos e negativos aos quais a empresa está subordinada a prestar para cumprir a sua função social.

A Constituição inova ao prever que a propriedade será exercida em respeito a sua função social, o que, para grande parte da doutrina, assenta-se a função social da empresa. Como a previsão constitucional não define o que seria a função social da empresa, essa pesquisa de literatura integrada jurídica através do levantamento teórico das diferentes noções de empresa e sua função social,

bem como da análise da legislação pertinente, traz uma interpretação da função social que permitirá o conceito da empresa como condição sine qua non para a estabilidade das relações jurídicas.

O debate nas escolas econômicas e jurídicas sobre o conceito de empresa sempre esteve diante da legislação ordinária (Código Comercial, Código Civil). A proposta aqui é trazer essa discussão à nível constitucional, no que diz respeito à função social da empresa insculpida como princípio na Constituição de 1988. O objeto da pesquisa consiste em investigar qual a influência do princípio da função social da empresa sobre o conceito de empresa e, assim, estabelecer um conceito de empresa que atenda aos valores e finalidades constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a isonomia que, como será apresentado, são os princípios que fundamentam a função social da empresa.

O problema que impulsiona este estudo consiste na falta de normatividade que é atribuída à função social da empresa por alguns autores. Esses sustentam que existe uma ausência de sanção específica no descumprimento da função social da empresa, tendo essa, pois, seu alcance limitado.

A problemática que buscará ser respondida, portanto, é se, havendo o Brasil adotado o modelo de constitucionalismo dirigente, a função social da empresa, enquanto princípio da ordem econômica é capaz de ser correspondida pelo conceito de empresa ou não.

## **1. HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ATO DE COMÉRCIO AO CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA**

Após anos de dedicação à elaboração de um conceito jurídico de empresa, o tema permanece em debate acalorado e dialético entre os doutrinadores, sem, a princípio, uma definição consensual. Entretanto, há um entendimento de que conceito jurídico de empresa acompanha a evolução do direito comercial, iniciando-se, segundo a doutrina, na:

- (a) etapa de surgimento do direito comercial no medievo italiano, - caracterizada como fase subjetiva, por conta do fato de que o direito comercial seria apenas aplicado aos sujeitos matriculados em uma corporação de ofício -, passando pela (b) etapa de objetivação do direito comercial - com a afirmação da teoria dos atos de comércio, em que o direito comercial passou a disciplinar, objetivamente, atos reputados comerciais -, e chegando na (c) fase subjetiva moderna, marcada pela teoria da empresa - em razão da aplicação das normas

de direito comercial ao sujeito qualificado como empresário. (CAVALLI, 2013, p. 55).

Outrossim, a essas teorias acrescenta-se a teoria da firma que, embora tenha sido desenvolvida por economistas, como será descrito, estudiosos do direito econômico vem explorando-a com maior frequência, como Cássio Cavalli (2013) e Calixto Salomão Filho (2003). Para o primeiro, a construção do conceito jurídico de empresa deve considerar elementos econômicos para explicar o fenômeno de tamanha complexidade.

### 1.1. Teoria dos Atos de Comércio

A teoria dos atos de comércio foi uma etapa de objetivação do direito comercial, subsequente à primeira fase na qual a empresa estava relacionada à qualidade da pessoa que a exercia. Contudo, influenciado pelos ideais do liberalismo econômico, o direito comercial passou a ter como base não mais o sujeito e sim a atividade desenvolvida por este. Nesse contexto, a teoria dos atos de comércio tem o seu ápice com a edição do Código Napoleônico de 1807 que assim dispunha (NEGRÃO, 2012, p. 48):

CODE DE COMMERCE - LIVRE PREMIER - DU COMMERCE EN GENERAL.

TITRE 1er - DES COMMERÇANTS.

Art. 1er. - Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

(Tradução livre: CÓDIGO DE COMÉRCIO - PRIMEIRO LIVRO - DO COMÉRCIO EM GERAL. Art. 1º - São comerciantes aqueles que exercem atividades de comércio e como profissão habitual).

Inspirado no Código Napoleônico, o direito comercial brasileiro passou a reconhecer o comerciante pela sua atividade e, dessa forma, a empresa era caracterizada pelo indivíduo que praticasse atos de comércio com habitualidade. A empresa era tida como um “ato de comércio por natureza”, pois sua finalidade normativa era determinar a extensão da aplicação do direito comercial por meio da qualificação comerciante (CAVALLI, 2013).

Nessa esteira, o Código Comercial de 1850 estabelecia que somente seria comerciante aquele que exercesse com habitualidade atos de comércio, bem como o Regulamento nº 737, de 1850, discriminava as atividades que seriam consideradas como tanto:

Artigo 19 – Considera-se mercancia:

1º. a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender

por grosso ou retalho, da mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

2º. as operações de câmbio, banco ou corretagem;

3º. as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

4º. os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; e

5º. a armação e expedição de navios.

A principal lacuna da teoria dos atos de comércio, entretanto, consistia em não abranger atividades econômicas importantes, tais como “a prestação de serviços, a agricultura, a pecuária, a negociação mobiliária”(CAVALLI, 2012, p. 72). Desse modo, a legislação brasileira foi, ao longo do tempo, rompendo com a teoria dos atos de comércio para absorver essas e outras atividades desprovidas de amparo legal e, finalmente, em 2002, com o novo Código Civil (BRASIL, 2002), a teoria da empresa passa a ser oficialmente adotada (COELHO, 2014).

## 1.2. Teoria da Empresa

A teoria da empresa surge com o código civil Italiano de 1942 e, embora este não traga o conceito de empresa, serviu para doutrina como inspiração para tanto (TOMAZETTE, 2014). Enquanto que a teoria dos atos de comércio preocupava-se em definir o comerciante através da prática de atos de comércio, a nova teoria dirigia-se a identificar a “atividade definida em lei como empresarial” (NEGRÃO, 2012,p. 62).

Nesse sentido, a junção das matérias de direito comercial e direito privado no novo código civil italiano sintetizou a própria essência da teoria da empresa, pois todos os empreendimentos, fossem eles civis ou comerciais, estariam sujeitos ao mesmo regime geral, o qual disciplinaria a economia privada, a exceção de algumas atividades de “expressão econômica marginal” (COELHO, 2014, p. 36).

O sistema italiano, responsável pela teoria da empresa, é “um modelo de disciplina privada da economia” que se adequa melhor à “realidade do capitalismo superior”, pois abraça as atividades de grande importância econômica - prestação de serviços, agricultura e etc. - que antes eram excluídas no sistema francês difusor teoria dos atos de comércio (COELHO, 2014, p. 32-24).

Ademais, a teoria da empresa, como explica Tomazette (2014), recebeu grande contribuição com a teoria poliédrica desenvolvida pelo italiano Alberto Asquini

a partir do código italiano supramencionado. Asquini traçou quatro perfis da empresa, no intuito de explicar o que ele chama de “fenômeno jurídico poliédrico”.

Em primeiro lugar, o perfil subjetivo refere-se ao próprio empresário, sendo este aquele que exerce a atividade empresarial. Segundo o artigo 2.082 do código civil italiano de 1942, o empresário era “quem exercia profissionalmente atividade econômica organizada com o fim de produção e da troca de bens e serviços” (TOMAZETTE, 2014, p. 37).

Já o perfil funcional relaciona-se com a atividade empresarial exercida, o que conceituaria a empresa como “um conjunto de atos tendentes a organizar os fatores de produção para a distribuição ou produção de certos bens ou serviços” (TOMAZETTE, 2014, p. 37).

O perfil objetivo, por sua vez, também conhecido como perfil patrimonial, diz respeito ao conjunto de ativos que a empresa dispõe, ou seja, o estabelecimento, os bens utilizados na produção e/ou comercialização, e etc. Sob esse aspecto, “a empresa seria um patrimônio afetado a uma disponibilidade específica” (TOMAZETTE, 2014, p. 38).

Enquanto que os perfis até então analisados apresentam a empresa sob um ângulo individualista, o último perfil descrito por Asquini inova nesse sentido. O perfil corporativo é relativo à pluralidade de pessoas ligadas à empresa, formada pelo empresário e seus colaboradores, em função de um fim econômico comum (REQUIÃO). Nas palavras de Asquini (*apud* REQUIÃO, p. 81):

O empresário, segundo o perfil corporativo, e os seus colaboradores não constituem simplesmente uma pluralidade de pessoas, ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho com fins individuais; antes, formam um núcleo social organizado, em função de um objetivo comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos colaboradores singulares do melhor resultado econômico da produção.

Grande parte da doutrina pátria, no entanto, entende que o perfil corporativo estaria superado. Para Tomazette (2014), o perfil corporativo fundamentava-se apenas na ideologia populista do fascismo italiano durante a elaboração do Código de 1942.

Na mesma esteira, Bulgarelli (2000) defende apenas os perfis subjetivos, objetivo e funcional da empresa, na medida em que somente esses estariam presentes na sua “essência da empresarialidade”. A empresa, pois, consistiria na “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços

para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens” (BULGARELLI, 2000 p. 99).

Coelho (2014, p. 34) também contesta o perfil corporativo como sendo uma ideologia pertencente aos regimes totalitários da época. Porém, vai mais adiante e afirma que apenas o perfil funcional seria relevante para o conceito jurídico da empresa, uma vez que os perfis subjetivo e objetivo representam o próprio sujeito de direito (empresário) e o estabelecimento empresarial, respectivamente. Assim, descreve a empresa como sendo a:

[...] atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa) (COELHO, 2014, p.35).

Ao estudar o Código Civil de 2002, Negrão (2012) destaca que a legislação brasileira não apresentou, explicitamente, o conceito de empresa. Na verdade, para doutrinador, seu conceito é abstrato e não possui natureza jurídica, dado que corresponde a vários fatos ou negócios jurídicos relativos ao “tripé” pessoa (empresário), atividade econômica e estabelecimento. Cada um desses elementos, pois, possuiria existência e tutela jurídica próprias, como os direitos e deveres da pessoa jurídica ou natural, bem como o complexo de bens do estabelecimento.

Segundo Coelho (2014, p.40), apesar da ausência de conceito de empresa, o Código Civil de 2002 trouxe a definição de empresário - abaixo transcrita -, excluindo, no entanto, grande parte dos profissionais liberais (advogado, dentista, médico e etc.) que não exercem suas atividades sob uma organização empresarial, na legislação referida como “elemento de empresa”:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Não obstante as divergências quanto ao conceito de empresa dentro da própria teoria da empresa, a doutrina majoritária reconhece que Brasil oficialmente adotou-a através do artigo ora transcrito. A empresa, portanto, diz respeito à “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de

serviços” pelo empresário (pessoa jurídica ou física), de modo profissional (não ocasional).

### 1.3. Teoria de Firma

A teoria da empresa, contudo, vem sendo criticada por parte da doutrina jurídica. Como sustenta o professor Cavalli (2013, p. 148), por exemplo, o conceito de empresa deve ser elaborado de acordo com a ciência econômica, de modo que seja juridicamente relevante e operacionalizável. Assim, defende que o conceito de empresa “deva ser capaz de explicar da maneira mais satisfatória possível o fenômeno da empresa, de modo a desempenhar adequadamente as funções dogmáticas de um conceito jurídico” (CAVALLI, 2013, p. 19).

Nesse mesma toada, por relevante e operacionalizável, Miguel Reale (apud CAVALLI, 2013, p.19) entende:

[...] antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

Observa-se que realizabilidade é também descrito como princípio da operabilidade, Reale extraiu-o dos ensinamentos de Jhering “que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado” (REALE, sem data).

Por outro lado, a empresa é tanto uma realidade fática como uma realidade jurídica, e cabe ao jurista “[...] descrever essa realidade fática com base em elementos econômicos, selecionar os elementos contidos na descrição que interessam ao direito e, considerando esses elementos, elaborar um conceito jurídico de empresa” (CAVALLI, 2013, p. 78).

A teoria da firma recebe esse nome em razão dos economistas reconhecerem as palavras empresa e firma como sinônimas, embora que para o direito, a firma signifique assinatura (VERÇOSA, 2004, p.90).

Na verdade, a teoria da firma compõe-se de várias visões econômicas acerca das funções que a firma desempenha (CAVALLI, 2013, p. 150). Assim sendo, o presente estudo, assim como se organiza o trabalho Cavalli (2013, p. 151), analisará o conceito de empresa a partir de duas escolas da economia: a neoclássica e a neoinstitucionalista.

### 1.3.1. A Firma Neoclássica

Segundo a escola econômica neoclássica, a firma é a organização dos fatores de produção para maior eficiência da produção de bens e serviços no mercado, segundo a lei da oferta e da demanda. Dessa forma, “a empresa é reduzida a um indivíduo que realiza escolhas racionais de produzir para os consumidores, em conformidade com as orientações obtidas pelos sinais de mercado, de modo a maximizar seu lucro” (CAVALLI, 2013, p. 164).

Contraopondo-se a esse entendimento, Cavalli (2013, p. 165) sustenta que este voltava-se “para explicar o funcionamento do mercado, e não da firma”, restando essa como uma “black box”. Foi, entretanto, com o economista britânico Ronald H. Coase - precursor da escola neoinstitucionalista (CAVALLI, 2013, p. 166) - que o conceito de firma passou a ser também, e principalmente, determinado pelos custos de transação, e não somente pelos custos de produção (ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 34).

### 1.3.2. A Firma Neoinstitucionalista

De acordo com o Coase, (apud CAVALLI, 2013), os custos de transação são aqueles relacionados à implementação e monitoramento das atividades realizadas pelas empresas, cabendo ao empresário essa coordenação em função dos contratos contraídos pela empresa. Os custos de transação resumem-se nos “(a) custos de busca de informação; (b) custos de negociação do contrato; e (c) custos de monitoração da execução do contrato e de demandar o seu cumprimento (enforcement)” (CAVALLI, 2013, p.173).

Para efeito de ilustração, Cavalli (2013) descreve o caso da churrascaria que busca carne a um preço mais barato do que costuma gastar. Primeiro, tal churrascaria deverá fazer uma pesquisa de mercado, para saber qual frigorífico oferece o menor preço possível, e o tempo e dinheiro investidos nessa pesquisa serão os custos de transação absorvidos pela empresa. Ademais, após achar o frigorífico, a churrascaria arcará com os custos do contrato (como as garantias de pagamento, o frete da mercadoria...), bem como os custos de mantê-lo, através da fiscalização da carne recebida, por exemplo.

Interessante notar que para Coase (apud ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 38), os custos de transação são positivos para a firma, afinal, são eles a razão pela qual as firmas organizam-se. Nesse sentido:

[...] firmas, como instituição de aprovisionamento para facilitar o fornecimen-

to de bens e serviços nos mercados, são resultado da procura de mecanismos de redução dos custos de transação, custos estes incorridos para ir ao mercado oferecer ou procurar os bens e serviços [...] (SZTAJN, 2004, p. 187).

No entanto, segundo Coase (apud COELHO, 2014, p. 48) a elevação dos custos de transação pode gerar ineficiência à firma quando as externalidades tornam-se não desprezíveis entre os agentes econômicos. As externalidades, ou custos sociais, consistem em “todo efeito (negativo ou positivo) que uma pessoa produz sobre a atividade econômica, a renda ou o bem-estar de outra, sem compensar os prejuízos que causa nem ser compensada pelos benefícios que traz.” (COELHO, 2014, p. 49).

A análise econômica do direito, surgida com Coase, “considera que as externalidades não refletem falhas do mercado, mas situações conflitantes que devem ser solucionadas pelos próprios interessados”, diferentemente da economia do bem-estar na qual o Estado deveria suportar as externalidades ao corrigir as falhas de mercado com a tributação (COELHO, 2014, p. 49).

A existência da empresa para Coase, pois, fundamenta-se na busca pela diminuição dos custos de transação, ou seja não mais em razão do mercado pelo mecanismo de formação de preços, mas sim em função da “autoridade do empresário”, da firma, como um método de coordenação de produção alternativo ao mercado (CAVALLI, 2013).

### **1.3.2.1. Economia dos Custos de Transação**

Procurando entender com mais detalhes a formação das empresas, Oliver Williamson, influenciado pelo estudo de Coase, verificou que as características dos contratos são determinantes para que os agentes econômicos organizem-se em firmas (integração vertical) ao invés de permanecerem no mercado individualmente (CAVALLI, 2013).

Em razão da incompletude natural dos contratos - nos quais é impossível prever todos os custos de transação - as empresas tendem a estabelecer contratos de longo prazo e objeto pouco determinado, justamente para evitar os altos custos de transação dos contratos instantâneos do mercado. Neste, o empresário tem que resolver disputas contratuais para manter e renegociar essas relações jurídicas de curta duração. (CAVALLI, 2013).

Além da racionalidade limitada dos agentes econômico em estabelecer todos os detalhes da relação contratual e da necessidade de renegociação, os cus-

tos de transação dos contratos de mercado também são determinados pelo oportunismo e pela especificidade dos ativos. Quanto maior este, mais vulnerável o empresário estará ao oportunismo do fornecedor que poderá se apropriar da sua quase renda. (CAVALLI, 2013). A quase renda é “a diferença entre o valor do ativo na sua alocação atual e o valor que ele obteria em uma alocação alternativa” (CAVALLI, 2013, p. 187).

Assim, Williamson compreendeu a empresa como “uma estrutura de governança alternativa em relação ao mercado”, na qual o empresário busca aumentar seu poder defiat (poder hierárquico) verticalizando as relações que envolvem custos de transação altos de um fornecedor (integrate backwards) ou de um distribuidor (integrate forward) ao invés de renegociar contratos no mercado (CAVALLI, 2013).

Para Oliver Hart (apud CAVALLI, 2013), no entanto, o poder de fiat não é verdadeira razão pela qual os agentes econômicos verticalizam-se, pois a hierarquia por si só não explicaria o motivo pelo qual um fornecedor ou distribuidor deixaria de ser oportunista. Na verdade, são os direitos de propriedade dos ativos da empresariais que explicam essa situação, pois os antigos oportunistas agora estarão sobre a ameaça de demissão.

### 1.3.2.2 Economia dos Custos de Agência

Também influenciados por Coase, Armen Alchian e Harold Demsetz, William Meckling e Michael Jensen, Steven Cheung e Eugene Fama conceituaram a empresa como uma conexão de contratos, nexus of contracts em razão da necessidade de organizar as relações de cooperação inerentes ao desenvolvimento da atividade econômica (CAVALLI, 2013).

Tanto o mercado como a firma são marcos por elas relações de cooperação e não por oportunismo, pelo risco da apropriação da quase renda, ou seja, não haveria diferença entre contratos de mercado e de firma. Esta, na verdade, organiza-se não mais para aumentar o poder de fiat do empresário, mas sim para fortalecer as relações de cooperação e reduzir os custos de mediação (CAVALLI, 2013).

Os custos de mediação correspondem à medição da produtividade e recompensa pelo esforço dos agentes econômicos. Como no mercado muitas vezes não consegue fazer isso naturalmente:

A produção em equipe (isto é, em empresa) torna-se mais eficiente precisa-

mente nos casos em que há dificuldade em medir a produtividade marginal de cada um dos agentes que aportam recursos para uma finalidade comum, de modo a determinar a remuneração (CAVALLI, 2013, p. 197).

Seguindo esse raciocínio, a firma seria uma solução aos agentes econômicos que tendem a se esquivar e de cujo resultado o mercado não consegue mensurar. A firma, pois, surge como uma grande gestora de contratos no sentido de monitorar e quantificar, eficientemente, o desempenho dos indivíduos internos e externos à empresa. (CAVALLI, 2013).

Uma vez reduzido os custos de mediação com a organização em firma, os custos de mediação são substituídos pelos custos de agência, os quais derivam da relação entre o principal - titular do interesse, no caso o empresário - e o agente - responsável pela consecução do interesse do principal desde um funcionário, administrador e até mesmo um credor. Dessa forma, o empresário, possui custos em monitorar a atuação dos agentes para que os interesses da empresa sejam preservados.

A teoria da firma neoinstitucionalista, ainda que defendida sob óticas peculiares não raramente divergentes, contribuiu significativamente para o conceito jurídico de empresa, pois ajudou a entender porque os agentes econômicos organizam-se sobre a estrutura de empresa, seja em razão dos custos de transação, de mediação ou de agência.

Resta claro, por conseguinte, que a empresa não é um mero resultado dos custos de produção, mas sim uma alternativa consciente dos agentes em organizarem-se com mais eficiência em razão de elementos que lhe são endógenos, geradores de custos de transação, mediação ou agência. Nesse sentido, encaminha-se agora para analisar um desses elementos que influencia em todos esses custos determinantes para a escola neoinstitucionalista.

## 2. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Não bastasse as dificuldades em definir-se o conceito de empresa, a noção de sua função social ainda é um tema mais discutido ainda no campo jurídico. Apesar da sua crescente referência na doutrina contemporânea, a função social da empresa, como será tratada, é um conceito em desenvolvimento que abriga diversas acepções.

Antes de estabelecer a definição do conceito de função social da empresa, entretanto, faz-se mister esclarecer o contexto no qual a função social ascende

no direito.

## 2.1. Da Publicização à Constitucionalização do Direito Privado

Surgido durante o século XX, publicização do direito privado - também conhecida como, socialização ou despatrimonialização do direito privado - foi um movimento reacionário ao paradigma liberal do século anterior. (TEPEDINO, 2008). Antes da publicização do direito privado havia um “fetichismo do Código Civil”, no qual o direito público e o direito privado representavam:

[...] dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar (TEPEDINO, 2001, p. 3).

Com o fenômeno de publicização do direito privado, as relações privadas não poderiam mais deixar de observar os interesses coletivos. Assim, ao Estado caberia intervir para que os interesses individuais não se sobrepusessem aos da coletividade, despedindo-se do ultrapassado *laissez-faire*, *laissez-passer* do Estado Liberal para abraçar o novo Estado Social (CAVALLI, 2012).

Inicialmente, a publicização do direito civil foi relacionada à maciça intervenção do Estado na economia. Tal prática ficou conhecida como dirigismo contratual, tendo como ápice o modelo do constitucionalismo social e do *welfare state*. O dirigismo contratual instrumentalizou-se através da edição de leis situadas fora dos códigos civil ou comercial, o que fez com que estes perdessem paulatinamente a “posição central” no ordenamento jurídico no que tange as relações privadas (CAVALLI, 2012, p. 33).

Segundo Cavalli (2012, 22), a publicização do direito civil, por outro lado, também é manifestada pelo que se convencionou chamar de constitucionalização do direito civil. Com a ascensão das constituições econômicas e dirigentes, as cartas constitucionais passaram a regular as relações econômicas através de normas programáticas, firmando, pois, o desfecho da antiga dicotomia direito público/privado.

Segundo Bercovici (2005, p. 87) enquanto que as constituições econômicas compreendem aquelas que apresentam disposições econômicas em seus textos, as constituições dirigentes pretendem, além de contemplarem a estrutura econômica do Estado, alterá-la através de diretrizes

a constituição econômica compreende “o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia”.

De acordo com da Silva (2009a, p. 138), as normas programáticas são “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização de fins sociais do Estado”.

De acordo com Eugênio Fecchini Neto (apud CAVALLI, 2012, p. 99), a constitucionalização do direito privado possui duas faces: a relevância constitucional das relações privadas - com a incorporação de alguns institutos de direito privado na constituição - e a constitucionalização do direito civil através da força normativa dos princípios e de interpretações à luz da constituição.

Ao tratar do tema, Barroso (2010, p. 369) destaca que a Constituição comporta “regras específicas [...] que afetam institutos clássicos, assim como os princípios que se difundem por todo o ordenamento, a exemplo da isonomia, da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana”.

O princípio da isonomia, segundo Bulos (2009, p. 450), também conhecido como princípio da igualdade, equiparação ou paridade, “consiste em quinhonar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade” conforme ensinou Aristóteles e posicionou-se o Supremo Tribunal Federal (STF).

Já o princípio da solidariedade está ligado à ideia de ajuda mútua, recíproca, de respeito ao próximo, bem como concatenada à democracia:

Não existe democracia onde reinam desigualdades sociais, o dinheiro, o clientelismo, o eleitoralismo, o espírito cortesão e a corrupção. Não há democracia sem um agir organizado e consciente que coloque o funcionamento de todas as instituições a serviço da liberdade e do combate às desigualdades sociais (FARIAS, 1998, p. 283).

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, advém de valores religiosos e éticos relativos ao respeito ao próximo, ao valor sagrado de que cada indivíduo tem um fim em si mesmo na máxima kantiana (BARCELLOS, 2002). Segundo Barroso “Em síntese sumária, a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na dimensão física com moral” (BARROSO, 2010, p. 254).

Assim sendo, com a Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito

brasileiro, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade como objetivo fundamental e o princípio da isonomia como direito fundamental, alterou a ordem constitucional tanto nas relações públicas como nas relações privadas, e afetando, portanto, institutos clássicos do direito civil, como foi o caso da empresa.

## 2.2. Previsão Constitucional da Função Social

A Constituição não trouxe previsão expressa da função social da empresa. Contudo, grande parte da doutrina pátria atribui base constitucional implícita na função social da propriedade, como será mais bem tratado no título seguinte. Assim sendo, esta parte do presente estudo verificará os dispositivos constitucionais que disponham sobre a função social da propriedade, enquanto fundamentadora da função social da empresa.

Com movimento de constitucionalização do direito privado, a Constituição trouxe restrições ao direito de propriedade (uso, gozo e disposição), não existindo mais o direito absoluto da propriedade (DA SILVA, 2009b). Assim, dispôs:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(grifo nosso)

No entanto, Da Silva (2009b, p. 281), observa que esse dispositivo, na verdade, representa um “sistema de limitação da propriedade” relativo apenas ao proprietário e que não deve ser confundido com o princípio da função social da propriedade. Este, segundo o autor, “ultrapassa o sentido [...] da propriedade como manifestação de um direito individual [...] porque interfere com a chamada propriedade empresarial”, na medida em que se insere entre os princípios da ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

- II - propriedade privada;
  - III - função social da propriedade;
  - IV - livre concorrência;
  - V - defesa do consumidor;
  - VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
  - VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
  - VIII - busca do pleno emprego;
  - IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
- Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo nosso)

Segundo da Silva (2009b), ao transpor a função social da propriedade à nível principiológico, o constituinte amplia seus efeitos para todas situações jurídicas que envolvam o poder econômico, com o fim de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Assim, deixa o plano das normas - “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo” (DA SILVA, 2009a, p. 142) - para se tornar parte das “ordenações que irradiam e imantam os sistemas normas” (DA SILVA, 2009a p. 142).

Em se tratando de princípios, Barroso (2010, p. 317) discorre que a constituição consiste como “um sistema aberto de princípios e regras”, na qual estas “desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas” e aqueles “com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto”. Os princípios, assim como as regras, são dotados de eficácia jurídica, ou seja, pretendem “atuar sobre a realidade” (BARROSO, 2010, p. 319).

Segunda da Silva (2009b), a aplicabilidade da função social da empresa é imediata, assim como todo princípio constitucional, ou seja, independe de norma ulterior para que seja aplicada. Ressalta o autor que esse posicionamento, inclusive, já foi reconhecido pela jurisprudência no acórdão proferido pela 3ª câmara do 1º TAC-SP, na apelação 291.722 .

Seguindo esse raciocínio, a Constituição continuou prevendo a função social

da propriedade ao longo do título da ordem econômica e financeira da seguinte forma:

Art. 173. [...]

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade [...]  
(grifo nosso);

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

(grifo nosso);

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei [...]

(grifo nosso);

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

[...]

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e

fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social. (grifo nosso);

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (grifo nosso).

Vale ressaltar que, apesar desses exemplos não contemplarem especificamente a função social da empresa, o próprio artigo 170, III já seria suficiente para consagrá-la:

[...] ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, tem-se configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico (2009b, p. 814).

Não restam dúvidas, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro abriga a função social da empresa enquanto princípio constitucional. Após a verificada e analisada a força normativa da função social da empresa, é importante, do mesmo modo, averiguar a construção doutrinária acerca tema.

### 2.3 Panorama das Diversas Concepções do Termo Função Social da Empresa

Segundo Tomasevicius Filho (2003), a função social é um termo pertencente às ciências sociais, cuja iniciação teve-se na filosofia e, conseqüentemente, passou para o direito sob a forma de função social da propriedade. São Tomás de Aquino, teria sido o primeiro a formular o conceito de função social “quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que

o homem deveria respeitar” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 34).

Do mesmo modo, Augusto Comte “formulou o conceito de função social como um dever de agir” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 34). De acordo com Comte, a sociologia deveria proporcionar uma reforma efetiva nas instituições sociais, de modo a transformar o pensamento intelectual do ser humano, tendo cada um, dessa forma, um atribuição a cumprir para e em função da sociedade.

A Constituição de Weimar de 1919, como observa Comparato (1986, p. 75), teria sido o primeiro exemplo mais concreto da noção de função social no direito. O artigo 153 desta carta introduziu a função social como limitadora do direito de propriedade, sendo reproduzido, *ipsis verbis*, pela Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 (art. 14, 2.<sup>a</sup> alínea) “a propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”.

Na mesma esteira, a Constituição de brasileira de 1934 (BRASIL, 1934) também estabeleceu que:

Art. 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Tomas e Vicius Filho (2003) destaca que, na ciência jurídica, o conceito de função social da empresa foi tratado, primeiramente, sob dois ângulos distintos. De um lado, Karl Renner teria definido a função social como uma “abstração do processo econômico”. Assim, a empresa, enquanto instituto jurídico, possuiria um papel social de produtora de riquezas, gerando emprego empregos e lucros.

Por outro lado, Léon Duguit, sustentou que a função social da empresa, por ser uma espécie de fenômeno de convivência, deveria encontrar fundamento na solidariedade. Segundo Duguit (apud TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 35), a solidariedade consiste na ideia de que “A atividade particular de cada ser humano deve se harmonizar-se com as atividades dos demais”, pois “O ser humano não é auto-suficiente, o que ensejaria uma interdependência inevitável”. Assim, ao relacionar a empresa com o instituto jurídico da propriedade, Duguit (apud TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 36) assevera que “a propriedade não é um direito; é uma

função social. O proprietário, a saber, o possuidor de uma riqueza, tem, pelo fato de tê-la, uma função social a “cumprir; enquanto cumprir esta missão, seus atos de proprietários estão protegidos”.

Com relação à função social da propriedade, Bulos (2009, p. 504) esclarece que esta consiste na “destinação economicamente útil da propriedade, em nome do interesse público”, pois a propriedade não se esgota nos direitos individuais do titular em usar, gozar e dispor da coisa. Esses direitos, pois, não deveriam empacar no progresso e na satisfação da sociedade.

Diante dessas duas visões, no entanto, Tomasevicius Filho (2003) afasta a concepção de Renner, pois a função social da empresa ultrapassa a mera geração de riquezas na sociedade. Se assim fosse, a propriedade improdutiva também cumpriria sua função social, dado que guardaria uma reserva de valor.

Ademais, pondera o entendimento de Duguit, entendendo que o dever do proprietário em cumprir a função social não deve sobrepor-se ao seu direito subjetivo, e vice-versa. Em suas palavras, “a função social [...] não retira a liberdade de o indivíduo ou a sociedade agir em interesse próprio” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

Para o jurista, a da função social da empresa está restrita ao seu respectivo objeto social e compreende “o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos” (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 40).

A extensão desses deveres é tratada por Lamy Filho (2015). Segundo o autor, os professores Adolf Berle e Merich Dodd Jr. debateram o assunto na Harvard Law Review, defendendo o primeiro que os deveres dos administradores deveriam estar voltados apenas para os interesses dos acionistas, enquanto que o Dodd Jr. estendia esses mesmos deveres para o público em geral.

Na toada de Dodd Jr., Lamy Filho (2015, p. 58) descreve que as decisões das empresas “têm repercussão que ultrapassam de muito seu objeto estatutário, e se projetam na vida da sociedade como um todo. Participa, assim, o poder empresarial do interesse público, que a todos cabe respeitar”.

Comparato (1986), por sua vez, defende que existem bens de produção e bens de consumo, e que somente aos primeiros caberia falar em função social. Enquanto que os primeiros dirigem-se ao interesse privado de consumo, os segundos vinculam-se a um objetivo determinado pelo interesse coletivo através da

dinâmica exercida pelas empresas.

Nessa sentido, Coelho (2014, p.75) esclarece que os bens de produção, como conceito jurídico, compreendem todos aqueles “reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial”. Atenta, ademais, que muitas vezes o empresário não é o titular desses bens - pois entre eles há alugados, alienados fiduciariamente, objetos de leasing... -, mas, mesmo assim, o empresário os controla e deve direcioná-los em consonância com sua função social:

[...] ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita (COELHO, 2014, p. 76).

Outrossim, Tomas e Vicius Filho faz uma distinção importante entre função social e responsabilidade social da empresa. Enquanto ambas direcionem-se ao bem comum dos indivíduos que estejam dentro e fora do universo empresarial, a primeira está restrita ao objeto social da empresa, enquanto que a segunda ultrapassa esse limite, pois se fundamenta na no poder econômico das empresas.

Por exemplo, uma empresa comercial tem por objeto social a intermediação de mercados entre produtores e consumidores e não a realização de atividades beneficentes no município em que fica a sua sede social ou a contribuição do custeio da seguridade social. E por não serem atividades ligadas ao seu fim é que se pode falar em responsabilidade social. (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 47)

A responsabilidade social “consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na sua interação com a comunidade” (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 46). Para o jurista, a empresa pode ser compelida a cumprir com a responsabilidade social tanto pela lei, como é o caso do custeio de seguridade social, quanto pela própria sociedade, exigindo esta maior cidadania empresarial. A cidadania empresarial compreende o aumento do bem-estar da sociedade através de medidas tanto no âmbito interno - preocupação com as condições de trabalho, higiene e saúde dos trabalhadores e etc. - como no âmbito externo da empresa - preocupação com toda comunidade envolvida, como clientes, fornecedores e etc (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 55).

De acordo com Diniz (2009), a função social da empresa compreende tanto a

função social do contrato ou estatuto social, como a função social da propriedade empresarial, buscando, em ambas, a boa-fé objetiva do empresário. Esta, para Diniz, é um princípio que:

[...] privilegia o respeito à lealdade, requerendo do empresário um padrão de conduta, que tenha como standard “o bom homem de negócios”, que deve ter o dever de diligência e cuidado próprio na condução de seu interesse. A boa-fé objetiva deve ser tida como o modelo de conduta social em busca da economia voltada ao bem-estar geral e da melhoria da atividade empresarial na obtenção de um excelente padrão de eficiência (DINIZ, 2009, p. 24).

Em se tratando de função social do contrato, Caio Mário (2011, p. 12) descreve-a como uma limitação à autonomia da vontade quando esta “esteja em confronto com o interesse social”, ultrapassando “a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade” e mitigando os princípios clássicos do contrato, da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos.

Nesse sentido, “o Código consagra a rescisão do contrato lesivo, anula o celebrado em estado de perigo, combate o enriquecimento sem causa, admite a resolução por onerosidade excessiva, disciplina a redução de cláusula penal excessiva” (PEREIRA, 2011, p. 12).

Após análise da função social da empresa sob vários ângulos apontados pelos doutrinadores aqui expostos, se pode inferir alguns pontos consensuais acerca do seu conceito: (i) guarda em si um solidário, coletivo, o qual ultrapassa a noção de função econômica; (ii) restringe-se ao conteúdo do seu respectivo objeto social, não se confundido com a noção de responsabilidade social; (iii) incide sobre a disposição de bens de produção, seja por meio da propriedade ou simplesmente pelo poder de gestão sobre estes e (iv) cria deveres positivos e negativos para a empresa a partir desses três pontos.

### **3. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A FIRMA NEOINSTITUCIONALISTA**

Em decorrência do movimento da constitucionalização do direito privado e com a conseqüente ascensão das constituições dirigentes com normas programáticas, como bem pontuado no capítulo anterior, a ordem econômica do país passou

a ser determinada pelos princípios elencados no artigo 170 supracitado, servindo como um norte não apenas para o Estado, mas para o setor privado também.

Assim sendo, o fim de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, 1988, art. 170, caput), enquanto norma programática, é fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da solidariedade que se vinculam necessariamente às empresas através do princípio da função social dessas. A constituição dirigente, desse modo, representa um rumo dentro do qual a empresa adquire importantíssima função enquanto detentora do poder econômico.

Embora exista o posicionamento de que a função social da empresa não possua valor normativo por ser desprendida de sanção jurídica adequada e deveres positivos claros (COMPARATO, apud CAVALLI, 2013, p.22), a previsão constitucional, para os constitucionalistas aqui já citados, é suficiente para a produção de efeitos jurídicos.

Enquanto criadora de deveres positivos e negativos em razão dos valores de coletividade presentes na Constituição, pode-se dizer que a função social da empresa representa um custo de transação elementar para os agentes econômicos. Embora não seja possível predeterminar todos os custos de transação, pode-se inferir que a função social da empresa permeia tanto os custos de informação como os custos de negociação e monitoração.

Retornado ao exemplo da churrascaria ilustrado por Cavalli (2013, p.77), ao realizar-se a pesquisa de mercado para identificar qual frigorífico garante o menor preço da carne, o empresário deverá ter em mente que o menor preço não necessariamente lhe renderá menores custos de transação, pois as condições higiênico-sanitárias da carne poderão estar comprometidas.

Assim, ao buscar um fornecedor que atenda às demandas financeiras da empresa, essa, enquanto detentora de poder econômico, deverá ser diligente e agir com boa-fé objetiva, não podendo simplesmente ignorar a função que seus bens de produção desempenham.

Nessa hipótese, a carne é um fator de produção a ser consumido pelos clientes da churrascaria, juntamente com todos os serviços disponíveis por ela. Dessa forma, ainda que o empresário cumpra com todas as exigências legais e normas da vigilância sanitária, a saúde dos seus clientes poderá estar comprometida caso o dono da churrascaria ou o responsável seja omissivo no momento em que procurar um fornecedor que o venda mais barato.

Ademais, as consequências de uma possível intoxicação alimentar não ferem apenas os direitos dos consumidores (Art. 170, X, da Constituição). Toda a cadeia de funcionários, fornecedores, credores e etc., estão comprometidos com o desempenho da churrascaria. Dependendo da gravidade e da proporção da intoxicação alimentar, a empresa poderá ter suas atividades encerradas provisoriamente, ou até permanentemente, em decorrência das leis de proteção aos consumidores, porém em detrimento dos interesses de todos os stakeholders.

Ainda que a carne estivesse em perfeitas condições, o menor preço garantido pelo frigorífico à churrascaria pode ser abusivo. Independentemente das razões pelas quais esse preço foi possível, o que interessa para o presente estudo é que a concorrência desleal vai diretamente de encontro ao princípio da livre concorrência e, em última instância ao princípio da função social da empresa.

Nesse sentido, adverte Tomas e Vicius Filho (2003, p.43):

O inc. IV do art. 170 estabelece a livre concorrência como princípio da ordem econômica. Isso significa que a atividade empresarial não pode atentar contra este princípio, porque este é um valor instrumental para a consecução de diversos objetivos econômicos, entre eles, a eficiência alocativa, que consiste na utilização dos recursos sociais nas atividades que os consumidores mais necessitam, e a eficiência produtiva, que consiste na utilização de menos quantidade possível de recursos sociais na produção de bens de consumo, através da garantia da igualdade de competição entre os agentes econômicos.

Assim, como a concorrência desleal pode gerar monopólios, e esses naturalmente não são eficientes, as empresas devem cumprir sua função social na medida em que essa “consiste na destinação econômica socialmente mais vantajosa para a sociedade” o coaduna-se com o princípio da livre concorrência, agregando semanticamente a ordem econômica brasileira como um todo (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 43).

Deve-se ressaltar que, no Brasil, a Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011) estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo sobre:

a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL, 2011, art. 1º, caput).

O custo da função social, pois, impacta não somente nos custos de transação

envolvidos com o fornecimento de carne, muito pelo contrário, relaciona-se com todos contratos realizados com seus trabalhadores, com os agentes bancários, financeiros e etc. Dessa forma, pode-se entender que o cumprimento da função social é um custo de transação para empresa que incorre desde o momento de informação, negociação e finalmente monitoração de todas relações contratuais desenvolvidas.

Sob a perspectiva dos custos de agência, a função social da empresa torna as relações empresariais muito mais complexas de serem calculadas (custos de mediação), bem como de serem monitoradas pelo principal (custos de agência). O principal sempre deverá ter o cuidado em dobra ao delegar seus interesses aos agentes, pois para lei não importa se o principal cumpriu com a função social da empresa, mas sim se a própria empresa cumpriu sua função social, independentemente do responsável direto pelo descumprimento.

Na verdade, raros são os casos em que o direito responsabiliza os agentes, ou até mesmo o principal, pois quem sofre o prejuízo é a pessoa jurídica, e não a pessoa natural, sócios, administradores e etc. Salvo em casos extremos em que haja culpa, apenas a pessoa jurídica será juridicamente responsável, embora o principal, conseqüentemente, sempre suportará os prováveis efeitos reflexos de ter sua empresa em conflito judicial.

Retornando novamente ao exemplo da churrascaria, se o dono não tenha tempo para gerenciá-la, contratará um terceiro para realizar essa função. Mesmo que esse seja extremamente qualificado, com anos de experiência no ramo de churrascarias, poderá, por algum motivo, esquivar-se e não ser tão diligente quanto à temperatura excessivamente quente da cozinha.

Dessa forma, a saúde de algum funcionário poderá ser afetada, ainda que todas as normas de instalação tenham sido cumpridas. Aplica-se, nesse caso, a responsabilidade objetiva do empresário, mesmo tendo sido o administrador culpado pela omissão.

Esse é o raciocínio jurídico atualmente empregado pela teoria do risco adotada pelo artigo 927, parágrafo único do Código Civil, fundamentada na função social que a empresa possui em zelar pelos seus trabalhadores, principalmente na saúde desses vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, em última análise.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano,

independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A teoria neoinstitucionalista, por conseguinte, explica o fenômeno da empresa sob vários ângulos nos quais a função social da empresa pode ser identificada enquanto um custo de transação, mediação ou de agência. Essa equivalência concatena-se perfeitamente com o modelo constitucionalista adotado pelo Brasil, no qual normas programáticas norteiam e princípios constitucionais obrigam a atuação do setor privado.

Não obstante a grande contribuição da teoria neoconstitucionalista para a função social da empresa, deve-se atribuir créditos a Alberto Asquini ao analisar o perfil corporativo da empresa. Tal perfil, ao observar a existência de uma finalidade coletiva para além das várias finalidades individuais de cada pessoa ligada à empresa, parece ter sido uma epifania do que mais tarde seria concretizado como função social da empresa e explicado pela escola neoconstitucionalista por meio de outros custos que não os de produção (transação, mediação e de agência).

Assim como a teoria da empresa, a qual acolhe os perfis de Asquini, a teoria dos atos de comércio também não conseguiu explicar o fenômeno da empresa partir de um dado econômico que mensura-se a função social da empresa. No mesmo sentido seguiu a teoria da firma neoclássica que, embora desenvolvida pela própria ciência econômica, acabou por elaborar um conceito de mercado e não de empresa.

A grande contribuição da firma neoinstitucionalista para a função social da empresa, portanto, recai sobre a conclusão de que as empresas não se organizam em decorrência puramente dos custos de produção. O que são determinantes na processo de verticalização são os outros custos - transação, mediação e de agência -, capazes de atribuir um conceito de empresa relevante e operacionalizável quanto à função social da empresa.

## CONSIDERAÇÃO FINAIS

O conceito de empresa proposto pela teoria da firma neoinstitucionalista, tendo como epicentro os custos de transação - os quais melhor explicam o fenômeno da empresa e não do mercado a partir de um verdadeiro dado econômico - adéqua ao modelo de constituição dirigente adotado pelo Brasil, uma vez que possui correspondência com o princípio da função social da empresa.

Este princípio estrutura a ordem econômica do país segundo a Constituição, a qual tem por fim garantir a existência digna de todos segundo a justiça social. Possui, pois, força normativa quanto parte de norma programática, devendo nortear o setor privado, bem como quanto princípio constitucional, de aplicabilidade direta sobre todos. Independe, dessa forma, de sanção específica, pois a sua não observância pelas empresas será a base para as disputas jurídicas que esta sofrerá, seja em sede trabalhista, empresarial e etc.

A função social da empresa, pois, influencia diretamente as empresas, razão pela qual esse princípio deve ser avaliado pelo conceito de empresa. A firma neoinstitucionalista, como visto, é a que apresenta um sistema viável para que se possa entender o peso que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia atribuíram à empresa.

Esses princípios consolidam-se na função social da empresa e mostram que, assim a teoria da firma neoinstitucionalista, a Constituição também não se conforma com o entendimento de que as empresas possuem apenas uma função econômica de geração de empregos e renda. A noção, portanto, de que a empresa corresponde a uma organização de fatores de produção em prol da eficiência da produção de bens e serviços no mercado de acordo com o sistema de preços é ultrapassada.

Embora a pesquisa não tenha conseguido delimitar com maiores detalhes quais os deveres positivos e negativos que a empresa deve cumprir sua função social, este estudo tem a função de ser a base para futuras pesquisas que almejem especificar tais deveres. Aqui, portanto, atinge um ponto teórico com potencial para outras discussões, sejam elas meramente acadêmicas ou à nível empírico. Responde-se a problemática de que mesmo com um modelo de constitucionalismo dirigente, a função social da empresa, enquanto princípio da ordem econômica não é capaz de ser correspondida pelo conceito de empresa, salvo pouquíssimas exceções.

## REFERÊNCIAS

- ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.
- AZEVEDO, Marcelo Cândido de. **O princípio da função social e o direito de empresa: algumas considerações**. Cadernos de Direito, v. 8, p. 35-57, jul.-dez. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934** (estudo histórico). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em 02 de jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 02 de jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial de 1850 (estudo histórico). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 22 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm)>. Acesso em 07 de jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 22 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acesso em 07 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em 11 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Regulamento nº 737 de 1850** (estudo histórico). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm)>. Acesso em 22 mai. 2015.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. reformulada e

atualizada de acordo com a emenda constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. O princípio da função social da propriedade e a empresa privada. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, set.-out., p.57-98, V. 85, 2007.

CAVALLI, Cássio Machado. **Direito comercial: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

\_\_\_\_\_. Cássio Machado. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1 v.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXV (nova série), n. 63, p. 71-79, jul.-set., 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 2. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. 8 v.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LAMY FILHO, Alfredo. **A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização**. Revista de Direito Administrativo. Editora FGV e Editora Fórum, v. 190, 2015.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. O provável confronto entre alberto asquini e ronald coase: uma análise dos perfis da empresa a partir da teoria da firma. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI: 2010**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. Disponível em: <<http://>

[www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm](http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm)>. Acesso em 08 jun. 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, 1 v.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**. 15<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 3 v.;

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; \_\_\_\_\_ . **Problemas de direito constitucional / Gustavo Tepedino (coordenador)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOMAS E VICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 810, p.33-50, abr. 2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1 v.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial 1**. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Decio. Sztajn, Rachel. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. São Paulo: Elisier. Selo Jurídico: Campus. 2005.

Artigo recebido em: 06.7.2015

Revisado em: 23.08.2015

Aprovado em: 20.09.2015

# NANOMEDICAMENTOS E OS DESAFIOS DA ANVISA DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE UM MARCO REGULATÓRIO NO BRASIL

## *NANODRUGS ANVISA AND CHALLENGES BEFORE THE EXISTENCE OF A REGULATORY FRAMEWORK IN BRAZIL*

**Liziane Paixão Silva Oliveira<sup>1</sup>**

Doutora em Direito  
Universidade Tiradentes  
Aracaju - Sergipe - SE - Brasil

**Maria Edevalcy Marinho<sup>2</sup>**

Doutora em Direito  
Centro Universitário de Brasília  
Brasília - Distrito Federal - DF - Brasil

**Ellen de Oliveira Fumagali<sup>3</sup>**

Mestranda em Direito  
Universidade Tiradentes Aracaju - Sergipe - SE - Brasil

**RESUMO:** A nanotecnologia, em razão de suas propriedades singulares, pode proporcionar inúmeros benefícios em diversas áreas estratégicas: saúde, eletrônica, alimentação, agricultura, meio ambiente entre outras. Um dos ramos mais promissores é o desenvolvimento e comercialização de nanomedicamentos que prometem revolucionar o campo de aplicação da medicina. No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que tem suas atribuições definidas na Lei nº 9.782/1999, é o órgão responsável por fiscalizar a produção e a comercialização desses novos medicamentos. Nesse artigo, será dado enfoque aos desafios da ANVISA considerando a existência de nanomedicamentos no mercado de consumo que não são identificados ou reconhecidos como tais pela vigilância sanitária diante da inexistência de uma norma regulatória nacional.

**Palavras-chave:** Nanomedicamentos; ANVISA; Regulação.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Internacional pela Université d' Aix-Marseille III, Mestre em Direito pela UNB, Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIT, Líder do Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPq Novas Tecnologias e o Impacto nos Direitos Humanos. Consultora. E-mail: lizianepaixao@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade Paris 1- Panthéon Sorbonne. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Consultora. E-mail: mestrado@uniceub.br

<sup>3</sup> Mestranda em Direitos Humanos da UNIT, advogada, especialista em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná e membro em diretório de grupo de pesquisa vinculado ao CNPq: Novas Tecnologias e o Impacto nos Direitos Humanos. E-mail: ellenfumagali@hotmail.com

**ABSTRACT:** Nanotechnology can provide numerous benefits in various strategic areas: health, electronics, food, agriculture, environment and others. One of its most promising branches is the development and commercialization of nanodrugs that should revolutionize the medical field. In Brazil, the ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), which attributions were defined in the Law nº9.782/1999, is the government agency responsible for overseeing the production and commercialization of those new drugs. This article will focus on the challenges the ANVISA will be facing due to the existence of nanodrugs in the consumer market that are not regulated by official standards and cannot be identified or recognized as such by the health surveillance authorities.

**Keywords:** Nanodrugs; ANVISA; Regulation.

## INTRODUÇÃO

Para os objetivos desse trabalho conceitua-se nanotecnologia como conjunto de técnicas desenvolvidas a fim de promover a “manipulação da matéria em escala atômica e molecular”, que se encontra no CONSELHO DA EUROPA - Commission de questions sociales, de la santé et Du développement durable. Nanotecnologie: mise en balance des avantages et des risques pour la santé publique et l’environnement. Relatório adotado pela comissão em 19 de novembro de 2012. Um nanômetro é uma medida correspondente à bilionésima parte do metro, ( $10^{-9}$ ). Não se trata apenas da manipulação de um produto conhecido a uma escala muito pequena. Nessa escala, as matérias podem apresentar características biológicas, químicas e físicas diferentes daquelas que o material conhecido em uma escala maior apresenta (OLIVEIRA; MARINHO; FUMAGALI. 2015, s/p).

E, por essa razão, que se discute a gestão dos riscos inerentes à produção e difusão de nanotecnologias. Nesse artigo, o enfoque será dado aos medicamentos produzidos com nanomateriais ou nanotecnologia, os chamados nanomedicamentos.

O conceito de nanomedicamento é polissêmico, no entanto, para fins didáticos será adotado o seguinte entendimento:

Nanomedicamentos é toda a substância ou combinação de substâncias elaborada que possuem distintas propriedades físico-químicas, usada com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico. Sendo esta, uma forma

farmacêutica terminada que contém um fármaco em nanoescala ou associado a um nanoadjuvante com ação farmacológica específica visando modular funções metabólicas ou fisiológicas (CAIXETA; BINSFELD, 2011, s/p).

Nas últimas décadas foi possível observar uma intensificação no uso da nanotecnologia e na inclusão de nanopartículas em diversos produtos farmacêuticos, de vestuário, alimentares e tecnológicos. Se, de um lado, o aumento da produção, do consumo e do uso de produtos contendo nanopartículas tem impulsionado o setor econômico, de outro tem gerado incerteza quanto aos riscos derivados dos compostos de nanopartículas para a saúde humana e para o meio ambiente.

Cresce o número de nanomedicamentos no mercado de consumo, todavia ainda não há normativas específicas para autorização e comercialização desses medicamentos no Brasil (BRASIL, 2013, s/p).

Diferente de outras tecnologias, em que a discussão sobre a regulação dos riscos associados à sua produção e difusão ocorre a posteriori, na nanotecnologia essa discussão tem ocorrido em concomitância com seu desenvolvimento (LEVI-FAUR; COMANESHTI, 2012, p. 149-165). A segurança sanitária pressupõe a atualização permanente de suas normas, no intuito de gerir novos riscos ou mesmo agravamento de situações já conhecidas. A elaboração de uma regulamentação sobre o registro de nanomedicamentos é bem vinda e sua ausência traduz-se em uma lacuna no direito que pode gerar incertezas quanto à aplicabilidade das normas relacionadas à proteção da saúde.

O objetivo deste artigo é dar enfoque ao papel da ANVISA, na promoção da regulação sanitária de novos “medicamentos nanotecnológicos”. Para tanto, inicialmente será apresentada a situação singular trazida pelos nanomedicamentos, para em seguida abordar a regulação do tema no Brasil pela ANVISA e nos projetos de lei em tramitação no Congresso.

## 1 NANOMEDICAMENTOS

As nanotecnologias têm progredido a um ritmo acelerado nos últimos anos. A nanotecnologia é um dos ramos da ciência que mais se desenvolve nos últimos tempos, em decorrência dos altos investimentos em pesquisa realizados pelos Estados Unidos, Alemanha e Japão. Em 2001, os Estados Unidos disponibilizavam recursos na ordem de US\$ 464 milhões, já em 2007 esse patamar alcançou cerca de US\$ 1,5 bilhões com pesquisas destinadas à nanotecnologia (PASCHOALINO; MARCONE; JARDIM, 2010, p.421-430).

Uma das principais razões de interesse da manipulação da matéria em nanoescala são as suas propriedades singulares que diferem significativamente da matéria em escala a granel. De uma forma geral, as nanopartículas proporcionam menor uso de matérias primas permitindo a economia dos recursos naturais e de energia (SHATKIN, 2008, p.6).

A aplicação da nanotecnologia na medicina poderia ser útil para a melhoria do diagnóstico, da monitorização, da prevenção e do tratamento de condições clínicas. Na União Europeia estima-se a existência de 77 produtos comercializados nesse setor e mais de 70 em fase de ensaios clínicos, abrangendo todas as principais doenças, incluindo cardiovasculares, neurodegenerativas, músculo-esqueléticas e inflamatórias (SENJEN, 2013, p.8).

A promessa no campo da nanomedicina é abrangente, citam-se entre outros; a possibilidade do uso de nanocápsulas que facilitaria a administração de medicamentos; desenvolvimento da nanomedicina reconstrutiva (ou regenerativa), atuando na regeneração de tecidos e funções corporais via biomateriais inteligentes (VAN EST et al. 2014, p.27). A liberação controlada de drogas movimenta um mercado bilionário. Em 2012 o mercado de drogas atingiu 22,5 bilhões de dólares, estimando-se em 2017 43,3 bilhões de dólares. (DAMASCENO, et al. 2013, p.105).

Se por um lado, os nanomedicamentos prometem grandes benefícios, por outro, esses medicamentos podem estar sujeitos a riscos intrínsecos relacionados ao desenvolvimento de novas tecnologias. Na verdade, todos os fármacos, mesmo que adequadamente formulados, produzidos ou acondicionados poderão estar sujeitos a riscos (COSTA, 2013, p. 33). “Além disso, existe a possibilidade de serem adicionados aos medicamentos outros riscos ao longo das atividades desenvolvidas no seu ciclo” (COSTA, 2013, p. 28).

Alguns estudos sugerem que a exposição da saúde humana aos nanomateriais pode ocorrer em várias fases do seu ciclo, desde a síntese, produção e inclusão no mercado de consumo; posteriormente, essa eliminação poderá acumular-se no meio ambiente causando danos à saúde de todo um ecossistema (LOURO, et al. 2013, p. 147). Os mecanismos de toxicidade nos seres humanos podem dar-se através das seguintes vias de exposição: ingestão, inalação, injeção venosa e cutânea (WATLINGTON, 2005, s/p).

Outros estudos sugerem que os nanomateriais, devido ao seu pequeno tamanho e solubilidade, podem deslocar-se do seu local de deposição (via inalatória, tipicamente o pulmão) e ultrapassar as barreiras hematoencefálica e placentária.

No ano de 2000, um estudo realizado em ratos com TIO<sub>2</sub> sugeriu que essas nanopartículas podem ultrapassar a barreira hematoencefálica quando injetado em altas doses (LIU, et al. 2009. P. 170- 180).

Apesar dos inúmeros benefícios proporcionados pela nanomedicina, salienta-se a ausência de normas jurídicas específicas a fim de regular as nanotecnologias. Há, entretanto, normas jurídicas reflexas que poderiam ser adaptadas em caso de lesão a bens jurídicos, como a proteção do meio ambiente, dos consumidores, dos trabalhadores, da saúde e da segurança alimentar.

### 3. REGULAÇÃO DOS NANOMEDICAMENTOS

No âmbito de atuação da vigilância sanitária, as atividades de regulação ganham destaque no sentido de conciliar interesses na área da saúde e na esfera econômica. Observa-se na doutrina a existência de várias concepções sobre o termo regulação. Nesse sentido, utiliza-se dos apontamentos de Ediná Alves Costa:

O termo regulação tem sido cada vez mais usado no debate sobre políticas públicas. Existem diferentes concepções a seu respeito, bem como sobre a regulação pelo Estado, no setor saúde. Nesse setor, a temática da regulação vem sendo amplamente debatida acerca de quem pode exercer a ação regulatória, se o Estado e seu aparato, se organizações privadas e até internacionalmente (2013, p. 42).

Nota-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, em seu artigo 196 dispõe sobre o direito fundamental a saúde, sendo dever do Estado, garantir mediante políticas sociais e econômicas a redução do risco de doenças e outros agravos. Dessa forma, a atividade da vigilância sanitária “constitui uma instância social de mediação entre produção de bens e serviços e a saúde da população” (COSTA, et al. 2013, p. 45).

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) tem suas atribuições definidas na Lei nº 9782/1999. É o órgão responsável por fiscalizar a produção e a comercialização de produtos relacionados à saúde, como alimentos, medicamentos e cosméticos. Dentre suas atribuições encontra-se a aprovação de produtos mediante registro que serão colocados no mercado de consumo dentro de parâmetros de segurança estabelecidos em resoluções e legislações específicas.

Devido à ausência de regulamentação no setor e o progresso acelerado das nanotecnologias, a ANVISA, em 10 de junho de 2013, publicou uma portaria nº

993, em que Instituiu o Comitê interno de Nanotecnologia- CIN, com a finalidade de:

- I- elaborar um diagnóstico institucional relacionado à dimensão da nanotecnologia para vigilância sanitária, considerando as competências da agência”;
- II- “elaborar um diagnóstico institucional sobre produtos que usam a nanotecnologia e a expertise relacionada a tecnologia na agência”;
- III- “elaborar documento sobre as ações e políticas regulatórias que estão sendo adotadas por outros países e em nível internacional com relação à nanotecnologia em áreas de interesse para a vigilância sanitária”;
- IV- “sugerir à Diretoria Colegiada alternativas de políticas, diretrizes e de governança regulatória da nanotecnologia no âmbito da agência.

Recentemente, em 25 de março de 2014, a ANVISA publicou um documento intitulado: Diagnóstico Institucional de Nanotecnologia da AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA), em que ressalta alguns temas sujeitos a atuação regulatória da agência. Destacam-se algumas propostas a serem avaliadas pelo órgão regulador, a saber:

- I- nanotecnologia relacionada a produtos e processos sujeitos à vigilância sanitária, cujo objetivo consiste em promover a regulação sanitária referente às inovações tecnológicas, tendo em vista a sua importância com área de inovação portadora de futuro, assim como os potenciais riscos dessa tecnologia;
- II- publicidade e comércio na internet de produtos sujeitos a vigilância sanitária visa estabelecer regras com a finalidade de proteção ao consumidor, de modo que as informações sejam fidedignas atuando na proteção e promoção da saúde do cidadão; entre outros temas.

A proposta defende ainda a elaboração de um inventário de nanoproductos existentes no mercado de consumo no Brasil. Atualmente, estima-se a existência de 637 produtos registrados na ANVISA que se utilizam das nanotecnologias. A grande maioria desses produtos são cosméticos, como por exemplo: protetores solar, cremes antirrugas, xampus, condicionadores, desodorantes, esmaltes e maquiagens.

No Brasil, a ANVISA confirma a existência de 10 nanomedicamentos disponíveis para o consumidor, a maior parte desses medicamentos destina-se ao tratamento do câncer, destacando-se entre eles: Daunoxome®, Caelyx®, Lupron-depot, Neodecapeptyl, Brexin, Maxsulid, Ambisome® (BATISTA; PEPE. 2014, 2105-2114).

No entanto, não existem critérios especiais que possam estabelecer padrões de referência para análise desses medicamentos. Cite-se, por exemplo, o medicamento Luprondepot, destinado ao tratamento do câncer de próstata, registrado na ANVISA como medicamento novo em 2004 (BATISTA; PEPE. 2014, 2105-2114), nos moldes da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 136, de 29 de maio de 2003.

Não se trata de um problema brasileiro, mas mundial. Há duas agências responsáveis pelo registro e monitoramento de medicamentos que são referências: a FDA e a EMA, a agência americana e europeia respectivamente. Ambas as agências têm aplicado a lógica e instrumentos desenvolvidos para o registro dos medicamentos já em uso. De fato, tal lógica não é exclusiva do setor de medicamentos. Na avaliação de produtos que contenham nanotecnologia, “herdam-se” os padrões regulatórios de cada ramo onde ela é aplicada (STOKES, E. BOWMAN, 2012, p. 235-241).

A FDA (Food and Drug Administration) e a EMA (European Medicines Agency) passaram a emitir “guidelines” sobre o tema recentemente. Em 2014, a FDA publicou documentos contendo linhas diretrizes para produtos que contenham nanotecnologia, e específicos para a indústria de cosméticos, ingredientes alimentícios e alimentos destinados aos animais. Entretanto, os documentos têm por objetivo informar o que a FDA pensa sobre o tema, não tendo, em grande parte, natureza obrigatória. Trata-se de um conjunto de recomendações, como o próprio texto sugere: “(...) Documentos de orientação da FDA, incluindo essa orientação, não estabelecem responsabilidades legalmente exequíveis, Em vez disso, os documentos de orientação descrevem o pensamento atual da FDA em um tópico e deve ser visto apenas como recomendações.” (Considering Whether an FDA - Regulated Product Involves the Application of Nanotechnology, 2014, p. 4).

Nessa fase de conhecimento sobre a nanotecnologia, é indispensável que se possa identificar quais medicamentos utilizam-se de nanotecnologias de modo que se possa monitorar seus efeitos na fase de pós-comercialização. Essa identificação deveria ser feita no pedido de registro na ANVISA e deveria constar no mínimo nas bulas dos medicamentos a fim de que os médicos e pacientes possam auxiliar no monitoramento dos efeitos dessa tecnologia.

Entretanto, a resolução da ANVISA não faz alusão ao registro ou produtos finais contendo especificamente nanomateriais (DAMASCENO, et al., 201,; p. 104-114).

Não há, portanto, a obrigação de se incluir no registro do medicamento a de-

claração de existência de nanopartículas. Segundo ArlineArcuri, o registro é feito a partir do nome químico e não indica “a forma como esse químico está dentro do produto.” (Entrevista concedida por ArlineArcuri a IHU On-line).

Compreende-se que a chegada de uma nova tecnologia demande tempo de adaptação dos órgãos reguladores, de modo que estes possam entender a nova tecnologia, adotar protocolos para o exame do risco associado ao seu consumo e estabelecer padrões para realização dos testes necessários. Em se tratando de medicamentos, sabe-se que a autorização das agências reguladoras é precedida de uma série de testes que visam determinar a segurança e a eficácia terapêutica do novo medicamento. Um medicamento para ser aprovado passa por testes pré-clínicos e clínicos. Primeiramente se testa os efeitos do novo fármaco em laboratório e em animais. A depender dos resultados, passa-se para os testes em humanos. Os testes clínicos são compostos de quatro fases que são definidas, entre outros critérios, pelo número e condição de saúde das pessoas testadas. O processo para autorização de um novo medicamento no mercado é rigoroso, demorado e custoso. De fato, nos procedimentos utilizados atualmente não há mecanismos que testem especificamente os impactos das nanopartículas, mas o medicamento como um todo.

Para a criação de medidas destinadas a examinar os efeitos da nanotecnologia é necessário primeiramente que se conheça quais os produtos fazem uso dessa tecnologia. É sobre esse tema que se irá discorrer no próximo tópico.

#### 4 PROTEÇÃO AO CONSUMIDORE OS NANOMATERIAIS

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê no seu artigo 6º, inciso III, como direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Dentre os inúmeros direitos estabelecidos pela legislação infraconstitucional, e com o intuito de diminuir a vulnerabilidade do consumidor, a lei deveria impor aos fornecedores de nanoproductos o dever de informar ao público as suas características importantes, bem como os riscos do seu consumo. Esse déficit informacional pode ser compreendido: “[...] quando o consumidor não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, tampouco sobre os seus efeitos ‘colaterais’, o que o torna uma presa

fácil no mercado de consumo” (MORAES, 2009, p.141).

Observa-se no Brasil, um déficit informacional na gestão do risco envolvendo nanomedicamentos. Por não se exigir sua identificação nos produtos avaliados, e por não ser obrigatório a identificação do uso na nanotecnologia nos rótulos e bulas dos medicamentos, não se permite ao consumidor conhecer o produto que irá consumir em toda sua totalidade. O direito à informação pode ser contemplado em três aspectos distintos: a) o direito de informar (artigo 220, caput, combinado com o artigo 5º, inciso IX, CF/88; b) o direito de se informar (artigo 5º, XIV; c) o direito de ser informado (artigo 5º, inciso XXXIII, combinado com o artigo 37, caput da CF/88. (NUNES, 2012, p. 97).

Nesse caso em que pouco se conhece em relação aos riscos da ingestão de nanopartículas, deveria ser dado ao consumidor a informação necessária, ao menos sobre a existência de nanotecnologia, para que este pudesse escolher se deseja correr o risco e consumir ou não tal medicamento.

Na tentativa de estabelecer regras mais claras sobre o ciclo de vida dos nanomateriais (pesquisa, industrialização, consumo e descarte) foram apresentados alguns projetos de lei na Câmara dos Deputados e no Senado Federal na tentativa de regulamentação das nanotecnologias visando à proteção do consumidor e do meio ambiente. Neste sentido, no Brasil existem quatro projetos de lei sobre a matéria.

O primeiro projeto de lei destinado à regulamentação das nanotecnologias data de 2005 (Projeto de Lei da Câmara nº 5.076/2005). O projeto tratava da Política Nacional de Nanotecnologia, do incentivo à pesquisa e desenvolvimento tecnológico e do controle, pelo Poder Público dos riscos e impactos decorrentes de tais atividades. O Projeto foi arquivado em novembro de 2008, sob o argumento de que a proposição visava a introduzir restrições ao desenvolvimento da nanotecnologia, através de um rígido monitoramento de pesquisa, produção e comercialização dos produtos.

Acresce-se ainda que, para determinar o arquivamento do Projeto, o relator considerou que as normas jurídicas existentes no país são aptas a acompanhar o desenvolvimento das nanotecnologias; cite-se, por exemplo: a) na área da saúde a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que cobre agrotóxicos, cosméticos, medicamentos, alimentos; b) a área de meio ambiente também conta com toda uma legislação pertinente, capitaneada pela Lei nº 6.938, de 1981, que dispõe sobre a política nacional de meio-ambiente; c) em relação à vedação ao patenteamento

de seres vivos estão mais afeitos à legislação de propriedade industrial, estando as limitações já devidamente tratadas no art. 18 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996; e d) a aprovação da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, chamada Lei de Biossegurança.

Os relatores ainda fizeram uma observação interessante para os objetivos desse artigo ao fundamentarem o pedido de arquivamento. Trata-se da rotulagem de produtos contendo nanotecnologia. Entenderam ser suficiente a regra do decreto 4.680/03 que obriga a rotulagem para produtos que contenham material geneticamente modificado. A analogia deveria ser aplicada no caso da lacuna deixada pelo arquivamento do projeto. Sabe-se que a obrigação para a rotulagem de produtos contendo nanotecnologia não poderia ocorrer nesse caso via analogia. Quando se trata de obrigar os fabricantes a incluírem no rótulo de seus produtos uma informação que pode assustar o consumidor, não deve ser dada a faculdade ao fabricante de escolher ou tornar sua obrigação resultado de uma dedução analógica que dificilmente será mantida pelo judiciário.

Com a aprovação da Lei de Biossegurança, os legisladores brasileiros optaram pela rejeição do Projeto de Lei nº 5.076/2005, na tentativa de evitar uma inflação legislativa no domínio da inovação tecnológica, que se traduz também em uma preocupação no campo do direito comparado (LOBATO; BRAUNER, 2013, p. 206).

O segundo projeto de lei, data do ano de 2010, Projeto de Lei do Senado nº 131/2010, que pretendia alterar o Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969 (que institui normas básica sobre alimentos), e a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 (que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências), para determinar que rótulos, embalagens, etiquetas, bulas e materiais publicitários de produtos elaborados utilizando recursos da nanotecnologia contenham informação sobre esse fato; esse projeto está arquivado desde agosto de 2013.

O relator do Projeto de Lei nº 131/2010 considerou, dentre outros argumentos, que não existem evidências científicas que justifiquem ressaltar o uso da nanotecnologia nos processos produtivos. Considerou também que a possibilidade de informação quanto ao emprego de nanotecnologia poderia induzir o consumidor à percepção de que o produto, de alguma forma, é melhor ou pior do que outros similares, confundindo-o desnecessariamente.

Lamentavelmente, o referido Projeto de Lei não foi aprovado, uma vez que

pretendia privilegiar o acesso à informação em relação aos nanoproductos disponíveis no mercado de consumo, conferindo maior proteção aos consumidores.

O terceiro Projeto de Lei da Câmara é o de nº 5.133/2013, que regulamenta a rotulagem de produtos da nanotecnologia e de produtos que fazem uso da nanotecnologia; esse Projeto de Lei encontra-se em fase de tramitação na Câmara dos Deputados. Uma das justificativas contidas no Projeto é o direito de acesso à informação, previsto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, o deputado Sarney Filho ressalta: “Não se sabe quantos nanoproductos estão sendo comercializados no Brasil. Como não há legislação regulando o setor, não há controle e os produtos são vendidos sem que se saiba dos riscos que representam para população” (Projeto de Lei 5.133/2013).

E, finalmente, o quarto Projeto de Lei nº 6.741/2013, que também se encontra em fase de tramitação, e dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências. Sobre o tema, utiliza-se dos apontamentos do Deputado Sarney Filho:

O objetivo da proposta não é coibir as pesquisas ou o mercado. Pelo contrário, considerando os muitos benefícios que a nanotecnologia pode trazer para a humanidade, este projeto pretende estimular o setor. Cada vez mais exigente com relação à transparência das informações e à responsabilidade social das empresas, o consumidor encontra no nanoproducto uma incógnita, a falta de regras gera insegurança na sociedade (Projeto de Lei 6.741/2013).

Há um descompasso entre os avanços das tecnologias no cenário de tempos pós-modernos e a valorização da vulnerabilidade dos seres humanos. Considerando as consequências desse mundo globalizado, faz-se necessário uma adequada regulamentação das nanotecnologias, de modo a privilegiar a aplicação da lei em favor dos consumidores e da proteção do meio ambiente.

No entanto, o quadro jurídico da nanotecnologia, no Brasil, permanece incerto. Apesar de existirem normas jurídicas reflexas que podem ser utilizadas no caso de dano a bens jurídicos, não é certo se essas normas “[...] dão o tratamento diferenciado que merecem os riscos e as peculiaridades das nanotecnologias” (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 68).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada neste artigo foi possível concluir que não há

um marco regulatório aplicável às nanotecnologias no Brasil. No que se refere aos nanomedicamentos, não há até o momento regras e protocolos próprios para o exame do risco associado ao uso de nanopartículas nos medicamentos. Essa ausência não é observada apenas no Brasil, trata-se de um problema mundial. A gestão do risco do consumo e fabricação de nanomedicamentos se encontra em uma fase inicial que concentra seus esforços na compreensão das características da nova tecnologia. Para tanto é indispensável que as agências reguladoras possam rastrear os medicamentos produzidos com nanotecnologia a fim de monitorar seus efeitos e gerenciar os possíveis danos detectados no processo. No Brasil, não há, contudo, essa obrigação de se informar no momento do pedido de registro do medicamento seja ele novo, genérico ou similar a existência de nanotecnologia na sua elaboração. A ausência dessa informação acaba por impactar no direito dos consumidores de serem informados sobre as características dos produtos que irão consumir, principalmente aqueles em que não há consenso sobre os riscos associados ao seu consumo.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI). **Cartilha sobre nanotecnologia. (2010)**. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br/Estudo/Cartilha%20nanotecnologia.pdf>> Acesso em 15 abr. 2015.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. **Estudo prospectivo nanotecnologia. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial**. Brasília: ABDI, 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANTÁRIA (ANVISA). **Diagnóstico Institucional de Nanotecnologia**. Disponível em: <[portal.anvisa.gov.br/.../Diagnóstico+Institucional+de+Nanotecnologia+...>](http://portal.anvisa.gov.br/.../Diagnóstico+Institucional+de+Nanotecnologia+...). Acesso em: 06 jul. 2015.

ARCURI, Arline. **Entrevista concedida a IHU On-line**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/nanotecnologia-e-seguranca-do-trabalho-impactos-toxicologicos-e-psicologicos-entrevista-especial-com-arline-arcuri/536582-nanotecnologia-e-seguranca-do-trabalho-impactos-toxicologicos-e-psicologicos-entrevista-especial-com-arline-arcuri>>. Acesso dia 14 de outubro de 2015.

BATISTA, Ariane de Jesus Sousa; PEPE, Vera Lúcia Edais. Os desafios da nanotecnologia para vigilância sanitária de medicamentos. **Ciência & Saúde Coletiva**, 19

(7): 2105-2114, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)> Acesso em: 10 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.105 de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)> Acesso em: 10 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei N° da Câmara nº 5.076/2005**. Dispõe sobre a pesquisa e o uso da nanotecnologia no País, cria Comissão Técnica Nacional de Nanosseguurança - CTNano, institui Fundo de Desenvolvimento de Nanotecnologia - FDNano, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=66796628BA9A9F732B3E136277CAB410.node2?codteor=337343&filename=Avulso+-PL+5076/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=66796628BA9A9F732B3E136277CAB410.node2?codteor=337343&filename=Avulso+-PL+5076/2005)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado nº 131/2010**. Altera o Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que institui normas básicas sobre alimentos, e a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências, para determinar que rótulos, embalagens, etiquetas, bulas e materiais publicitários de produtos elaborados com recurso à nanotecnologia contenham informação sobre esse fato. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=96840](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96840)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 5.133/2013**. Regulamenta a rotulagem de produtos da nanotecnologia e de produtos que fazem uso da nanotecnologia. (2013a). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1072316.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 6.741/2013**. Dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da na-

notecnologia no país, e dá outras providências. (2013b). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600333>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL, ANVISA. **Seminário de Inovação tecnológica em Saúde: desafios para a regulação sanitária**. Relatório geral. Brasília: Anvisa. 2013. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/6daa1f0047ad4519a431af917d786298/Relatorio+do+SEMINARIO+DE+INOVACAO+TECNOLOGICA+EM+SAUDE.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

CAIXETA, Adrielle Veloso; BINSFELD, Pedro Canisio. **Nanomedicamentos e nanocarreadores de drogas para o uso terapêutico de câncer**. p.2. Disponível em: <<http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/8mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLÓGICAS/Nanomedicamentos%20e%20Nanocarreadores%20de%20drogas%20para%20o%20uso%20terap%3%AAutico%20de%20C%C3%A2ncer.pdf>>. Acesso em 07 jul. 2015.

COMISSAO EUROPEIA. **Nanotechnologies, applications, implications and hands-on activities**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012.

CONSELHO DA EUROPA. **Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable. Nanotechnologie: mise en balance des avantages et des risques pour la santé publique et l'environnement**. Relatório adotado pela comissão em 19 de novembro de 2012.

COSTA, Ediná Alves. **Regulação e vigilância sanitária para a proteção da saúde**. p.25. In: VIEIRA, Fernanda PIRES; REDIGUIERI, Camila Fracalossi; REDIGUIERI, Carolina Fracalossi (Org). **A regulação de medicamentos no Brasil**. São Paulo: Grupo A Educação, 2013.

DAMASCENO, José Jailton; RIBEIRO, Ana R.; BALOTTIN, Luciene B.; GRANJEIRO, José Mauro. **Nanometrologia-desafios para a regulação sanitária**. *Revista Vigilância Sanitária*, 2013; 1(4): 104-114.

ENGELMANN, Wilson; BERGER FILHO, Airton Guilherme. **As nanotecnologias e o direito ambiental: a mediação entre custos e benefícios na construção de marcos regulatórios**. *Revista de Direito Ambiental*, RDA 59, 2010, p. 50-91.

FDA. **Considering Whether an FDA-Regulated Product Involves the Application**

of **Nanotechnology**, 2014, p. 4. Disponível em: <<http://www.fda.gov/downloads/RegulatoryInformation/Guidances/UCM401695.pdf>> .Acesso em 15 nov. 2015.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TC 229 Nanotechnologies. (2005)**.Disponível em: <[http://www.iso.org/iso/iso\\_technical\\_committee?Commid=381983](http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?Commid=381983)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

LEVI-FAUR, D.; H. COMANESHTE. The Risks of Regulation and the Regulation of Risks: The Governance of Nanotechnology, in Graeme Hodge, Diana Bowman, and Karinne Ludlow (Eds), **New Global Regulatory Frontiers in Regulation: The Age of Nanotechnology**, Cheltenham: Edward Elgar, 2012. pp. 149-165. Disponível em: <http://poli.haifa.ac.il/~levi/riskn.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

LIU, H.; MA, L.; ZHAO, J.; LIU, J.; YAN, J.; RUAN, J.; F. Biochemical Toxicity of Nano-anatase TiO<sub>2</sub> Particles in Mice. **Biological Trace Element Research**. Volume 126 (1 to 3). 2009. p. 170- 180.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Le cadre normatif des nanotechnologies au Brésil. In. LACOUR, Stéphanie (org). **Des nanotechnologies aux technologies émergentes**. La regulation en perspectives. Bruxelles: Lacier, 2013.

LOPEZ. Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

LOURO, Henriqueta; BORGES, Teresa; SILVA, Maria João. Nanomateriais manufaturados: novos desafios para a saúde. **Revista Portuguesa de Saúde Pública**. 2013; 31(2): p. 147.

MARTINS, Paulo. Nanotecnologia e meio ambiente para uma sociedade sustentável. **Estudios sociales**, vol.17, nº 34, México, jul/dic 2009.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NANOMEDICINE EUROPEAN TECHNOLOGY PLATFORM. Disponível em: <<http://www.etp-nanomedicine.eu/public/about-nanomedicine/what-is-nanomedicine>>. Acesso em 18 de mar. 2015.

- NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva, MARINHO, Maria Edelvacy; FUMAGALI, Ellen de Oliveira. Nanowastes riscos para saúde humana e meio ambiente: diálogos entre o princípio da precaução e a sociedade de risco. **Revista Araucaria**, n. 33, 2015. Disponível em: [http://institucional.us.es/araucaria/nro33/monogr33\\_3.pdf](http://institucional.us.es/araucaria/nro33/monogr33_3.pdf). Acesso em: 10 de novembro de 2015.
- PASCHOALINO, Matheus P.; MARCONE, Glauciene P. S.; JARDIM, Wilson F. Os nanomateriais e a questão ambiental. **Química Nova**, vol.33, nº 2, p.421-430, 2010.
- ROCHA, Daniela Barros et al. Registro de medicamentos genéricos e similares, p37. In: VIEIRA, Fernanda PIRES; REDIGUIERI, Camila Fracalossi; REDIGUIERI, Carolina Fracalossi (Org). **A regulação de medicamentos no Brasil**. São Paulo: Grupo A Educação, 2013.
- SENJEN, Rye. **Nanomedicine: new solutions or new problems?** Belgium: Art &Prist, 2013, p.8.
- SHATKIN, Jo Anne. **Nanotechnology: Health and environmental risks**. Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2008.
- STOKES, E. BOWMAN, D.M. Regulatory inheritance and emerging Technologies: The case of nanotechnologies and synthetic biology. **European Journal of risk regulation**, 2012, 2, pgs 235-241
- VAN EST, Rinie; STEMERDING, Dirk; RERIMASSIE, Virgil; SCHUIJFF, Mirjam; TIMMER, Jelte; BROM Frans. **De BIO à la convergence NBIC**. De la pratique médicale à la vie quotidienne. Amsterdam: Rathenaalstituut. 2014.
- WATLINGTON, K. **Emerging nanotechnologies for site remediation and wastewater treatment**. 2005. Disponível em: [http://www.clu-in.org/download/studentpapers/K\\_Watlington\\_Nanotech.pdf](http://www.clu-in.org/download/studentpapers/K_Watlington_Nanotech.pdf). Acesso em 25 mai. 2015.

Artigo recebido em: 30.06.2015

Revisado em: 25.08.2015

Aprovado em: 20.09.2015

# COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: ESTUDO DE CASOS SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE PRESOS ESTRANGEIROS

## *INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION: CASE STUDY ON FOREIGN PRISONERS OF TRANSFER*

**David Augusto Fernandes<sup>1</sup>**

Doutor em direito

Universidade Federal Fluminense - Campus Macaé  
Macaé - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**RESUMO:** O presente artigo apresenta decisões judiciais, tanto na esfera interna como internacional, relativos ao instituto da Transferência de Presos Estrangeiros, meio de levar a reinserção social do preso, especificamente do preso condenado fora de seu país de origem, viabilizando sua transferência para seu país de origem ou de domicílio, para que possa no período de cumprimento da pena se integrar ao ambiente social de origem, levando-o a inserção social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transferência de Presos Estrangeiros; Dignidade da pessoa humana; Direitos Humanos; Organização das Nações Unidas.

**ABSTRACT:** This article presents legal decisions in both the domestic sphere and international, for the Institute of Foreign Prisoners Transfer, means of bringing the social reintegration of prisoners, specifically the inmate outside their country of origin, enabling transfer to your country of origin or domicile, so you can during the period of the sentence to integrate the social environment of origin, leading him to social inclusion.

**KEYWORDS:** Foreign Prisoners Transfer; Human dignity; Human Rights; The United Nations.

---

<sup>1</sup>Graduado, Mestre e Doutor em Direito. Professor Adjunto do Magistério Superior, na graduação do Departamento de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) / Macaé, participando de pesquisas conjuntas da UFF com a Fundação Educacional de Macaé (FUNEMAC). Líder de Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq e reconhecido pela UFF: Direito Internacional Penal e Direitos Humanos. Delegado da Polícia Federal aposentado. E-mail: fernandes.ddaf@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta casos práticos da Transferência de Presos Estrangeiros, objetivando demonstrar que este instituto encontra-se em aplicação plena no Direito Internacional, visto que o Programa de Reinserção Social apresentado e posteriormente adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU), através do IX Congresso realizado em Havana (1990), obteve total aderência dos membros desta Organização, já que seu objetivo é a Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, onde o foco é a reinserção social dessas pessoas presas em países diversos ao de seu nascimento, local em que o ambiente prisional não lhes era propício para sua reintrodução ao meio social, sofrendo a dificuldade da língua, a falta de contato com seus familiares, entre outros. Em Cuba vigora o Código Penal, que entrou em vigor no dia 30 de abril de 1988, que estabelece em seu art. 7.1:

Los extranjeros sancionados a privación de libertad por los tribunales cubanos podrán de libertad por los tribunales cubanos podrán ser entregados, para que cumplan la sanción, a los Estados de los que son ciudadanos, en los casos y en la forma establecidos en los tratados. 2 - De modo correspondiente, los ciudadanos cubanos sancionados a privación de libertad por tribunales extranjeros podrán ser recibidos para que cumplan la sanción en el territorio nacional en los casos y en la forma establecidos en los tratados. El tribunal que, en Cuba, hubiera sido el competente para conocer en primera instancia el hecho, lo será para dictar la resolución determinando la sanción a cumplir, la cual se equiparará a todos los efectos a la sentencia de primera instancia.

No primeiro tópico é abordada a reinserção social do preso e a pena, medidas que o Estado aplica aquele que ofende as normas por ele instituídas.

No segundo tópico temos a abordagens dos aspectos jurisprudenciais, tanto na visão pátria como as do direito comparado, objetivando demonstrar a sedimentação deste instituto na sociedade internacional.

### 1 REINSERÇÃO SOCIAL

#### 1.1 A pena

A gradação da pena imposta desde os tempos remotos era considerada em

função do grau de lesividade causado pelo indivíduo, ou seja, aquele que cometeu uma falta mais grave é punido mais gravemente, porque aquele que cometeu uma falta menor é punido mais levemente, havendo uma igualdade entre a falta e a pena, tendo Grotius afirmado que “será iníquo aquele que se irritar de igual modo contra aqueles que cometeram crimes desiguais” (GROTIUS, 2005, p 781). Grotius afirma que a pena, no sentido geral, é um mal de passividade que é infligido por causa de um mal de atividade (p. 783). Entre as coisas declaradas lícitas e não iníquas pela própria natureza, está que quem fez o mal deve sofrer o mal, o que é uma lei muito antiga, esclarecendo que, na visão de Platão, “nenhuma pena infligida segundo a lei se estabelece para causar um mal, mas antes para converter em melhor o que a sofre” e, citando Sêneca, acrescenta “que o sábio pune, não porque alguém pecou, mas para que não se peque mais; o passado é irrevogável, o futuro se previne” (Grotius citando Platão, De Legibus (IX, 2 :XI), p. 789).

## 1.2 Execução da pena e a reinserção social

Durante os séculos XVIII e XIX, entre os vários modelos de execução da pena de prisão, destacaram-se o Sistema Filadélfia, o Sistema de Auburn e o Sistema Progressivo, que promoveram a evolução no trato com encarcerado (Grotius citando Platão, De Legibus (IX, 2 :XI), p. 789).

Com o advento do positivismo, no final do século XIX e início do século XX, houve preocupação em se dar uma explicação científica da criminalidade, através da análise da personalidade dos infratores, identificando várias causas do comportamento criminal, nos aspectos biológicos, psicológicos e sociais. A identificação das causas do comportamento criminal sancionada pelo uso de métodos científicos e o surgimento da ideia de ressocialização dos presos como principal fim da pena de prisão levaram ao desenvolvimento de várias teorias de tratamento penitenciário, que tentaram definir metodologias de acompanhamento do recluso, durante o período de encarceramento, tendo como finalidade a sua ressocialização (GOMES, op. cit., p. 61).

Um dos primeiros instrumentos jurídicos internacionais definidores de regras que deveriam obedecer à execução da pena de prisão foram as chamadas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso da Organização das Nações Unidas (ONU), sobre a prevenção do crime e o tratamento

dos delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovado pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, através das suas resoluções nº 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e nº 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Tais regras não pretendem descrever detalhadamente um modelo de sistema penitenciário, mas “unicamente, com base no consenso geral do pensamento atual e nos elementos essenciais dos mais adequados sistemas contemporâneos, estabelecer os princípios e regras de uma boa organização penitenciária e as práticas relativas ao tratamento de reclusos” (Conforme ponto 1 das Observações Preliminares das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da ONU), constituindo um ponto de transformação e evolução das formas de cumprimento da pena de prisão (GOMES, op. cit., p. 59).

A reforma do sistema prisional e, associada a esta, a reinserção social são temas que têm preocupado muitos Estados nos anos recentes. Conforme é cediço, trata-se de tema complexo que gravita na análise das políticas públicas e hoje em nova ótica do sistema judicial a ser considerada para aplicá-lo ao cidadão encarcerado. O termo reinserção social foi proposto por Baratta, em contraposição a termos como reabilitação, ressocialização, exatamente pela responsabilidade da sociedade nesse processo, por subentender que o preso está sendo compreendido como alguém exatamente igual a todos os demais homens livres, deles se diferenciando unicamente por sua condição de encarcerado (1999, p. 65)..

O tema da reinserção social deve repousar sobre as políticas definidas e serem executadas em vários setores do sistema prisional. Nelas devem ser abrangidas as políticas de saúde, de emprego, de formação profissional, do ensino e também do cumprimento da pena próximo ao seio familiar, para uma maior aproximação social, sendo este último aspecto o enfocado neste trabalho, ressaltando que o presente estudo não pretende esgotar o tema.

## **2 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS**

Fator decisivo para tornar cristalino o pensamento no ordenamento interno do Brasil, assim como no Direito comparado, são as decisões da jurisprudência nacional e estrangeira.

### **2.1 Jurisprudência nacional**

A jurisprudência brasileira apresenta uma série de decisões que permitem um estudo apurado sobre o tema que vem sendo tratado até aqui.

### 2.1.1 Homologação de sentença estrangeira

O presente caso foi submetido à análise do STJ, devido à competência concentrada versando sobre a situação de um brasileiro, condenado em Portugal por tráfico internacional de drogas, que pleiteou sua transferência para o Brasil ancorada no Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa sobre a Transferência de Pessoas Condenadas, internalizado pelo Decreto nº 5.767, de 2 de maio de 2006. O solicitante obteve resposta positiva quanto à transferência, sendo removido para o Estado de São Paulo, para o cumprimento da pena.

Houve solicitação da Vara de Execuções Penais de Guarulhos para que ocorresse a homologação da sentença estrangeira, mas houve indeferimento do pedido sob o fundamento de que, em se tratando de Tratado de Transferência de Presos, com procedimento específico no corpo do tratado ou convenção internacional, torna-se desnecessário o processo homologatório, conforme descrito no art. 9º, nº 3 do Tratado entre o Brasil e Portugal sobre a Transferência de Pessoas Condenadas, internalizado pelo Decreto nº 5.767, de 2 de maio de 2006.

### 2.1.2 Habeas corpus

O presente habeas corpus foi impetrado em favor de Bruno José Ferreira de Souza Magalhães, cidadão português, que teve seu mandamus não conhecido por acórdão da Sétima Câmara do Quarto Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual pleiteava sua transferência para Portugal, a fim de terminar de cumprir lá as penas a que fora condenado no Brasil. Recorrendo ao STJ este órgão fundamentou sua decisão, não conhecendo da impetração e encaminhando os autos ao Ministério da Justiça, lastreado no fato de a deliberação da transferência de presos de um país para outro ser de natureza executiva, conforme tratado internacional internalizado pelo Decreto nº 5.767/2006, e não jurisdicional, ainda que a autoridade do Executivo condicione a efetivação da transferência à liberação do preso pelo Judiciário.

### 2.1.3 Mandado de injunção

O presente mandado de injunção foi impetrado por Pedro José Alejandro Lario Sierra, condenado por tráfico de entorpecentes, contra a Procuradoria-Geral da República, com o objetivo de fazer cumprir o Tratado de Transferência de Presos, celebrado entre Brasil e o Reino da Espanha, internalizado pelo do Decreto nº 2.576, de 30 de abril de 1998, mas saliente-se que o mandamus visa à edição de norma regulamentadora para tornar viável o exercício de direitos e liberdades

constitucionais, não sendo o instrumento próprio a exigência do cumprimento do tratado.

Como é cediço o mandado de injunção visa à edição de norma regulamentadora para tornar viável o exercício de direito e liberdades constitucionais, e, conforme argumentação desenvolvida pelo impetrante, verifica-se que seu objetivo primário é o cumprimento de um tratado internacional e não a regulamentação de norma constitucional omissa, inviabilizando o seguimento do pedido.

#### 2.1.4 Transferência de menor

Trata-se de petição formulada pelo adolescente T.P.L., brasileiro nato, representado pelo seu genitor Antônio Coelho Linhares, na qual pretende que o Supremo Tribunal Federal determine a transferência do menor, atualmente acautelado em estabelecimento prisional, com base na Convenção de Manágua, internalizado no Brasil pelo Decreto nº 5.919, de 3 de outubro de 2006. Saliente-se que o Supremo Tribunal Federal não é órgão próprio para o conhecimento do pedido, em função de este ter suas atribuições circunscritas àquelas descritas no artigo 102, I, da CF/88.

Considerando que o requerente seja brasileiro, cumpre ressaltar que, de acordo com o art. II, da Convenção de Manágua, existe a possibilidade de as sentenças impostas em um dos Estados-partes a nacionais de outro Estado-parte serem cumpridas pelas pessoas sentenciadas no estado do qual seja nacional, sendo cabível em tese a formalização de pedido diplomático de transferência no âmbito do Ministério da Justiça, levando em função disto o não conhecimento do pedido formulado na presente petição (ANEXO I).

#### 2.1.5 Mandado de segurança

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com pedido de liminar, contra o Presidente da República, para que este se abstenha de transferir para o Chile e para a Argentina: Hector Ramon Collante Tapia, Horácio Henrique Paz, Humberto Eduardo Paz, Maria Emilia Marchio Badilla, Pedro Alejandro Fernandez Lembach, Sérgio Martin Olivares Urtubia e Ulisses Fernando Gallardo Acevedo, os sete condenados do notório caso do sequestro de Abílio Diniz.

## 2.2 Jurisprudência estrangeira

Na esfera internacional existem alguns casos que foram analisados pelos

tribunais estrangeiros relacionados à transferência internacional de pessoas condenadas, apresentando posicionamentos que serão abordados a seguir.

### 2.2.1 Revisão de sentença estrangeira

Trata-se da revisão de uma sentença prolatada na Espanha, mediante a qual foi condenado um cidadão português pela prática de crime contra a saúde pública, tráfico de estupefacientes, à pena de nove anos e um dia de prisão, bem como à condenação acessória de inabilitação especial para o direito de sufrágio passivo durante o período da condenação.

Conforme mencionado na decisão da Corte, não existe, no Direito português, condenação acessória de inabilitação especial para o direito de sufrágio passivo pela prática de crimes de tráfico de estupefacientes, durante o período de condenação em Portugal. Na presente sentença são delineados, de forma nítida, os requisitos para ocorrência de transferência de presos em Portugal, em obediência à Lei nº 144, de 31 de agosto de 1999, Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal de Portugal, na qual é promovida a adequação da sentença espanhola à lei portuguesa, a fim de proceder ao cumprimento, do restante, da pena do cidadão português em seu país de origem (ANEXO II).

### 2.2.2 Caso Getkate

O presente caso aborda a solicitação de transferência feita por Arend Hendrik Getkate, cidadão canadense de 24 anos, nascido em Belleville, Ontário para o Canadá, para ali cumprir o restante de sua pena aplicada nos Estados Unidos.

Em fevereiro de 1996, o requerente mudou-se com sua mãe para Hampton, Georgia, nos Estados Unidos. Em agosto de 2000, o requerente retornou ao Canadá por aproximadamente seis meses e durante esse tempo morou com uma tia e um tio em Plainfield, Ontário. Em fevereiro de 2001, o requerente mudou-se de volta para a Geórgia, cursando estudos pós-secundários no Colégio Estadual e Universidade Calyton.

Em 19 de agosto de 2002, o requerente foi preso e acusado na Geórgia de três crimes de abuso contra crianças, com agravantes. Em 2 de junho de 2003, o requerente foi condenado e sentenciado a 30 anos de prisão pelas três acusações de abuso qualificado contra crianças e a 10 anos pelas acusações restantes. A sentença determinava que, após cumprir 10 anos de prisão por três acusações de abuso qualificado de crianças, o restante da sentença seria cumprido em li-

berdade condicional. Um recurso contra a condenação e sentença do requerente foi desconsiderado em 13 de setembro de 2004. O pedido de Getkate baseia-se no fundamento de ser cidadão canadense e ter laços familiares ainda latentes em seu país de origem.

No presente caso, verifica-se que os Estados Unidos da América, país da condenação de Getkate não se opôs a sua transferência para o Canadá, país de nascimento do requerente, a fim de ali continuar o cumprimento de sua pena. Houve um relatório preliminar autorizando o regresso de Getkate para o Canadá, mas o ministro do Canadá, em duas oportunidades, indeferiu o retorno de Getkate sob o fundamento de ele era perigoso e poderia reincidir em sua prática criminosa, fazendo uma avaliação distorcida do retorno de um único cidadão que, segundo o ministro, poderia contaminar a sociedade canadense (FJA. Disponível em: <<http://recueil.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc965.html>>. Acesso em: 20 dez. 2014), conforme delineado abaixo:

[...] O pedido do requerente foi aprovado pelos Estados Unidos da América em 2006. No entanto, o consentimento para regresso para o Canadá foi negado por duas vezes pelo Ministro canadense, com a seguinte fundamentação:

(1) pela natureza das infrações praticadas pelo ofensor, nos Estados Unidos, a sua transferência para Canadá constituiria uma ameaça potencial à segurança dos canadenses e a segurança do Canadá (n.º 10 (1) (a)); (2) não havia nenhuma evidência de sugerisse que o risco do infrator havia sido mitigado por meio do tratamento feito por Getkate; e (3) houve evidência que o agressor abandonou o Canadá, assim como seu local de permanente residência (n.º 10 (1) (b)) [...] FJA. Disponível em: <[recueil.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc965.html](http://recueil.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc965.html)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

[5] No entanto, o consentimento foi negado pelo governo Canadense por intermédio do Ministro. Como parte do pedido do requerente, um relatório foi produzido pelo Serviço Correccional do Canadá (CSC) para determinar se o requerente satisfazia as disposições da lei. A parte relevante do relatório afirma: A liberdade condicional de 30 anos, para ser servido após a conclusão da sentença de prisão, não pode ser administrado no Canadá, uma vez que segue um período de encarceramento de mais de dois anos. A cidadania de Getkete foi verificada e confirmada pelo Consulado-Geral do Canadá em Atlanta, no Estado da Georgia/USA. Seu pedido de transferência foi aprovado pelo estado da Georgia

em 19 de janeiro de 2006 e pelo Departamento de Justiça em 22 de junho de 2006.

O Sr. Getkate não saiu ou permaneceu fora do Canadá com a intenção de abandonar seu país de origem como local de residência. Foram realizadas avaliações na comunidade onde residia, com seus avós, tias, tios e amigos de família, entre abril e maio de 2005 e novamente em 06 de agosto de 2006, confirmando que ele ainda mantinha forte laços sociais e familiares para com o Canadá. Seus avós lhe irão oferecer apoio emocional e financeiro, bem como moradia após a sua libertação. Todos os outros estão preparados pra oferecer diferentes níveis de suporte para o propósito de uma transferência. Além disso, enquanto encarcerado, o Sr. Getkate estava submetido a intensa terapia e educação psicossocial por um ano inteiro à sua própria custa. (FJA. Disponível em: <[recueil.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc965.html](http://recueil.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc965.html)>. Acesso em: 20 dez. 2014).

As informações obtidas até o momento não nos levam a crer que, ele após a transferência, cometerá um ato de terrorismo ou uma infração criminosa, na acepção da secção 2 do Código Penal, nem que ele constituiria uma ameaça à segurança do Canadá.

De acordo com a Seção 3 da Transferência Internacional de Ato Delinquente, “a finalidade desta Lei é contribuir para a administração da justiça e a reabilitação de infratores e sua reintegração na comunidade”, permitindo que eles cumpram suas penas no país de que são cidadãos ou nacionais. A transferência do Sr. Getkate vai facilitar e melhorar a sua eventual reintegração na comunidade através de uma programação adequada, incluindo liberação gradual e supervisionado sob a jurisdição do Serviço Correccional do Canadá. Não deve ser concedida a transferência, o Sr. Getkate será deportada para o Canadá, já em 18 de abril de 2013, e não será sob a jurisdição do Serviço Penitenciário do Canadá e não estarão sujeitas a quaisquer requisitos de supervisão ou restrições. [Grifo nosso].

O relatório foi aprovado em 22 de novembro de 2006 por Julie Keravel, Diretor Institucional de Operações de Reintegração.

[6] Apesar da recomendação contida no relatório da CSC, em 20 de março de 2007, o ministro negou o pedido do requerente para uma transferência. Os motivos apresentados pelo ministro, que são incluídas no relatório sob o título “decisão ministerial”, são as seguintes: a natureza das infrações indica

o retorno do ofensor para o Canadá constituiria uma ameaça potencial para a segurança dos canadenses e da segurança do Canadá.

Posteriormente, o recorrente apresentou um segundo pedido no qual solicitava que ele fosse autorizado a cumprir o restante de sua pena de prisão no Canadá. Assim, um segundo relatório e recomendação foram produzidos pela CSC para determinar se o requerente preenchia as condições da lei, sendo que novo relatório apresentado era praticamente idêntico ao primeiro produzido, tendo sido aprovado em 14 de maio de 2007. Em 15 de maio de 2007, o relatório foi transmitido ao Ministro para apreciação.

Em 23 de outubro de 2007, o ministro voltou a negar o pedido do recorrente. As razões apresentadas incluem as mesmas duas razões contidas na primeira negação, assim como uma constatação de que a requerente “abandonou o Canadá como seu local de residência permanente”. As razões têm a seguinte redação:

A natureza das infrações indica que o retorno do ofensor para o Canadá constituiria uma ameaça potencial para a segurança dos canadenses e da segurança do Canadá. Não há nenhuma evidência para sugerir que o risco do infrator foi mitigado através de tratamento. Há evidências de que o agressor abandonou o Canadá como seu local de residência permanente. A decisão do ministro foi comunicada ao requerente por carta de 1º de novembro de 2007.

Observa-se que:

[7] Subsequently, the applicant submitted a second request that he be allowed to serve the remainder of his prison sentence in Canada.

Accordingly, a second report and recommendation were produced by CSC to determine whether the applicant satisfied the conditions of the Act. That report, which is virtually identical to the first report, was approved by Ms. Keravel at CSC on May 14, 2007. On May 15, 2007, the report was forwarded to the Minister for consideration.

[8] On October 23, 2007, the Minister again denied the applicant’s request. The reasons provided include the same two reasons contained within the first denial, as well as a finding that the applicant “abandoned Canada as his place of permanent residence.” The reasons read as follows:

The nature of the offences indicates the offender’s return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of

Canada.

There is no evidence to suggest the offender's risk has been mitigated through treatment.

There is evidence the offender abandoned Canada as his place of permanent residence. [Emphasis added]. The Minister's decision was communicated to the applicant by letter dated November 1, 2007.

Ante ao acima referido, Getkate ingressou no Judiciário canadense pleiteando seu retorno ao Canadá para ali cumprir o restante de sua pena, sob o fundamento de que era nacional do referido país, possuindo laços familiares fortes no Canadá, que fora deferida sua transferência dos Estados Unidos da América para o Canadá e por discordar do posicionamento dado pelo ministro aos seus dois pedidos anteriores. Além do que, o entendimento do representante do Estado canadense supervalorizou a sua influência no seio da sociedade canadense, em sua análise, tendo conseguido a aprovação do seu pedido para o retorno ao Canadá, conforme descrição abaixo em tradução livre:

[28] Os direitos do requerente de mobilidade ao abrigo da secção 6 da Carta Constitucional assegura sua entrada no Canadá, permanecer no Canadá e sair do Canadá. Obviamente estes direitos da Carta são limitados quando o requerente estiver preso ou nos Estados Unidos.

[29] Além disso, o consentimento do Canadá para sua transferência nos termos da lei deve respeitar os acordos internacionais sobre o tratado que só permitem transferências para proporcionar uma melhor reabilitação do prisioneiro. Portanto, o Canadá não pode automaticamente concordar com a transferência, sem considerar se isso vai servir o objetivo do acordo internacional para a melhor reabilitação do prisioneiro. Será que o ministro erra ao abrigo da secção 10 da lei quando recusa a deferir o pedido do requerente de que ela seja capaz de cumprir o resto de sua pena de prisão no Canadá?

[30] Quanto ao mérito da decisão do ministro, a questão ante ao Tribunal é saber se essa decisão foi baseada, no mínimo, em provas ou o foi sem levar em conta as provas apresentadas, tornando-a irracional.

[31] Nas duas decisões anteriores, a primeira em 20 de março de 2007 e a segunda, após um novo pedido, em 23 de outubro de 2007 foi baseada nos seguintes fatores:

1) o regresso do requerente ameaçaria a segurança dos canadenses e própria

segurança do Canadá;

2) não há evidência de que o requerente tenha minimizado sua periculosidade através de tratamento;

3) o requerente abandonou o Canadá como seu local de residência permanente.

[...]

[33] Tendo examinado esta prova, bem como a prova oferecida pelo requerente e sua família o Tribunal conclui que, enquanto a decisão do ministro foi de natureza discricionária, motivo pelo qual deve ser anulada, pelas seguintes razões:

[34] Em ambas as decisões proferidas pelo ministro, concluiu-se que não havia nenhuma evidência que sugerem que o risco apresentado pelo requerente tenha sido atenuado pelo tratamento. O registro demonstra claramente, no entanto, que o requerente passou um ano fazendo terapia e educação psicossocial às suas próprias custas e que ele tem remorso pelos crimes cometidos [...].

[35] Além disso, os dados demonstram que o requerente aceitou a sentença estando consciente de sua responsabilidade pelos crimes cometidos. Isto foi reconhecido e se observa na Exposição do Ministro de “Roy & Harif”, datado de 16 de janeiro de 2007, no qual ele afirma: “No caso Getkate, o infrator é relativamente jovem e ao que parece, tendo assumido a responsabilidade pelos seus crimes”.

[...]

Após a análise dos elementos oferecidos deverão ser desconsideradas as duas decisões do ministro, permitindo o regresso do Sr. Getkate para o Canadá, a fim de cumprir o restante de sua pena, posto que não oferece perigo a sociedade canadense. (Disponível em: < [recueil.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc965.html](http://recueil.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc965.html)>. Acesso em: 20 dez. 2014).

### 2.2.3 Progressão de regime

Este caso narra o desenvolvimento de um pedido de progressão de regime ocorrido na Justiça argentina de um preso argentino, beneficiado pela transferência da Espanha para a Argentina. São abordados os motivos para a não concessão da progressão de regime, enquanto o preso estava cumprindo a pena na Espanha e a motivação, fornecida pelo Judiciário argentino, para conceder o benefício da progressão de regime, promovendo uma adequação da legislação argentina ao fato cometido na Espanha, mas que teve o cumprimento final da pena na Argen-

tina:

Em 13 de março de 2002, o 2º Juízo Nacional de Execução Penal teve oportunidade de manifestar-se no Julgado nº 5694, que dizia respeito à adequação ao regime de execução penal argentino das condições de encarceramento que vinha sofrendo o preso Eduardo Abel F. que, havendo sido condenado no Reino da Espanha a uma pena de nove anos e um dia de prisão, foi trasladado para Argentina, em virtude de Tratado de Cooperação Internacional celebrado entre estes dois Estados.

O defensor público do condenado apresentou pedido da inserção de seu cliente ao período de prova do regime progressivo estabelecido no art. 12 (El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional), da Lei nº 24.660/96. O referido artigo descreve o período de prova como a última etapa do regime progressivo, prévio a liberdade condicional. Da mesma forma, o art. 15 da mesma lei assinala que este período compreenderá sucessivamente a incorporação do condenado um estabelecimento aberto ou secção independente deste que se baseia no princípio de autodisciplina, a possibilidade de obter saídas transitórias do estabelecimento e a incorporação ao regime de semiliberdade. O requerimento se fundamentou em uma resolução do 3º Juizado de Vigilância Penitenciária de Madri, que tratou a impugnação deduzida pelo condenado com relação a uma decisão administrativa que rechaçava sua solicitação de permissão de saída. O decisório espanhol colocava em evidência, segundo o defensor do interno, que o condenado cumpria com todas as exigências regulamentares para gozar as permissões aludidas no país da condenação, através do qual se impunha a necessidade de incorporá-lo a um regime que contemplaria uma possibilidade similar no ordenamento argentino. (Grifos deste trabalho). (ALDERETE LOBO, 2004, p. 257-297).

É exposta, também, a manifestação do Ministério Público, mediante a qual esclarece os motivos pelos quais entende que a decisão do caso fosse administrativa, ou seja, que competiria ao serviço penitenciário e não ao Judiciário (ALDERETE LOBO, op. cit., p. 293-297). O promotor que atuou no incidente assinalou, ante ao pedido da defesa, que competiria à autoridade penitenciária a evolução do interno aos efeitos de incorporá-lo a fase ou período que melhor esteja ade-

quado à sua realidade criminológica.

Por fim, a manifestação do juiz no sentido de que o preso atendia aos requisitos da progressão de regime, desde o período em que se encontrava na Espanha, mas que não foi concedida em face de ter uma grande pena, ainda estar distante de cumprir  $\frac{3}{4}$  da pena e por ser estrangeiro. Transferido o preso para Argentina, os requisitos para a concessão são reconhecidos e o preso recebe o benefício de ter saídas transitórias do cárcere (ANEXO III).

O posicionamento é de concordância com a solução adotada ao caso, visto que foi analisada devidamente a situação penitenciária em que o condenado se achava no estrangeiro e foi procedida à adequação à legislação argentina, retirando aqueles princípios não contidos no ordenamento nacional que prejudicariam o interno (ALDERETE LOBO, op. cit., p. 293-297).

Também foi ressaltado o princípio da judicialização da execução, ao rechaçar-se o pleito do Ministério Público atuante no caso, que solicitava que fosse o serviço penitenciário a decidir sobre a questão. Evidentemente o procedimento de adequação na aplicação de normas de execução penal de distintos Estados não pode ficar nas mãos da administração, já que requer uma valoração específica da legislação estrangeira, que elaborará uma decisão com repercussões importantes no aspecto qualitativo da pena. Estas decisões, inclusive as que devam tomar-se no âmbito interno da execução penal, somente podem ser faculdade do juízo, ou seja, devem ser tomadas por um órgão independente da Administração que possa garantir eficazmente o direito constitucional dos cidadãos de acesso à justiça para reclamar o cumprimento de seus direitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos os casos práticos na jurisprudência nacional bem como na estrangeira, tem-se em foco que a apreciação realizada foi atender ao preceito delineado pela Organização das Nações Unidas, por ocasião do IX Congresso realizado em Havana em 1990, que objetivava a Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, onde o foco é a reinserção social dessas pessoas presas em países diversos ao de seu nascimento, visando o cumprimento de suas penas próximo aos seus familiares nos seus países de origem, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, afluente dos Direitos Humanos.

Temos hoje que os diversos tratados internacionais celebrados entre os vários

Estados não atendem a massa carcerária estrangeira existente nos vários países do mundo. Mas, a cada dia há uma preocupação dos Estados em levar para seus territórios os encarcerados nativos de seus países, para que lá cumpram suas penas, pelos crimes praticados no estrangeiro, com o fito de tentar recuperá-los e reconduzi-los ao ambiente social já ressocializados.

Platão dirigindo-se ao condenado há mais de dois mil anos, informa que a pena é infligida segundo a lei se estabelece não para causar um mal, mas antes para converter em melhor o que a sofre, tendo em nossos dias esse legado deixado aos Estados para que permitam que os condenados encontrem o caminho da reinserção social e a uma vida produtiva.

## REFERÊNCIAS

ALDERETE LOBO, Rubén A. La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de la libertad. **Revista del Poder Judicial**. Buenos Aires, v. 9, fascículo 17, maio 2004, p. 257-299.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2. ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

FJA. Disponível em: <[recueil.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc965.html](http://recueil.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc965.html)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

GOMES, Conceição. **Observatório permanente da justiça portuguesa**. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra, 2003, p. 59. Disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio\\_14.html](http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_14.html)>. Acesso em: 14 maio 2014.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da guerra e da paz**. 2. ed. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005. (De jure belli ac pacis). v. 1.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<https://ww2.stf.jus.br/processo/>>

pesquisa/>. Acesso em: 22 dez. 2014.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO. Disponível em: < [www.trp.pt/ficheiros/boletim/trp\\_boletim31.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/boletim/trp_boletim31.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

## ANEXO 0

MS 23314 / SP - São Paulo. Mandado de Segurança. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 10/03/2004. Publicação: DJ 18/03/2004 PP-00010.

Partes: Mandado de Segurança N. 23.314-1proced.: São Paulo. Relator: Min. Sepúlveda Pertence impte: Ministério Público Estadual. impdo.: Presidente da República. adv. (A/S): Advogado-Geral da União lit. Pas: Hector Ramon Collante Tapialit. Pas: Horácio Henrique Pazlit. Pas: Humberto Eduardo Pazlit. Pas: Maria Emília Marchi Badillalit. Pas: Pedro Alejandro Fernandez Lembachlit. Pas: Sergio Martin Olivares Urtubialit. Pas: Ulisses Fernando Gallardo Acevedo.

Decisão: Despacho: O Ministério Público do Estado de São Paulo impetrou Mandado de Segurança - com pedido de liminar - contra o Presidente da República, para que este se abstenha de transferir para o Chile e a Argentina Hector Ramon Collante Tapia, Horácio Henrique Paz, Humberto Eduardo Paz, Maria Emilia Marchi Badilla, Pedro Alejandro Fernandez Lembach, Sérgio Martin Olivares Urtubia e Ulisses Fernando Gallardo Acevedo - os sete condenados do notório caso do sequestro de Abílio Diniz - até que sejam aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados os tratados que o possibilitariam. Indeferi a liminar em 31 de dezembro de 1998. As informações foram prestadas (F. 276/286) e os litisconsortes passivos não se manifestaram (F.333). Ocorre que os sete sentenciados já foram entregues e transferidos para seus países de origem, o Chile e a Argentina (Hector Ramon Collante Tapia, Maria Emilia Marchi Badilla, Pedro Alejandro Fernandez Lembach, Sérgio Martin Olivares Urtubia e Ulisses Fernando Gallardo Acevedo em 24 de abril de 1999 e Horácio Henrique Paz e Humberto Eduardo Paz em 2 de julho de 1999), como informa o Ministério da Justiça, através do ofício 349/2002, de 07.05.2002 e como comprova o Auto de Entrega e Transferência de Presos (F. 390/391). Ante a perda do objeto, julgo prejudicado o pedido (art. 21, IX, RISTF). Brasília, 10 de março de 2004. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<https://ww2.stf.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

## ANEXO I

Petição nº. 4.576 - Goiás. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 16.06.09, DJ 26.06.09.

Decisão: Trata-se de petição formulada pelo adolescente T.P.L., brasileiro nato, representado pelo seu genitor Antônio José Coelho Linhares, na qual pretende que esta Corte determine a transferência do menor, atualmente acautelado no estabelecimento prisional “Reception and Medical Center” (localizado na cidade de Lake Butter, no estado da Flórida, Estados Unidos da América), para o Centro de Detenção Provisória de Aparecida de Goiânia-GO. Extrai-se do requerimento inicial que o requerente, no 1º semestre de 2008, foi acusado de praticar crime de roubo em concurso de agentes, fato este que motivou sua condenação ao cumprimento de pena de 10 anos de reclusão sem direito à progressão de regime ou à concessão de liberdade condicional. Alega o requerente que, mesmo sendo menor de idade, foi processado e julgado pela justiça norte-americana como se adulto fosse e está preso em uma penitenciária inadequada para o restabelecimento de menores. Informa que os demais co-autores do delito, todos norte-americanos, foram condenados à pena de 4 (quatro) anos de prisão, fato este que demonstra um tratamento discriminatório conferido ao jovem brasileiro. Requer que o Supremo Tribunal Federal determine a transferência do menor brasileiro acautelado na cidade de Lake Butter, para o Centro de Detenção Provisório de Aparecida de Goiânia-GO, sustentando o pedido na aplicação, por analogia, do instituto da extradição recíproca previsto no tratado bilateral firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América. Instado a se manifestar, o Procurador-Geral da República apresentou o parecer de fls. 64-68, do qual foi extraído o seguinte texto: “(...) O pleito não merece conhecimento. Primeiramente, observa-se que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, não pode ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol taxativo inscrito no art. 102, I, da CF/88. No caso sob exame, não há que se falar, sequer, em existência de um litígio entre os Estados Unidos da América e a União, o poderia, em tese, caracterizar a hipótese da alínea “e” do inciso I do art. 102 da CF/88. Ademais, a situação narrada nos autos demonstra claramente que a sentença e o acórdão condenatórios foram proferidos pelos Juízos competentes para processar e julgar o feito, tendo em vista que o processo referia-se

à prática de ato infracional pelo adolescente T.P.L., consumado na cidade de Jacksonville, Flórida. Destarte, com arrimo no art. 92, § 2º, e 102, da CF/88 para processar e julgar o pedido formulado na presente petição. Em segundo lugar, o pedido não se reveste de plausibilidade jurídica à luz do ordenamento jurídico da extradição recíproca - art. 1º do Tratado bilateral específico - e pleitear sua aplicação por analogia à transferência de presos entre Estados, verifica-se que a matéria encontra-se devidamente disciplinado no Decreto nº 5.919/2006, que promulgou, em 3 de outubro de 2006, a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior. Por ocasião de sua ratificação, em 26 de abril de 2001, o Governo brasileiro estabeleceu que a autoridade central encarregada de efetuar o pedido de transferência de presos a Estados estrangeiros é o Secretário Nacional de Justiça e não o STF., tendo em vista que se trata de questão atinente a diplomacia internacional (art. 84, VII, da CF/88), Inviável, por conseguinte, a judicialização de requerimento de transferência de presos entre Estados estrangeiros. Não obstante, cumpre ressaltar que, de acordo com o art. II da Convenção, existe a possibilidade de as sentenças impostas em um dos Estados partes a nacionais de outro Estado Parte serem cumpridas pelas pessoas sentenciadas no Estado do qual seja nacional., Observa-se que, consoante seu art. IX, a Convenção pode ser aplicada a infratores menores de idade, desde que haja o consentimento de um representante legal autorizado, hipótese que se adéqua à situação dos autos. (...) Assim, considerando que o Requerente é brasileiro nato, adolescente, que se encontra recluso com pessoas das mais diversas faixas etárias em uma penitenciária comum do sistema prisional norte-americano e longe de seus familiares, em tese, pode ser cabível a formalização de eventual pedido diplomático de transferência no âmbito do Ministério de Estado da Justiça. “Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do pedido formulado na presente Petição” (fls.66-68). É o relatório. Decido. Acolho o parecer do Procurador-Geral da República. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<https://ww2.stf.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

MS 23314 / SP - São Paulo. Mandado de Segurança. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 10/03/2004 .Publicação: DJ 18/03/2004 PP-00010

Partes: Mandado de Segurança N. 23.314-1proced.: São Paulo.Relator: Min. Sepúlveda Pertence imppte: Ministério Público Estadual. impdo.: Presidente da República. adv. (A/S): Advogado-Geral da União lit.Pas: Hector Ramon Collante

Tapialit. Pas: Horácio Henrique Pazlit. Pas: Humberto Eduardo Pazlit. Pas: Maria Emília Marchi Badillalit. Pas: Pedro Alejandro Fernandez Lembachlit. Pas: Sergio Martin Olivares Urtubialit. Pas: Ulisses Fernando Gallardo Acevedo.

Decisão: Despacho: O Ministério Público do Estado de São Paulo impetrou Mandado de Segurança - com pedido de liminar - contra o Presidente da República, para que este se abstenha de transferir para o Chile e a Argentina Hector Ramon Collante Tapia, Horácio Henrique Paz, Humberto Eduardo Paz, Maria Emilia Marchi Badilla, Pedro Alejandro Fernandez Lembach, Sérgio Martin Olivares Urtubia e Ulisses Fernando Gallardo Acevedo - os sete condenados do notório caso do sequestro de Abílio Diniz - até que sejam aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados os tratados que o possibilitariam. Indeferi a liminar em 31 de dezembro de 1998. As informações foram prestadas (F. 276/286) e os litisconsortes passivos não se manifestaram (F.333). Ocorre que os sete sentenciados já foram entregues e transferidos para seus países de origem, o Chile e a Argentina (Hector Ramon Collante Tapia, Maria Emilia Marchi Badilla, Pedro Alejandro Fernandez Lembach, Sérgio Martin Olivares Urtubia e Ulisses Fernando Gallardo Acevedo em 24 de abril de 1999 e Horácio Henrique Paz e Humberto Eduardo Paz em 2 de julho de 1999), como informa o Ministério da Justiça, através do ofício 349/2002, de 07.05.2002 e como comprova o Auto de Entrega e Transferência de Presos (F. 390/391). Ante a perda do objeto, julgo prejudicado o pedido (art. 21, IX, RISTF). Brasília, 10 de março de 2004. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<https://ww2.stf.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

## ANEXO II

Transferência de Preso nº 1566/08 - 1ª Sec. Data - 18/06/2008. Revisão de Sentença Estrangeira. Sumário

A pena acessória de inabilitação especial para o direito de sufrágio passivo durante o período da condenação não é susceptível de ter eficácia em Portugal, uma vez que a CRP, no nº 4 do art. 30º, estatui que “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”, o que constitui um obstáculo à revisão e confirmação, nessa parte, da sentença penal estrangeira.

Processo 1566/08

Acordam, em Conferência, no Tribunal da Relação do Porto O Digno Magistrado do Ministério Público junto desta Relação requer a revisão de sentença penal estrangeira, com vista à transferência para Portugal (...) actualmente, preso no Estabelecimento Prisional de A. Lama, Pontevedra, Espanha.

Alega:

1. Pela sentença nº .../2005, de 15 de Março de 2005, proferida pela 5a Secção da Audiência Provincial de Madrid, Espanha, no âmbito dos Autos nº 9/05 (Rollo 40/05), confirmada por acórdão de 29 de Junho de 2006, proferido no Recurso nº .../2006P pelo Supremo Tribunal (Sala Criminal) de Madrid, que decidiu pela não admissão do recurso, com trânsito em julgado, foi o requerido condenado como autor de um crime contra a saúde pública, na pena de 9 (nove) anos e 1 (um) dia de prisão, bem como na pena acessória de inabilitação especial para o direito de sufrágio passivo durante o período da condenação e na multa de 162.052,26 (cento e sessenta e dois mil e cinquenta e dois euros e vinte seis cêntimos);

2. Com fundamento, em síntese, na seguinte facticidade: No dia 2 de Maio de 2005, o requerido chegou ao aeroporto de Barajas com a intenção de apanhar um avião para Vigo. Levava ocultos colados com fita isolante na cintura e nas pernas, dez pacotes forrados com plástico de uma substância que, analisada, era cocaína, com um peso líquido de 1.741,9 gramas e uma pureza de 82%. A substância interceptada alcançaria no mercado ilícito, ao qual o requerido a destinava, um valor de 162.052,26.

3. Os fatos sumariamente descritos, por cuja prática o requerido foi penalmente responsabilizado, são punidos em Espanha como crime contra a saúde

pública na modalidade de substância que causam grave dano à saúde, em quantidade de notória importância p. e p. pelos artigos 368° e 369° do Código Penal Espanhol;

4. E integram o crime de tráfico de estupefaciente p. e p. pelos art.°s 21° e 24°, alíneas b) e c) do Dec. Lei n. 15/93, de 22 de Janeiro, por referência à Tabela I-B, anexa ao mesmo diploma;

5. Quer pela lei espanhola, quer face à lei portuguesa, a Audiência Provincial e o Supremo Tribunal de Madrid são os competentes, em razão do território, para o julgamento e condenação do requerido;

6. A decisão, salvo o que se dirá a seguir, não contém disposições que violem os princípios do ordenamento jurídico português;

7. Com efeito, nos termos do disposto no art.° 30°, n.° 4 da CRP “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”;

8. Comando constitucional a que corresponde, também, o art.° 65° n.° 1 do Código Penal, que tem aquela mesma redação;

9. Podendo, todavia, a lei pode fazer corresponder a certos crimes a proibição do exercício de determinados direitos ou profissões (n.° 2 do mesmo art.° 65° do Código Penal);

10. Tal como, aliás, sucede v.g com os titulares de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, que, no exercício da atividade para que foi eleito ou nomeado, cometer crime que preencha os requisitos exigidos pelo 66° n.° 1 do Código Penal, que pode ser proibido (ou suspenso) do exercício daquelas funções, ou relativamente aos agentes de crimes eleitorais que podem ser inibidos da sua capacidade eleitoral (art.° 346° do Código Penal), ou quanto aos condenados pelos crimes previstos nos art.°s 163° a 176° do Código Penal, que podem ser inibidos temporariamente do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela (art.° 179° do mesmo Código);

11. Mas já não, assim, com os agentes da prática de crimes de tráfico de estupefacientes, relativamente aos quais a lei penal portuguesa não prevê a aplicação da pena acessória de inabilitação especial para o sufrágio passivo;

12. Acresce, de todo o modo, que essa pena acessória não é susceptível de ter eficácia prática em Portugal, o que sempre constitui também obstáculo à sua execução - art.° 98°, n.° 4, da Lei n.° 144/99, de 31 de Agosto;

13. Donde, por ser pena proibida pelo ordenamento jurídico-constitucional

português, e não ser exequível em Portugal, não pode ser revista e confirmada a sentença na sua totalidade, isto é, na parte na parte em que condena o requerido na pena acessória de inabilitação especial para o direito de sufrágio passivo durante o tempo da condenação;

14. O requerido esteve preso preventivamente desde 3/05/2005 a 30/07/2006 e sofreu um dia de detenção (em 02.05.2005, conforme se refere na sentença revidenda), o que perfaz um total de 455 dias;

15. E encontra-se preso, em cumprimento da pena que lhe foi aplicada, desde o dia 31/07/2006;

16. Pelo que, atendendo à detenção e prisão preventiva sofridas, o requerido, considerando os anos bissextos, terminaria o cumprimento da pena de prisão, atendendo em que em Espanha o cômputo do cumprimento das penas de prisão é feito por dias, em 30 de Abril de 2014 (e não 1 de Maio de 2014, como se refere na liquidação da pena, uma vez que não foi descontado o dia em que o requerido foi detido);

17. O requerido, que é cidadão português, apresentou declaração a solicitar o seu pedido de transferência;

18. O Governo Espanhol não se opõe à transferência do condenado para Portugal, para aqui ter lugar o cumprimento do remanescente da pena;

19. E, por despacho de S. Ex.<sup>a</sup> o Ministro da Justiça, de 8 de Fevereiro de 2008, foi admitida a transferência do requerido para cumprir em Portugal o remanescente da pena em que foi condenado;

20. A sentença penal espanhola, para poder ser executada em Portugal, necessita da declaração dum tribunal português, emitida após prévia revisão e confirmação;

21. Para a revisão e confirmação da sentença é material e territorialmente competente este Tribunal da Relação do Porto;

22. Fundamenta o presente pedido o disposto na Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 8/93 e aprovada para ratificação por Resolução da Assembleia da República n.º 8/93, diplomas publicados no Diário da República, I Série A, de 20 de Abril de 1993, nomeadamente nos seus art.ºs 6º, 7º, 8º, 9º n.º 1, alínea a) e 10º e, subsidiariamente, na Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, em particular nos seus art.ºs 95º e seguintes.

Conclui pedindo se declare revista e confirmada a sentença n.º 155/2005,

de 15 de Março de 2005, proferida pela 5a Secção da Audiência Provincial de Madrid, Espanha, no âmbito dos Autos (Processo Ordinário) n.º .../05, confirmada por acórdão de 29 de Junho de 2006, proferido no Recurso n.º .../2006P pelo Supremo Tribunal (Sala Criminal) de Madrid, transitados em julgado (salvo na parte em que condenou o requerido na pena acessória de inabilitação especial para o direito de sufrágio passivo durante o período da condenação), atribuindo-se-lhe força executória, para cumprimento em Portugal, do remanescente da pena de 9 (nove) anos e 1 (um) dia e na multa de 162.052,26 (cento e sessenta e dois mil e cinquenta e dois euros e vinte seis cêntimos) que foi aplicada ao requerido B...

Juntou:

1. Despacho de S.<sup>a</sup> Ex.<sup>a</sup> o Ministro da Justiça, no qual se exarou: “Ao abrigo do disposto no artigo 3.º da Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas e do n.º 1 do artigo 122.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, e verificados os respectivos requisitos, considero admissível o pedido de transferência para Portugal do cidadão português B., para cumprimento do remanescente da pena de 9 anos e 1 dia de prisão e na multa de 162.052,26 em que foi condenado pela prática de fatos subsumíveis ao tipo legal de tráfico de estupefacientes, previsto e punível pelos artigos 368.º e 369.º do Código Penal espanhol, no âmbito do acórdão de 2 de Dezembro de 2005, devidamente transitada em julgado, proferida pela Audiência Provincial de Madrid, Espanha”.

2. Certidão da sentença condenatória proferida pelo tribunal espanhol da qual se vê que o requerido processado B., foi condenado, como autor de um crime contra a Saúde Pública, de tráfico de substâncias que causam grave dano à saúde, em quantia de notória importância, dos artigos 368.º e 369.6.º do CP, sem o concurso de circunstâncias modificativas da responsabilidade criminal, na pena de prisão de NOVE ANOS E UM DIA, com a acessória de inabilitação especial para o direito de sufrágio passivo durante o tempo da condenação e na pena de MULTA de 162.051,26 Euros, e ao pagamento das custas processuais porquanto, em síntese, no dia 2 de Maio de 2005, dia em que chegou ao aeroporto de Barajas com a intenção de pegar um avião para Vigo, levava ocultos colados com fita isolante na cintura e nas pernas, dez pacotes forrados com plástico de uma substância que, analisada, era cocaína, com um peso líquido de 1.741,9 gramas e uma pureza de 82%. A substância interceptada alcançaria no mercado ilícito, ao qual o processado a destinava, um valor de 162.052,26. O arguido está privado de liberdade por esta causa desde o dia 2 de Maio de 2005.

3. Certidão do Tribunal Supremo de Espanha demonstrativa de que foi indeferido o recurso de cassação apresentado pelo Requerido.

Citado o Requerido, nos termos do art. 1098º do CPC, por remissão do artº 240º do CPP, não deduziu oposição.

Facultado o processo para alegações, em conformidade com o estatuído no artº 1099º do CPC, apenas alegou o Mº Pº

Colhidos os vistos dos Exmos. Adjuntos, cumpre apreciar e decidir. Como se vê do relatório do presente acórdão, o Requerido foi condenado, por sentença de 15 de Março de 2005, proferida pela 5ª Secção da Audiência Provincial de Madrid, Espanha, no âmbito dos Autos nº 9/05 (Rollo 40/05), transitada, na pena de 9 (nove) anos e 1 (um) dia de prisão, bem como na pena acessória de inabilitação especial para o direito de sufrágio passivo durante o período da condenação e na multa de 162.052,26 (cento e sessenta e dois mil e cinquenta e dois euros e vinte seis cêntimos), pela prática de um crime contra a saúde pública.

E foi condenado porque no dia 2 de Maio de 2005, dia em que chegou ao aeroporto de Barajas com a intenção de pegar um avião para Vigo, levava ocultos colados com fita isolante na cintura e nas pernas, dez pacotes forrados com plástico de uma substância que, analisada, era cocaína, com um peso líquido de 1.741,9 gramas e uma pureza de 82%. A substância interceptada alcançaria no mercado ilícito, ao qual o processado a destinava, um valor de 162.051,26.

Este Tribunal da Relação é o competente para a revisão e confirmação de sentença penal estrangeira - artº 235º/1 do CPP.

O Ministério Público tem legitimidade para pedir a revisão e confirmação de sentença penal estrangeira - artº 236 do CPP.

Para se decidir do pedido há que convocar a seguinte legislação:

a) Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, assinada em Estrasburgo, em 21/3/1981, ratificada por Decreto do Presidente da República, nº 8/93, e aprovada para ratificação por Resolução da Assembleia da República nº 8/93, diplomas publicados no Diário da República, I Série A, nº 92, de 20/4/1993;

b) Lei nº 144/99, de 31/8, que aprovou a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, aplicável, além do mais, à execução de sentenças penais estrangeiras e à transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade (com as alterações introduzidas pelas Leis nº 104/2001, de 25/8, 48/2003 de 22/8 e 48/2007 de 29/8); e c) Código de Processo Penal.

O artº 237º do CPP indica os requisitos da confirmação de sentença penal estrangeira:

1. Para confirmação de sentença penal estrangeira é necessário que se verifiquem as condições seguintes:

a) Que, por lei, tratado ou convenção, a sentença possa ter força executiva em território português;

b) Que o fato que motivou a condenação seja também punível pela lei portuguesa;

c) Que a sentença não tenha aplicado pena ou medida de segurança proibida pela lei portuguesa;

d) Que o arguido tenha sido assistido por defensor e, quando ignorasse a língua usada no processo, por intérprete;

e) Que, salvo tratado ou convenção em contrário, a sentença não respeite a crime qualificável, segundo a lei portuguesa ou a do país em que foi proferida a sentença, de crime contra a segurança do Estado.

2. Valem correspondentemente para confirmação de sentença penal estrangeira, na parte aplicável, os requisitos de que a lei do processo civil faz depender a confirmação de sentença civil estrangeira.

3. Se a sentença penal estrangeira tiver aplicado pena que a lei portuguesa não prevê ou pena que a lei portuguesa prevê, mas em medida superior ao máximo legal admissível, a sentença é confirmada, mas a pena aplicada converte-se naquela que ao caso coubesse segundo a lei portuguesa ou reduz-se até ao limite adequado. Não obsta, porém, à confirmação a aplicação pela sentença estrangeira de pena em limite inferior ao mínimo admissível pela lei portuguesa.

Por seu turno, o art.º 96º da citada Lei nº 144/1999 estabelece as condições especiais de admissibilidade do pedido de execução, em Portugal, da sentença penal estrangeira.

No que diz respeito à transferência de pessoas condenadas, importa ainda ter em conta o Capítulo IV, do Título IV, da Lei nº 144/1999, nomeadamente o disposto no art.º 115º, nºs. 3 e 4.

Tudo presente, constata-se dos autos que: 1. Existe acordo entre o Estado da condenação (a Espanha) e o do acolhimento do pedido (Portugal); 2. O requerido deu o seu consentimento para a transferência;

3. A Lei nº 144/1999, como já antes se referiu, prevê que a sentença proferida por Tribunal de Estado que tenha ratificado a Convenção Relativa à Transferência

de Pessoas Condenadas, assinada em Estrasburgo, como acontece com o Estado Espanhol, possa ter força executiva em território português, depois da necessária revisão e confirmação;

4. A sentença espanhola, transitada, condenou um cidadão português na pena de 9 anos e 1 dia de prisão, por factos ocorridos em 2 de Maio de 2005, terminando o cumprimento da pena em 30 de Abril de 2014;

5. Os factos são subsumíveis ao crime de tráfico de estupefacientes tanto pela Lei Espanhola como pela Lei Portuguesa - cfr. art.º 21º do DL nº 15/1993, de 22 de Janeiro; 6. A pena aplicável - pena de prisão (infra nos referiremos à pena acessória) - é prevista pela lei portuguesa, e conforma-se com os seus limites máximos; 7. Não há conhecimento de que tenha sido instaurado procedimento criminal em Portugal pelos mesmos fatos; 8. O processo criminal decorreu com intervenção do Requerido, assistido por defensor, com observância dos princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição; 9. Não se enxerga que tenham sido aplicadas quaisquer disposições contrárias aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico português (exceção feita à pena acessória).

10. Tratando-se de cidadão português, a transferência do Requerido para Portugal é de primordial importância para se alcançar a sua melhor reinserção social.

11. Não ocorrem os obstáculos previstos no art.º 238º do CPP. 12. Não se oferecem dúvidas quanto à autenticidade dos documentos com que a petição vem instruída, dos quais consta a sentença estrangeira em causa, de clara inteligibilidade e que se mostra transitada em julgado.

Verificados estão, pois, os requisitos da revisão e confirmação da sentença estrangeira. Consequentemente há que deferir o pedido.

Sucedo, porém, que o Requerido, para além da pena de prisão em que foi condenado, foi ainda condenado na “pena acessória de inabilitação especial para o direito de sufrágio passivo durante o período da condenação”.

E foi condenado nessa pena acessória como consequência automática da condenação em pena de prisão.

Ora, a Constituição da República Portuguesa, no nº 4 do art.º 30º, estatui que “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”.

Tratando-se de preceito respeitante a Liberdade e Garantia dos cidadãos é diretamente aplicável e vincula as entidades públicas e privadas - art.º 18º/1 da CRP.

De resto, tal proibição - de aplicação automática da pena acessória -, consta igualmente do art.º 65º/1 do C. Penal.

In casu, não há que ponderar da aplicação judicial da dita pena acessória já que nenhum preceito legal permite a sua aplicação aos casos de tráfico de estupefacientes, sendo certo que o tido o direito penal está submetido ao império do princípio da legalidade e, por isso, as penas têm de constar de lei escrita, estrita e prévia, o que não sucede com a aludida pena.

Ainda: nos termos do art.º 98º, n.º 4, da Lei nº 144/1999, de 31 de Agosto, a referida pena acessória nem sequer é susceptível de ter eficácia prática em Portugal, o que também é obstáculo à revisão e confirmação, nessa parte, naturalmente.

Destarte, há que delimitar a execução da sentença penal estrangeira aqui em causa nos moldes acima expostos.

Porto, 18 de Junho de 2008.

Francisco Marcolino de Jesus / Ângelo Augusto Brandão Morais / José Carlos Borges Martins. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO. Disponível em: < [www.trp.pt/ficheiros/boletim/trp\\_boletim31.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/boletim/trp_boletim31.pdf) >. Acesso em: 20 dez. 2014.

## ANEXO III

A decisão do juiz de execução penal apresenta a aplicação de vários princípios merecedores de uma menção particular, motivo pelo qual acredita-se ser conveniente a reprodução dos aspectos mais importantes do fato. Neste sentido, afirmou o Dr. Polti:

“Em princípio o pedido exposto pelo promotor se apresenta lógico, tendo vista que é de supor que a autoridade penitenciária argentina se encontra encarregada da aplicação de um tratamento de reinserção social para o condenado, que o avaliou e formou um diagnóstico e finalmente um prognóstico.

Não obstante, também é claro que se considere que Eduardo Abel F. se encontra detido no Serviço Penitenciário Federal desde 17 de agosto próximo passado, havendo transcorrido quase sete meses e não há nem um só registro elaborado pela autoridade penitenciária que ponha em conhecimento alguma das circunstâncias resenhadas no parágrafo anterior. Mas agora quem solicita tal informação é promotor de Justiça, o fato concreto de que a autoridade penitenciária não tenha sido capaz de fazer saber ao magistrado interveniente sobre o desenvolvimento do processo de reinserção social aplicado, nos fala com clareza das dúvidas com relação à situação do condenado.

Se a isto somarmos a circunstância de que, tal como expôs a defesa, se trata de determinar a continuidade da execução da pena iniciada na Espanha, temos então que convir da necessidade de amoldar a situação atual do condenado desde a entrada do detido no país.

Com efeito, não podemos subtrair o fato de Eduardo Abel F., não iniciou a execução da pena imposta no momento em que foi transferido para a Argentina, devendo sim, retroagirmos a 17 de julho de 1998, data em que se declarou o trânsito da sentença condenatória. Seria dizer, não podem desconhecer-se os três anos em que Eduardo Abel F., permaneceu detido na Espanha em cumprimento da pena imposta e sob um regime de execução similar ao argentino, cujo objetivo fundamental é também a reinserção social do detido.

De tal maneira, e na aplicação concreta da previsão contida no art. 4º, alínea “a” (Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado), da Lei nº 24.660/96, não deixa outra forma que a de conside-

rar as circunstâncias aportadas pelo Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação e pelo senhor defensor público relativas a execução espanhola, para que, a partir de um método simplesmente comparativo, possa ajustar-se a atual situação de Eduardo Abel F., a que registro com anterioridade a sua transferência.

E assim, com base no descrito pela defesa, tendo em especial consideração ao constante às fls. 129 e 225/226 para determinar, em definitivo, que atendo ao solicitado. Em primeiro lugar, temos a informação da boa conduta intramuros registrada por Eduardo Abel F., no regime de execução espanhola e, em segundo lugar, se trata de uma resolução do 3º Juizado de Vigilância de Madri, proferida em 21 de dezembro de 2000 e mediante a que confirmou o indeferimento que a Junta de Tratamento formulou a respeito de uma solicitação de permissão de saída. Resultam esclarecedoras as razões invocadas para revolver de forma negativa, já que se impediu ao condenado de gozar a permissão de saída pela ‘natureza e gravidade do delito [...] grande pena [...] estar distante de completar  $\frac{3}{4}$  da pena [...] assim como ser estrangeiro, sem vínculos familiares na Espanha [...]’. Assim mesmo, na referida resolução se expôs que [...] a concorrência dos requisitos exigidos [...] do Regulamento Penitenciário, não supõe o reconhecimento do direito, automático a concessão de permissão de saída, a não ser que haja valorado o conjunto das circunstancias concorrentes em cada caso em concreto, assim como que a faculdade última da permissão é a preparação para a vida em liberdade, pelo que ante a distância da data do fato não se satisfaz a finalidade e se incrementa o azar da omissão [...]”.

Desse modo, aliado ao cumprimento do requisito temporal para a outorga de tais permissões de saída, é claro que, a partir de uma simples análise do mencionado no parágrafo a autoridade judiciária espanhola invocou fundamentos negativos, estranhos a legislação argentina vigente na matéria (estrangeiro e fato da distância para o cumprimento da pena). De todo modo, e sendo que consignou que o condenado cumpria com os requisitos objetivos para acender a tais permissões, porém, por sua situação pessoal, deveria negá-los, também resulta evidente então que Eduardo Abel F., se encontrava transitando em uma etapa de progressividade similar ao período de prova contemplado no art. 15 (El período de prueba comprenderá sucesivamente: a) La incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) La incorporación al régimen de la semilibertad), da Lei nº 24.660/96

(Lei de Execução Penal da Argentina). (Grifos deste trabalho).

Com efeito, e em coincidência com o exposto pela defesa, considero que Eduardo Abel F., se encontrava dentro de um estágio que lhe permitia a priori obter a concessão de regime de confiança, situação que, na aplicação da lei nacional, só pode ser equiparada com a solicitação do período de prova.

Com estes fundamentos, o juiz da execução concluiu que o interno deveria ser qualificado com conduta exemplar (9) e conceito muito bom (7), e ser colocado dentro do período de prova a fim de encontrar-se, igual ao da Espanha, em condições formais de ser elevado para gozar das saídas transitórias.

Artigo recebido em: 28.06.2015

Revisado em: 30.08.2015

Aprovado em: 20.09.2015

# A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

## *THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACT AND NATIONAL DEVELOPMENT: AN APPROACH IN THE LIGHT OF TECHNOLOGY TRANSFER AGREEMENTS*

**Nivaldo dos Santos** <sup>1</sup>

Doutor em Direito  
Universidade Federal de Goiás  
Goiânia (GO) - Brasil

e

**Rodrigo Cabral Gomes** <sup>2</sup>

Mestrando em Direito Agrário  
Universidade Federal de Goiás  
Goiânia (GO) - Brasil

**RESUMO:** Dentro do atual cenário de globalização em que o conhecimento e a inovação se tornaram os principais fatores de crescimento econômico, desenvolvimento e promoção de bem-estar, o presente trabalho visa um estudo da função social do contrato buscando uma aplicabilidade mais objetiva a partir dos Contratos de Transferência de Tecnologia. Objetiva-se uma abordagem conceitual da figura contratual e sua importância para o desenvolvimento do país. Em seguida pretende-se apresentar a posição do Brasil no cenário internacional no que se refere à inovação tecnológica, demonstrando os dispositivos legais pátrios de incentivo à inovação elegendo o contrato como instrumento apto para transformações socioeconômicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato. Função Social. Inovação Tecnológica. Desenvolvimento Nacional.

<sup>1</sup> Professor da Universidade Federal de Goiás e da Pontifícia Universidade Católica - GO. Coordenador Rede Estadual de pesquisa em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia - REPPITTEC - FAPEG - GO. Pesquisa realizada na Pro-Reitoria de Pós-graduação, no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito. O artigo insere-se na linha editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas Dimensões. E-mail: nivaldo.santos@pesquisador.cnpq.br.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás - Bolsista CAPES. Advogado. E-mail: rodrigo.cgomes@hotmail.com

**ABSTRACT:** Within a current stage of globalization where knowledge and innovation have become the major factors of economic growth, national development and welfare promotion, the present work aims a study of social function of contract seeking a more objective applicability from Technology Transfer agreements. The goal is a conceptual approach to contract and its importance to the country's development. Then we seek to present Brazil's position in the international arena with regard to technological innovation presenting the national legal provisions to encourage innovation electing the contract as an instrument fit for socioeconomic transformation.

**KEYWORDS:** Contract. Social Function. Technological innovation. National development.

### INTRODUÇÃO

Não é necessário muito esforço para percebermos o mundo dinâmico o qual estamos inseridos. A globalização mudou hábitos e estabeleceu novas relações sociais. As transformações ocorrem de maneira acelerada, onde algo inovador hoje, amanhã se torna obsoleto. A quantidade de informações disponíveis se multiplicou com a chegada da internet e o indivíduo a cada dia se depara com situações até então desconhecidas.

Toda essa dinâmica inerente à globalização desenvolve uma rede de relacionamentos onde as pessoas a todo instante precisam tomar decisões. Decisões estas das mais variadas formas cotidianas ou complexas, com grande valor econômico ou de valor inexpressivo, decisões com interesses individuais ou decisões que podem afetar toda uma comunidade. Não há exceção, todos os indivíduos onde quer que estejam estarão diante de uma relação contratual diariamente, e não raro por diversas vezes no mesmo dia. Muitas vezes, até mesmo sem pronunciar qualquer palavra as pessoas estão assumindo obrigações. A figura contratual estabelece as regras para que as pessoas possam se beneficiar mutuamente, pelo menos essa é a premissa básica do contrato. Esse fato torna incontestável a importância do contrato no desenvolvimento das relações sociais, sejam elas de interesse próprio ou coletivos. Dentro desse contexto, o presente trabalho pretende estudar o contrato, porém de uma forma não ortodoxa.

Isso porque não consideramos produtiva uma abordagem de um instituto de

suma importância para todos os indivíduos da sociedade de forma dogmática. Para isso, o presente artigo será apresentado de forma multidisciplinar, ou seja, apesar do “contrato” serem princípio, um instituto eminentemente privado, o estudo levará em consideração além dos aspectos jurídicos, fatores econômicos, políticos e sociais. O que pretendemos é apresentar o contrato como instrumento apto a promover benefícios à coletividade.

Este aspecto exige predominantemente a interdisciplinaridade mencionada. Ao tratarmos da função social, estamos falando também de um princípio constitucional, e que, ao mesmo tempo, seu estudo requer uma abordagem socioeconômica em razão do contrato ser instrumento para a transferência de propriedade. Além disso, cabe ao Estado proporcionar o bem-estar social por meio de políticas públicas aptas a proporcionar o desenvolvimento das pessoas e conseqüentemente o desenvolvimento nacional.

Assim, de maneira quase consensual, foi atribuída às inovações tecnológicas o status de principal vetor para o crescimento econômico. As novas tecnologias figuram assim como o motor que conduzirá os países ao desejado desenvolvimento. Para que tal desafio seja superado, necessária uma dinâmica que permita a circulação dos frutos gerados pelas inovações, estabelecidos e protegidos pelos Direitos de Propriedade Intelectual. Neste trabalho objetiva-se demonstrar que a figura contratual é o instrumento que dará vida a todo o arranjo que envolve a criação, desenvolvimento e transferência das inovações tecnológicas.

Para alcançarmos os objetivos propostos, o trabalho será subdividido em quatro partes. Na primeira parte trataremos especificamente do contrato, abordando sua concepção histórica e suas definições. Ainda na primeira parte, cuidaremos da função social do contrato. Na segunda parte trataremos do cenário socioeconômico global sob uma perspectiva de desenvolvimento em âmbito mundial e posteriormente nacional, observando os fundamentos constitucionais sobre desenvolvimento. Na terceira parte trataremos do sistema de inovação e sua importância para o desenvolvimento do país. A partir dessa análise, conseguiremos apontar a realidade brasileira frente ao cenário internacional de tecnologia. Na quarta e última parte relacionaremos os contratos de transferência de tecnologia a todos os aspectos abordados, identificando sua aplicabilidade de maneira concreta como ferramenta de desenvolvimento nacional, respeitada a sua função social.

## 1 DEFINIÇÃO DE CONTRATO

Levando-se em conta toda historicidade no que tange às relações contratuais, difícil encontrar um conceito que defina o Contrato de maneira consensual. Isso por que ao longo do tempo, o contrato se fez presente sob diversas feições que se justificaram em razão do contexto histórico em que foram conceitualizados.

Conforme mencionado, não é objeto deste trabalho uma abordagem descritiva do contrato em seus aspectos normativos e históricos, tendo em vista que nossa proposta é evitar o pragmatismo dogmático. Porém, imprescindível a identificação do instituto a partir de uma compreensão em seu sentido lato, para que possamos alcançar a delimitação proposta.

Só então depois, aí sim no Direito Romano, a sistematização jurídica do contrato se tornou mais evidente e conseqüentemente mais perceptível aos estudiosos do Direito. No Direito Romano, coube a GAIO a catalogação das fontes das obrigações, dentre a qual fazia parte o contrato, sendo descrito como instituto que compreendia as convenções, as avenças firmadas entre duas partes. Destarte, foi na época clássica que se revestiu de um conceito mais técnico e mais estrito de contrato, obtendo assim um caráter de acordo contratual (GAGLIANO, 2012, p. 40).

Defendendo a inexistência de um marco preciso para o nascimento do contrato, Gagliano (2012, p. 42) entendem que “cada sociedade, juridicamente produtora, cada escola doutrinária - desde os canonistas, passando pelos Positivistas e Jusnaturalistas - contribuíram ao seu modo para o aperfeiçoamento do conceito jurídico do contrato e de suas figuras típicas”. Entretanto, os autores reconhecem a relevante contribuição do movimento iluminista francês, onde, a partir de uma visão antropocêntrica, atribuiu grande carga de força normativa ao contrato, elevando à autonomia privada à categoria de dogma.

De maneira amplamente aceita, a construção jurídica concebeu o contrato sob a noção de acordo de vontades. O contrato resulta do acordo de vontades que as partes estabelecem para a produção dos seus efeitos jurídicos (COELHO, 2012, p. 32).

Apesar desta tradicional definição, Paulo Nader aponta que parte da doutrina reconhece três tipos de contrato:

Um deles é amplíssimo e significa o acordo de vontades para produzir efeitos jurídicos os mais diversos. Nesta acepção lata, a noção de contrato alcança as diversas províncias do direito privado, direito público interno e internacional. Em sentido menos amplo, quer dizer acordos de vontades que visa a obter re-

sultados jurídicos de conteúdo econômico. Tal definição restringe o sentido, desconsiderando os vínculos contraídos sem finalidade patrimonial, como o do casamento e adoção, mas alcança os estabelecidos no âmbito do direito das coisas, direito do trabalho, entre outros. Finalmente, a acepção mais restrita: a que designa por contrato apenas a reunião de vontades, que tem por objeto a produção de efeitos jurídicos na órbita do direito das obrigações. (p.9, grifo do autor).

Nada obstante à concepção bipolar do contrato, também pode ser unilateral. Na doação, por exemplo, apenas o doador se obriga, assim como no comodato só o comodatário. Desta maneira, o contrato pode ser unilateral, gerando obrigação para apenas uma das partes, mas jamais será um negócio jurídico unilateral, pois sem o consentimento do donatário em receber a coisa não existe contrato. Diferentemente do testamento, onde somente o testador é parte do negócio jurídico, e não o beneficiário. Sendo assim, o testamento não é um contrato (COELHO, 2012, p. 34).

Independentemente das diversas acepções, dentro de uma construção jurídica contemporânea, permite-se afirmar de maneira amplamente aceita que o contrato é “acordo de vontades que visa a produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial”. Trata-se de um instituto que resulta da união entre a vontade declarada e a lei. Os contratantes amoldam os seus interesses a partir da flexibilidade da lei, criando o seu dever ser. Permite-se a compreensão de que as cláusulas contratuais são uma extensão da lei, o que justifica a afirmação de que o contrato faz lei entre as partes (NADER, 2009, p.8).

Com o passar do tempo, adveio profundas transformações, principalmente econômicas, e o contrato se transformou numa ferramenta de extrema relevância na regulação do mercado. A grande evolução da categoria dos contratos do consumidor é um exemplo bem visível. Porém existem outros, desde as crescentes interferências e a disciplina antitruste, até a atenção cada vez mais presente em razão do relacionamento entre empresas com desigualdade de poder de barganha e o surgimento de novos setores que antes inexistiam, como por exemplo os contratos do mercado financeiro (ROPPO, 2009, p. 127).

Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a temática contratual ganhou novos contornos pela criação de mais um regime no direito privado dos contratos: o consumerista. O regime jurídico cabível passou a variar conforme o contrato vinculasse: empresário a empresário (direito comer-

cial), empresário a não empresário (direito do consumidor) ou não empresário a não empresário (direito civil). O redesenho doutrinário que diferencia contratos civis e mercantis, é mais uma manifestação da transição para o modelo reliberalizante (COELHO, 2012, p. 48).

Esses fenômenos trouxeram importantes transformações na figura contratual. Roppo (2009) explica que:

De um ponto de vista sistemático, registra-se crescente fragmentação do facto jurídico, ou, pelo menos, a perda da centralidade da figura e da disciplina geral do contrato, concebida de modo unitário. Avança de modo prepotente uma lógica anti-unitária, pluralista e multipolar, que prefere pensar no “contrato” como numa galáxia de diferentes tipos ou classes de contratos, cada um com a sua disciplina diferenciada da dos outros tipos ou classes (p.4).

Esse pensamento vai de encontro à nossa proposta, tendo em vista que a multidisciplinaridade a que nos referimos, corresponde à fragmentação do facto jurídico, evitando assim uma personificação unitária da figura contratual. Acreditamos na velha concepção filosófica de que o Direito deve se adequar às transformações sociais e atender aos anseios desta.

No que se refere a essas transformações, Calos Roberto Gonçalves (2014, p.17) destaca que:

O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública. (...). Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores que interessam toda a coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum.

Esta compreensão é extremamente salutar para o que propõe esse trabalho, pois dentro de um cenário amplamente globalizado, as relações são múltiplas, impossibilitando assim um engessamento da figura contratual apenas à satisfação das partes. O estudo em questão visa uma inserção do contrato sob uma ótica socioeconômica com vistas ao desenvolvimento nacional e promoção do bem-estar social.

## 2 DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E SOCIOECONÔMICO

É de fácil percepção e acessível a todos o reconhecimento do atual nível tecnológico que o homem alcançou ao longo de sua evolução. Aos que hoje desfru-

tam da mais avançada tecnologia, podendo se comunicar com qualquer pessoa do outro lado do planeta em tempo real ou até mesmo se direcionar até essa mesma localidade em curto espaço de tempo é difícil imaginar que há menos de dois séculos não existia sequer telefone, avião, e muito menos a internet.

A fácil constatação quanto a explícita e notória evolução, não parece tão evidente assim quanto ao “como” se deu tal avanço. Em outras palavras, as sociedades reconhecem e usufruem dos resultados dos processos evolutivos, se surpreendem com as grandes transformações, mas compreendem tal evolução, mesmo que inconscientemente como algo quase que sobre-humano - como é possível, por exemplo, duzentas toneladas de ferro atravessar os céus transportando pessoas? - e desconsideram - ou se auto furtam - o ponto crucial de reflexão, que está no fato de que tudo o que desfrutam tem origem no intelecto humano.

Seguindo o raciocínio, parece óbvio, mas também intrigante que, ao entrar em um avião, as pessoas confiam na máquina e na segurança empregada nela, pois sabem que é o meio de transporte mais seguro - sabem e acreditam porque assim dizem os especialistas. Desconhecem seu funcionamento, mas ainda sim confiam. Confiam também nos pilotos responsáveis por conduzi-los, mas rara e muito distante é a reflexão de que para termos toda essa confiança e segurança, alguém como nós - humano - ousou pensar que isso seria possível. Sinteticamente, o que se pretende com essa reflexão é restar evidente a importância da inovação e a imprescindibilidade da criatividade do intelecto humano no processo evolutivo.

É fundamental a conscientização de que atualmente o ato de inventar é o principal vetor para o crescimento econômico e desenvolvimento dos países. A hegemonia econômica dos países desenvolvidos em detrimento dos que se perpetuam em vias de desenvolvimento se dá justamente pela cultura implementada de investimentos e incentivos direcionados ao desenvolvimento de novas tecnologias.

A relação tecnologia-sociedade nos parece evidente quanto à experiência e aproveitamento técnico das inovações pelas pessoas, onde estas figuram como coadjuvantes nessa relação, pois desfrutam da tecnologia apenas como consumidores. Porém, o que pretendemos demonstrar é que existe ainda uma relação tecnologia-sociedade muito além do consumo. Ela reside no fato de que, sendo a inovação tecnológica a principal fonte para o crescimento econômico, objetiva-se em última instância que esse crescimento seja difundido em benefícios à toda a sociedade, seja através de distribuição de riquezas, seja através da disseminação

do conhecimento, não se deixando olvidar que a circulação das benesses oriundas das relações ocorrerá através dos contratos. Neste contexto Plaza e Santos (2008 a, p. 90-93) ensinam que:

O desenvolvimento da ciência e tecnologia tem importantes impactos sobre a produção, comércio internacional, crescimento econômico e, sobretudo, sobre o desenvolvimento social, uma vez que uma das características das novas tecnologias é a ênfase no fator humano (tecnologia social) como causa e objeto do desenvolvimento. Assim, o fator humano é considerado estratégico para a obtenção da competitividade no mercado global.

Chama a atenção os autores para o fato de que o desenvolvimento tecnológico tem o potencial de proporcionar o desenvolvimento social e mencionam o foco no fator humano como uma das vertentes do processo de inovação identificado na tecnologia social .

Os autores complementam ainda afirmando que “a partir dessa análise, a riqueza e o bem-estar das pessoas, das organizações, e das nações se baseiam crescentemente na criação, disseminação e utilização de conhecimentos compartilhados a partir da confiança entre seus membros” (PLAZA; SANTOS, 2008a, p.94).

Umeoka (2005, p.6) afirma que “Inovação e tecnologia estão na gênese das grandes mudanças sociais e econômicas vivenciadas pelo ser humano desde a pré-história. Uma sociedade que estimula a criação e o poder transformador de seus cidadãos favorece o surgimento de um círculo virtuoso de desenvolvimento”.

Importante ressaltar no que tange à terminologia isolada de “Desenvolvimento”, não ser apropriado generalizarmos a sua concepção e muito menos concebê-lo de forma setORIZADA. Trata-se de um processo de transformação econômica, política e social, onde a qualidade de vida dos indivíduos da sociedade possa se elevar com certa autonomia. É inconcebível pensarmos em desenvolvimento de maneira setORIZADA, pois quando o desmembramos em desenvolvimento econômico, político ou social é penas para uma melhor compreensão didática. O desenvolvimento econômico deve proporcionar transformações significativas na esfera social e política, e vice-versa. Caso o desenvolvimento de um setor não traga melhorias aos outros, certamente não tivemos desenvolvimento (BRESSER PEREIRA, 2003, p. 23). O mesmo ocorre com o desenvolvimento tecnológico.

Pelo fato de o termo “Desenvolvimento” ser amplamente mencionado de forma abstrata e muitas vezes de maneira descontextualizada, importante essa delimitação a fim de que se compreenda a existência de um conjunto de aspectos

que precisam ser observados para que o desafio de se desenvolver seja superado.

Desta forma, considerando os debates e discussões sobre desenvolvimento em todo o mundo, tendo como pauta central a inovação, esta consensualmente assume a posição de principal ferramenta de crescimento econômico, sendo ela também o diferencial para a equalização das desigualdades do atraso econômico, tecnológico e social nos países em desenvolvimento (BRAGANÇA e RIBEIRO, 2013, p. 128). O presente estudo torna-se ainda mais relevante haja vista o Brasil ocupar o 69º lugar no ranking mundial de acesso à tecnologia segundo relatório do Fórum Econômico Mundial (WEFORUM, 2014, p.178).

Sendo o “Desenvolvimento” o grande objetivo a ser conquistado pelas sociedades, imprescindível a participação de todos os agentes econômicos no processo para que se garanta a pulverização desse crescimento. Sendo assim, o objetivo desde trabalho é demonstrar que a inovação é atualmente o principal mecanismo de crescimento econômico, e que, o Contrato é o instrumento responsável pela aproximação do aspecto econômico ao social, pois é ferramenta de articulação das atividades inventivas, da disseminação do conhecimento e da circulação de riquezas, contribuindo assim para que o país se eleve a um novo patamar de desenvolvimento.

Assim, podemos certamente extrair que inovação tecnológica e disseminação do conhecimento são relevantes mecanismos de desenvolvimento em todas as suas acepções. Desenvolvimento social, econômico e político.

Neste sentido, há a necessidade dos países se desenvolverem continuamente dentro de um cenário econômico altamente competitivo e dinâmico demandam ações planejadas que possibilitem alcançar esse objetivo, onde temos a inovação como principal vetor para esse desafio. Para promovê-la, cada país deve realizar o planejamento do seu crescimento, criando ambientes favoráveis à inovação a partir da instituição de seus Sistemas Nacionais de Inovação - SNI (VILLELA; MAGALHO, 2009). Esse sistema pode ser entendido como:

Um grupo articulado de instituições dos setores público e privado (agências de fomento e financiamento, instituições financeiras, empresas públicas e privadas, instituição de ensino e pesquisa, etc.) cujas atividades e interações geram, adotam, importam, modificam e difundem novas tecnologias, sendo a inovação e o aprendizado seus aspectos cruciais (p.3).

A partir desse entendimento, fica evidente a importância da aproximação entre os agentes que compõem o sistema, pois este funciona como uma engrena-

gem que se ativa a partir de suas complementaridades. Tal engrenagem é movida pelos contratos, que têm o condão de promover a circulação do conhecimento e conseqüentemente de riquezas.

Dada a importância do desenvolvimento tecnológico do país, a Constituição Brasileira de 1988 não deixa dúvidas quanto a esse papel do Estado no que tange à promoção do conhecimento e desenvolvimento tecnológico. A Carta Maior dispõe em seu artigo 218 que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. Em seguida, no parágrafo primeiro dispõe que “a pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação”. E estabelece ainda no parágrafo segundo que “a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional” (BRASIL, 1988).

Destarte, identificam-se duas naturezas de pesquisa, a científica e a tecnológica. A primeira está direcionada às prioridades do Estado visando o bem público e o progresso da ciência. Já a segunda prioritariamente deve ser destinada a equacionar os problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional (PLAZA; SANTOS; ROMEIRO, 2008b, p.79).

Em razão da existência de diversos sistemas de inovação, Albuquerque (1996, p. 90) sugere uma tipologia desses sistemas delimitando-os a partir de três características importantes dos sistemas de inovação, sendo relevante sua abordagem. “A primeira categoria envolve os sistemas de inovação que capacitam os países a se manterem na liderança do processo tecnológico internacional. Compreende os sistemas de inovação dos principais países capitalistas desenvolvidos.” A segunda categoria abrange os países cujo principal objetivo de seus sistemas de inovação é a disseminação de inovações. Tal capacidade não deriva da geração de tecnologia, mas sim de uma sólida atividade tecnológica própria que os qualificam a absorver os avanços oriundos dos centros mais avançados. Enfim, “compõem a terceira categoria os países cujos sistemas de inovação não se completaram: são países que construíram sistemas de ciência e tecnologia que não se transformaram em sólidos sistemas de inovação”. Identifica-se nessa categoria o Brasil, que se caracteriza por uma infraestrutura mínima de ciência e tecnologia. O autor enfatiza que em razão disso, “a sua baixa articulação com o setor produtivo, a pequena contribuição à “eficiência” no desempenho econômico do país, pode-se

dizer que não foi ultrapassado um patamar mínimo que caracteriza a presença de um sistema de inovação” (ALBUQUERQUE, 1996, p.57, 58).

Este cenário adverso para o Brasil é justamente o resultado da falta de investimentos e de políticas públicas bem definidas no campo tecnológico. O capital que deveria ser investido neste setor é utilizado na compra de tecnologias ultrapassadas dos países desenvolvidos, o que faz com que o Brasil se perpetue na dependência em relação aos países que produzem tecnologias de ponta. Cria-se um círculo virtuoso onde o país figura como comprador de tecnologia obsoleta, e concomitantemente promove o desenvolvimento de novas tecnologias nos países desenvolvidos (TEIXEIRA; RAMOS, 2013). Essa relação de quem adquire a tecnologia com quem a cede, se dá através dos contratos de transferência de tecnologia, porém, o que pretendemos colocar em discussão é primeiramente a transferência desse conhecimento em ambiente nacional, para que posteriormente os resultados possa ser converter em desenvolvimento.

### 3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Conforme mencionamos, a inovação tecnológica é imprescindível ao desenvolvimento do país. Por conseguinte, os contratos de transferência de tecnologia vão de encontro a esse propósito, ultrapassando as fronteiras do Código Civil.

Neste sentido, Paulo Nader afirma que “o progresso das sociedades depende, fundamentalmente, dos contratos, que atuam como verdadeira alavanca do desenvolvimento” (2009, p.3).

Gagliano (2012, p. 39) afirma trata-se da espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, consistindo sem sombra de dúvidas, na força motriz das engrenagens socioeconômicas do mundo”.

No mesmo contexto, Cristiano Chaves de Farias defende que “o diálogo com a análise econômica do direito é extremamente benéfico à teoria geral dos contratos se passarmos a entender que o mercado não é o inimigo que deve ser combatido, quanto mais um opositor da sociedade” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.49).

Em uma perspectiva civil-constitucional, devemos levar em consideração que o contrato, “espécie mais importante de negócio jurídico, apenas se afirma socialmente se entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico” (GAGLIANO, 2012, p. 50).

Com isso, compreendemos que o contrato é instrumento imprescindível na

promoção do desenvolvimento socioeconômico com vistas ao bem-estar social. Nesta condição, deve cumprir sua função social como aduz o art. 421 do Código Civil de 2002, quando diz que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil nos levou a um repensar da função social da propriedade, toda a ideologia centralizada em torno do contrato também passou a ser revista segundo um panorama de respeito à dignidade da pessoa humana (GAGLIANO, 2012, 34). No mesmo sentido, Miguel Reale afirma que “se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana” (REALE, 1999, p.7)

Desta maneira, “a função social - elemento interno do contrato - impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional” (TEPEDINO, 2009, p.153).

Ao tratar da função social do contrato Gonçalves (2014, p. 78) diz que “o contrato tem uma função social, sendo veículo de circulação de riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista” (GONÇALVES, 2014, p.14).

Seria inócua a concepção de um contrato com um acentuado potencial econômico e financeiro, se, por outro lado, tal potencial trouxesse consigo uma carga negativa ou sem valor para o campo social. Além do respeito às regras formais de validade jurídica, o contrato deve essencialmente respeitar normas superiores de caráter social. Assim, o fenômeno da socialização do contrato é princípio jurídico de natureza cogente, que devem ser observadas pelas partes e em última instância pelo poder judiciário (GAGLIANO, 201, p. 47).

Por outro lado, existe uma corrente contrária à sociabilidade do contrato. Defende alguns autores ser o contrato um mecanismo facilitador da produção e trocas de riquezas e que deve ser preservado da maneira que deseja os contratantes, a não ser que ocorra alguma proibição legislativa. Defendem ainda, que assim como a propriedade, o contrato é um instituto essencial no funcionamento das sociedades contemporâneas e que a tentativa de empregar a outras finalidades além daquelas para o qual foi criado estaria o contrato passível de gerar resultados indesejáveis para a sociedade (PERES, 2010, p. 109).

Exemplificando este modelo doutrinário, contrário à limitação da autonomia da vontade pela função social, Theodoro Junior apud Peres (2010) justifica tal

pensamento dizendo que:

Semelhante sistema seria utopia. Só se conceberia isto num sistema autoritário integral, onde o intervencionismo estatal seria tudo, e o indivíduo, nada. Vê-se facilmente que aqueles que, a pretexto de evitar a exploração dos fracos pelos fortes, sonham com tal sistema, se constituiriam em definitivo, nos coveiros da liberdade. Observe-se que, outrossim, que a partir do momento em que toda atividade contratual seja irremediavelmente submetida a um tipo único e rígido de justiça legal, toda vida econômica, todo prêmio ao esforço, à capacidade, à habilidade, correm o risco de desaparecer. (...). Regulamentar o contrato à base de um tipo legal de justiça abstrata não chegará senão a uma só coisa: a standardização da atividade humana e, com a abolição de toda iniciativa individual, o desestímulo, a frustração dos esforços e a paralisia econômica” (p.437).

Reforçando o Discurso, Soibelman (2005) assevera que:

O contrato estaria falido se equivocadamente entendermos que o princípio da obrigatoriedade decorrente da autonomia da vontade estaria eliminado, pois isto faria naufragar todo o universo das relações negociais na insegurança jurídica mais absoluta; a função social do contrato é exceção que mitiga o rigor do preceito contido expresso pelo *pacta sunt servanda* (os contratos são para serem cumpridos, porém não lhe exclui) (p.3).

Modestamente, consideramos um tanto radical visualizar a função social como uma ameaça à modernidade capitalista. Nem sempre tal princípio pode ser pensado como uma intervenção estatal ou restrição da autonomia da vontade. O contrato pode cumprir sua função social até mesmo sem conhecimento dos contratantes do que venha a ser função social.

Neste aspecto, para que se evite interpretações equivocadas sobre a inteligência da palavra social, Hironaka apud Gagliano (2012) brilhantemente deslinda essa temática ensinando que:

Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar encaminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanida-

de, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta ideia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada “doutrina da função social” (p.83).

A delimitação da função social no presente trabalho, concentrada nos Contratos de Transferência de tecnologia, eleva o instituto a uma concepção mais objetiva, onde os benefícios possam chegar aos indivíduos da sociedade de maneira concreta, tendo em vista que a inovação tecnológica gera um círculo virtuoso de conhecimento, proporciona crescimento econômico e promove o desenvolvimento do país. A transferência, empreendida pelo contrato, invariavelmente dissemina o conhecimento, e este, uma vez disseminado já se reveste de utilidade social.

O Código Civil de 2002 em seu art. 2035 parágrafo único estabelece que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Já a Constituição instituiu em seu art. 170 quando trata da Ordem econômica e financeira que, esta, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” observado o princípio da função social da propriedade (BRASIL, 2002, 1988). Hora Neto apud Gagliano (2012) destaca que:

Em verdade, se é certo que a carta Magna de 1988, de forma explícita, condiciona que a livre iniciativa deve ser exercida em consonância com o princípio da função social da propriedade (art. 170, III), e uma vez entendida que a propriedade representa o segmento estático da atividade econômica, não é desarrazoado entender que o contrato, enquanto segmento dinâmico, implicitamente também está afetado pela cláusula da função social da propriedade, pois o contrato é um instrumento poderoso da circulação da riqueza, ou melhor, da própria propriedade (p. 50).

No mesmo sentido, relevante é a interpretação de Carlos Frederico Marés, quando ao tratar da propriedade da terra, diz que “em todos os lugares em que a constituição trata da propriedade, insere como sua irmã gêmea, a função social. Isto é, a Constituição não aplica a função social apenas para a propriedade da terra, mas para qualquer propriedade” (MARÉS, 2010, p.194). Importante essa observação, pois inovação tecnológica é propriedade, especificamente intelectual, nada obstante deve cumprir uma função social.

Lemos (2011, p.134), mencionando a patente como forma de proteção da propriedade intelectual, esclarece que em nosso sistema constitucional, a propriedade intelectual tem uma finalidade. Afirma o autor que ela não goza de proteção simplesmente como uma propriedade em si mesma. E a finalidade descrita na Carta é o de alavancar o desenvolvimento social, tecnológico e econômico do Brasil. Toda propriedade em nosso sistema é uma função social. A concepção de uma propriedade sem um propósito social, ausente uma finalidade que ultrapasse sua singela existência, é inconstitucional e resultaria na inconstitucionalidade de qualquer patente.

A partir desta constatação, identifica-se um ponto de convergência da propriedade intelectual e do contrato. A função social do contrato assim como a função social da propriedade tem sua dupla representação nos Contratos de Transferência de Tecnologia.

Esta compreensão é relevante uma vez que ao falarmos de Contratos de Transferência de tecnologia estamos nos referindo além da função social do contrato, também à função social da propriedade. Isso porque sendo a inovação tecnológica fruto do intelecto humano, tem sua proteção assegurada pelo direito de propriedade intelectual.

Aqui vale uma observação no que diz respeito à criação intelectual. O ato de inventar é o resultado primário do intelecto humano, já o ato de inovar ocorre posteriormente. Apesar de muitas vezes serem tratadas como sinônimos, cada um preserva suas peculiaridades e sua distinção é fundamental para a identificação dos contratos em questão.

Schumpeter (2011, p. 87) afirma que a inovação e a invenção devem se distinguir mesmo sendo inventor e inovador a mesma pessoa. O autor explica que a invenção está restrita a novas ideias, modelos ou processos de produção, podendo ser de natureza técnica ou mecânica. Já a inovação está ligada ao mercado, ou seja, para que se configure como inovação, necessário servir ao consumo e se caracteriza como tal a partir do momento em que produz riqueza mediante sua comercialização.

Santos e Romeiro (2008, p. 54) acrescentam ainda que a invenção é a criação objeto de proteção, ou seja, trata-se de uma nova solução que é passível de ser patenteada. E que esta, é a origem da inovação, devendo então tal invenção ser produzida com objetivo comercial para se transformar definitivamente em uma inovação.

Daí a importância em gerar conhecimento. Brito Cruz (2000) reafirma essa importância dizendo que:

A capacidade de uma nação de gerar conhecimento e converter conhecimento em riqueza e desenvolvimento social depende da ação de alguns agentes institucionais geradores a aplicadores de conhecimento. Os principais agentes que compõem um sistema nacional de geração e apropriação do conhecimento são empresas, universidades e o governo (p.5).

A integração e envolvimento desses três agentes é o que demanda o país para a solidificação de um sistema de inovação. Cada um, em princípio desempenha seu papel na engrenagem do sistema, onde, seu funcionamento impreterivelmente será articulado pelos contratos de transferência de tecnologia. Santos, Botelho e Soratto (2006) nos apresenta uma visão macro quanto ao papel dos agentes explicando que:

O Estado, ao qual cabe aplicar políticas públicas de ciência e tecnologia, bem como fomentá-las; a universidade, cujo papel é a criação e disseminação do conhecimento; e, as empresas, as quais devem investir na transformação do conhecimento em produto (desenvolvimento), além de realizar pesquisa e incorporar conhecimento. (p.1).

Apesar disso, necessária também uma cooperação do setor produtivo no desenvolvimento de inovações. Santos e Romeiro (2008) alerta que a “falta de preocupação em priorizar a capacidade inovativa nas empresas locais ocasionou em importantes impactos aos sistemas nacionais de inovação” (p. 467). Sendo assim, os autores identificam alguns aspectos para maior efetividade do sistema, dentre eles mencionam que:

A atividade de pesquisa & desenvolvimento ainda está demasiadamente concentrada em universidades e laboratórios de pesquisa, quando o local ideal para se fazer pesquisa tecnológica é no setor empresarial”. (...). Grande parte das empresas constitui organizações criativas, no entanto, não tem perfil de organizações inovadoras em relação a produção e proteção de suas pesquisas através de patentes. Os instrumentos de políticas públicas têm sido pouco eficazes em privilegiar a empresa como foco central para promoção da inovação tecnológica (p.481).

A falta de cultura em propriedade intelectual no Brasil é decisiva para a permanência do país como nação subdesenvolvida. Apesar de constatada a ausência de políticas públicas bem definidas e eficazes de fomento à inovação dentro das organizações, destaca-se que uma maior aproximação entre os agentes, principalmente universidade e indústria, teria um impacto significativamente positivo para o surgimento de um novo paradigma cultural de propriedade intelectual.

A cooperação universidade-indústria é preponderante para o progresso da competitividade industrial perante a expansão do comércio internacional. A carência de mão de obra especializada e a importância do crescimento econômico local levaram as universidades a assumir o papel de principal agente no fomento à inovação e transferência de tecnologia por dispor de capital humano altamente qualificado e serem geradoras de conhecimento científico-tecnológico.

Dentro desse contexto de comercialização de conhecimento, a Lei de Inovação determinou que as instituições científicas e tecnológicas dispõem de Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT) para a criação e gestão de suas políticas de inovação. Logo, dentro desse cenário, o NIT tem um papel preponderante, pois funciona como articulador central na aproximação dos agentes envolvidos. O conhecimento gerado nas universidades que pode ser aproveitado no desenvolvimento de bens e serviços deve primar pela socialização e pelo melhor aproveitamento da tecnologia, sendo atribuído ao NIT o gerenciamento e estímulo para que o ciclo gerador de conhecimento seja preservado, notadamente através da correta aplicação dos recursos advindos de parcerias e de royalties na ocorrência de transferência de tecnologia (BRAGANÇA; RIBEIRO, 2013, p. 43). A dinâmica da geração do conhecimento na universidade para que posteriormente seja transformado em produtos e processos que beneficiem toda a sociedade depende de uma política de proteção do conhecimento vigente na universidade (FUJINO; STAL; PLONSKI, 1999, p.46).

Essa proteção se justifica porque no processo de comercialização de tecnologia podem ocorrer perda de informação para o seu detentor antes da efetivação do contrato, ou na vigência do contrato.

Tratando de alguns modelos imprescindíveis para a proteção do processo inovativo, fundamental é o Contrato de confidencialidade. Essa espécie de contrato tem como finalidade dar segurança à parte detentora em restringir que sua informação seja levada a público ou repassada a terceiros. Definem-se exclusivamente como contratos firmados entre a parte detentora da informação com os outros

agentes do sistema, como as universidades, institutos de pesquisa e as empresas (SANTOS et. al, 2007, 35). Evidencia-se assim, a primeira etapa da trilogia a que se referia Schumpeter conforme mencionado anteriormente: “invenção-inovação-difusão”. Primeira etapa porque a invenção, como vimos, é a primeira manifestação do intelecto humano na criação de algo possivelmente útil.

Neste sentido, “toda atividade intelectual científica ou tecnológica possui potencial de gerar conhecimentos, que podem implicar em inovações tecnológicas passíveis de proteção por meio da legislação da propriedade intelectual” (PUHLMANN 2009, p.170).

Contemporaneamente, novos conceitos e formas foram acrescentados ao conceito tradicional de contrato, entre os quais mencionamos a imaterialidade dos contratos de transferência de tecnologia e as peculiaridades do segredo nos contratos de Know How. Isso justifica a necessidade de que, para conceituarmos este tipo de contrato deve ser levado em consideração todo o contexto socioeconômico (SANTOS et. al. 2007, p. 56). A pluralidade de relações e o surgimento de novas situações não permitem que acordos sejam realizados de forma independente do cenário econômico e social. Entretanto, há que se exista o mínimo de previsibilidade e regulação do poder público para a transferência de tecnologia.

De acordo com o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), além dos contratos de Know How, que podem existir na forma de licença ou cessão, são também contratos de transferência de tecnologia os contratos de cessão industrial e contratos de licença de propriedade intelectual. Existem ainda a possibilidade de que esses contratos sejam mistos, ou seja, quando há a ocorrência de cessão e licença em um mesmo pacto. (SANTOS et. al. 2007, p. 59).

“O dispositivo legal extravagante para a licença estão nos artigos 61 e 62 da Lei de propriedade intelectual, e têm suporte no instituto da locação de bens estabelecidos no Código Civil; assim, a licença onerosa equivaleria ao aluguel e a licença gratuita, ao comodato”. Já as regras para a cessão da propriedade intelectual, “quando onerosa tem seu equivalente na compra e venda regulada pelos artigos 481 a 504 do Código Civil; e quando gratuita, a cessão observa o instituto da doação, regulado pelos artigos 538 a 554 do mesmo código” (PIMENTEL, 2009, p.291).

A aquisição de tecnologia pelo contrato de cessão pode ser observada por diversos pontos de vistas e diferentes utilidades. Conforme mencionamos, o Brasil não goza de uma posição privilegiada no mercado internacional no que tange à

inovação tecnológica. Desta forma, o contrato de cessão pactuado entre o Brasil e um país desenvolvido - aqui se incluem as empresas - apesar da possibilidade de se obter uma vantagem competitiva no mercado interno, os resultados econômicos da transferência são limitados àquele que adquiriu a tecnologia. Daí a importância na consolidação de um sistema nacional de inovação forte, que promova o surgimento das inovações dentro das instituições nacionais.

Deste modo, os contratos de transferência de tecnologia promoverão a disseminação do conhecimento em âmbito nacional e promoverão a circulação de riquezas mediante o aumento de competitividade das organizações no exterior, contribuindo assim para o crescimento econômico e o desenvolvimento do país. Por óbvio, esse processo de transferência de tecnologia não traz qualquer novidade, porém, na atualidade esse processo ocorre apenas em uma direção, ou seja, nosso país apenas importa conhecimento externo, limitando expectativas de melhorias para a sociedade.

O que buscamos com o presente estudo foi colocar em discussão a necessidade desse processo seguir em duplo sentido, concretizando o princípio da função social dos contratos, ampliando as perspectivas de crescimento econômico, de desenvolvimento, e como consequência a promoção de bem-estar à população.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e. **Sistema Nacional de Inovação no Brasil: uma análise introdutória a partir de dados disponíveis sobre a ciência e a tecnologia.** Revista de Economia Política, São Paulo, v. 16, n.3, p. 56-72, 1996.

BRAGANÇA, Fernanda; RIBEIRO, Vanessa. Transferência de Tecnologia e Sistema Nacional de Inovação: relação universidade e indústria. In: **Direito, Inovação e desenvolvimento: tópicos de propriedade intelectual e concorrência.** (Reúne artigos do CONPEDI - Belo Horizonte) / Alexandre Reis Siqueira Freire, Marcelo Soares Castro e João Marcelo de Lima Assafim, organizadores. - Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.**[online] Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 20 de julho de 2015.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [online] Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm)> Acesso em: 20 de julho de 2015.

BRASIL. **Lei 9.279 de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. [online] Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm)> Acesso em: 20 de julho de 2015.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. [online] Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 20 de julho de 2015.

BRASIL. **Lei 10.973 de 2 de dezembro de 2004.** Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. [online] Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm)> Acesso em: 20 de julho de 2015.

BRASIL. **Lei 11.196 de 21 de novembro de 2005.** Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica. [online] Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm)> Acesso em: 20 de julho de 2015.

BRASIL. **Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia.** Coordenação de Inovação Tecnológica - CIT. Cartilha de Propriedade Intelectual & Transferência de Tecnologia. Salvador, 2012.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil: História, Economia e Política de Getúlio Vargas a Lula.** 5a. ed. São Paulo: Editora 34, 2003. v. 1. 454p

BRITO CRUZ, Carlos Henrique de. **A Universidade, a Empresa e a Pesquisa que o Brasil precisa**. Parcerias estratégicas, nº 1 (maio 1996) Brasília: Ministério da Ciência e tecnologia: Centro de estudos estratégicos, maio, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. vol. 3: contratos, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. **A centralidade do conceito de inovação tecnológica no processo de mudança estrutural**. Ensaio FEE, Porto Alegre, v. 21, n.2, p. 58-76, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito dos contratos**. 2. ed. v.4 rev. amp. e atual - Salvador: Juspodivm, 2012.

FUJINO, A.;Eva;PLONSKI, G. A. A proteção do conhecimento na universidade. **Revista de Administração (FEA-USP)**, São Paulo, v. 34, n.4, p. 46-55, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, RODOLFO. **Novo curso de direito civil**. volume 4, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. volume 3, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEMOS, Ronaldo. **Propriedade Intelectual**. Rio de janeiro: FGV, 2011.

LUNDVALL, Bengt-Ake. **National System of innovation: toward a theory of innovation and interactive learning**. Anthem Press, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERES, Fernando Curi. A função social do contrato empresarial revisitada: uma perspectiva interdisciplinar. In: **Novo Código Civil: questões controvertidas**. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (coord.). Rio de janeiro; São Paulo: MÉTODO, 2010.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento: considerações para o debate. **Cadernos de Direito (UNIMEP)**, Piracicaba, v. 4, n.7, p. 7-25, 2004.

PLAZA, Charlene Maria C. de Ávila; SANTOS, Nivaldo. Tecnologias física e social: os novos paradigmas da propriedade intelectual frente ao sistema de inovação. **Perspectiva Econômica (Online)**, v. 4, p. 91-111, 2008a.

PLAZA, Charlene Maria C. de Ávila; SANTOS, Nivaldo. ROMERO, Viviane. Inovações tecnológicas e políticas públicas: análises sociais e ambientais no contexto das atividades industriais sucroalcooleiras no Brasil. **INTERthesis (Florianópolis)**, v. 5, p. 1-28, 2008b.

REDE DE TECNOLOGIA SOCIAL - RTS (Brasil). **Tecnologia Social e Desenvolvimento Sustentável: Contribuições da RTS para a formulação de uma política de Estado de Ciência, Tecnologia e Inovação - Brasília/DF: Secretaria Executiva da Rede de Tecnologia Social (RTS)**, 2010.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Almedina Brasil-BR, 2009.

SANTOS, Eduardo Sens. **A Função Social do Contrato**. 1. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. v. 1. 174p.

SANTOS, Daniela de Abreu; BOTELHO, Louise; SORATTO, Alexandre Nixon. Ambientes Cooperativos no Sistema Nacional de Inovação: o suporte da gestão do conhecimento. In: Conferência Sul-Americana em Ciência e Tecnologia Aplicada ao Governo Eletrônico, 2006, Curitiba. **Revista PontoGov - Visão Democrática da Tecnologia**, 2006.

SANTOS, Nivaldo et. al. **Instrumentos contratuais de gestão da propriedade intelectual**. 1. ed. Goiânia: Editora da UCG, 2007. v. 1. 312p.

SANTOS, Nivaldo; ROMEIRO, Viviane. Estratégias competitivas e capacitação tecnológica no Brasil: paradigmas técnico-econômicos. In: **Estado, empresa e desenvolvimento econômico**. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega, Adriana Vidotte, José Querino Tavares Neto (orgs.). - Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

PIMENTEL. Luiz Octávio. Contratos: introdução aos contratos de prestação de serviços de pesquisa, parceria de pesquisa e desenvolvimento, comercialização de tecnologia e propriedade intelectual de instituições científicas e tecnológicas. In: **Transferência de Tecnologia: estratégias para a estruturação e gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica** SANTOS, Marli Elizabeth Ritter dos; TOLEDO, Patricia Tavares Magalhães de; LOTUFO, Roberto de Alencar. (orgs). Campinas, SP: Komedi, 2009.

SOIBELMAN, Felix. **Função social do contrato**. (2005). Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9377-9376-1-PB.pdf>>. Acesso em: 7 abril 2015.

TEIXEIRA, Adam Hasselmann; RAMOS, Tais. Políticas públicas de fomento à inovação tecnológica: a necessária quebra do paradigma de dependência tecnológica do Brasil em relação aos países desenvolvidos. In: **Direito, inovação e desenvolvimento: tópicos de propriedade intelectual e concorrência** (reúne artigos do XX Congresso Nacional do CONPEDI). Alexandre Reis Siqueira Freire, Marcelo Soares Castro e João Marcelo de Lima Assafim (Orgs.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UMEOKA, Emilio. Prefácio. In: **Propriedade intelectual: o caminho para o desenvolvimento**. Amintas Neto e Rogério Panigassi (Orgs). São Paulo: Microsoft Brasil, 2005.

VILLELA, Tais Nasser; MAGACHO, Lygia Alessandra Magalhães. Abordagem histórica do Sistema Nacional de Inovação e o papel das incubadoras de empresas na

interação entre agentes deste sistema. In: **XIX Seminário Nacional de Parques Tecnológicos e Incubadoras de Empresas**, 2009, Florianópolis. Anais do XIX Seminário Nacional de Parques Tecnológicos e Incubadoras de Empresas, 2009.

WEFORUM. **World Economic Forum: The Global Information Technology Report 2014**. Disponível em: <[http://www3.weforum.org/docs/GITR/2014/GITR\\_Overall\\_Ranking\\_2014.pdf](http://www3.weforum.org/docs/GITR/2014/GITR_Overall_Ranking_2014.pdf)> Acesso em: 20 abr 2015.

Artigo recebido em: 12.07.2015

Revisado em: 27.08.2015

Aprovado em: 20.09.2015

# REFLEXÕES SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A IMPARCIALIDADE JUDICIAL: “O QUE FALAR QUER DIZER” E O QUE NÃO DIZER QUER FALAR?

## ***REFLECTIONS ON THE GROUNDS DUTY OF JUDGMENTS AND LEGAL IMPARTIALITY: “WHAT DOES TO SPEAK MEAN TO SAY?” AND WHAT DOES NOT TO SAY MEAN TO SPEAK?***

Bárbara Gomes Lupetti Batista<sup>1</sup>  
*Doutora em Direito*  
*Universidade Veiga de Almeida*  
*Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil*

**RESUMO:** O subtítulo deste artigo referencia o texto de Pierre Bourdieu, intitulado “O que falar quer dizer” (1983, p. 75-88), porque a expressão usada pelo sociólogo é elucidativa da problemática ora proposta. O texto trata das tensões existentes entre a garantia da fundamentação das decisões judiciais, controladas através da explicitação das razões de decidir dos magistrados, e o seu dever de imparcialidade. Através de pesquisa de campo realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, percebe-se que nem sempre existe correspondência entre as razões “reais” de decidir e a fundamentação racional expressa na decisão judicial. A pesquisa aponta que existem motivações ocultas nas decisões judiciais e que a invisibilidade proposital das razões de decidir sustenta a crença na imparcialidade judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pesquisa Empírica; Fundamentação; Decisão Judicial; Razões de decidir.

<sup>1</sup>Graduada, Mestre e Doutora em Direito. Professora Permanente do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida - PPGD/UVA e Professora Adjunta da Universidade Federal Fluminense - UFF. Pesquisadora do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos - InEAC/UFF. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas dimensões. E-mail: blupetti@globo.com.

**ABSTRACT:** The title of this article references Pierre Bourdieu's text, titled "Language and Symbolic Power" (1983, p. 75-88) because the expression used by the sociologist explains the problem proposed herein. The text deals with the tensions between ensuring the grounds of judgments, controlled through the explanation of the reasons of the judges to decide, and their duty of impartiality. Through field research conducted in the State Court of Rio de Janeiro, it is clear that there is not always a correspondence between the "real" reasons to decide and the rational foundation expressed in the court order. The research shows that there are hidden motives in judicial decisions and that the deliberate invisibility of reasons to decide sustains the belief in judicial impartiality.

**KEYWORDS:** Empirical research; Grounds; Court order; Reasons to decide.

## INTRODUÇÃO

O subtítulo deste artigo referencia o texto de Pierre Bourdieu, intitulado "O que falar quer dizer" (1983, p. 75-88), porque a expressão usada pelo sociólogo é elucidativa da problemática sobre a qual me proponho a refletir. De um lado, pretendo discutir o ato de sentenciar e o dever constitucional dos magistrados de motivar as suas razões de decidir. De outro lado, aponto que, neste percurso de fundamentação, existem coisas "ditas" e coisas "não-ditas", e que as coisas "não-ditas" dizem muito, não apenas sobre as sentenças, mas também sobre o nosso sistema jurisdicional.

Ressalva-se que "Coisas ditas" também referencia um livro de Pierre Bourdieu (2004), que reúne algumas de suas conversas com etnólogos, economistas e sociólogos, através de entrevistas realizadas em ocasiões distintas, sendo, todas elas, relacionadas a aspectos do seu trabalho intelectual e de suas obras. Trata-se praticamente de um auto-retrato intelectual de Bourdieu, a partir de uma perspectiva da filosofia da ciência.

O interesse de discutir a fundamentação das decisões judiciais e suas razões de decidir partiu de uma reflexão realizada por força da elaboração da minha tese de doutorado, na qual discuti a imparcialidade judicial, através de pesquisa empírica realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

mediante entrevistas formais e informais com diversos operadores do direito e jurisdicionados, assim como observação de audiências e julgamentos (LUPETTI BAPTISTA, 2013).

A pesquisa empírica que ensejou a elaboração da tese de doutorado me fez perceber, dentre outros aspectos, o quanto os magistrados temem a pecha da parcialidade, sendo certo que descrevi, naquele contexto, as práticas e estratégias que me foram narradas como “antídotos” ao drama da parcialidade.

Grosso modo, uma das “defesas” que verifiquei como sendo exercidas regularmente pelos meus interlocutores magistrados, para se afastarem de qualquer indício de “parcialidade”, foi o que chamei de “contenção obrigatória dos sentimentos” (LUPETTI BAPTISTA, 2013, p. 270), exercício através do qual os juízes se esforçam para não manifestarem qualquer atitude que transpareça a sua comoção ou envolvimento com a causa, a fim de se manterem hígidos em sua aparência de “imparcialidade”, comportamento fundamental ao exercício da jurisdição, cujo monopólio é do Estado-Juiz.

Na linha da teoria geral do processo, em síntese, caminhamos da autotutela à jurisdição, regime atual de administração institucional de conflitos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 31).

[...] completando-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante à qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição. Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa).

E o que sustenta a importância da ideia da jurisdição, em substituição à autotutela, é, justamente, a crença de que o estado-juiz é o terceiro imparcial a quem fora atribuída a função de solucionar os conflitos sociais, uma vez vedada a autotutela. “O monopólio estatal da jurisdição e a proibição da justiça privada impõem a existência de um sujeito com esta característica, investido da função de julgamento e que seja estranho ao conflito.” (CABRAL, 2007, p. 345-346).

Sendo assim, a ideia de jurisdição está totalmente vinculada à crença na im-

parcialidade judicial, de modo que ao magistrado é muito caro manter firme a sua imagem pública de “juiz imparcial”.

Pois bem, identificada essa marca do campo jurídico, comecei a refletir sobre o quanto a necessidade de parecer imparcial exige do magistrado uma certa forma de se posicionar (ou de se esconder) no espaço público e, conseqüentemente, sobre o possível mundo interno que fica escondido dentro do Juiz e que não pode ser explicitado nos autos do processo, justamente por causa da manutenção da aparência de imparcialidade que sustenta o sistema jurídico e que mantém firme a própria ideia de jurisdição, como sustentado acima.

Nessa linha, pensei neste artigo como espaço intelectual para refletir, de um lado, sobre o mundo interno do Juiz que não pode (e não deve) ser exposto ao público e, de outro, sobre o mundo externo, aquele que aparece nos autos e que fica registrado no processo. Mais precisamente, este texto problematiza a tensão entre esses “dois mundos”, razão pela qual pareceu adequado estudar as decisões judiciais como objeto privilegiado para tentar compreender como os magistrados articulam o seu mundo interno com aquele externo, que pode aparecer no processo.

Precisamente, a discussão está centrada em tentar explicitar como os magistrados traduzem aquilo que pensam e sentem para aquilo que pode ser dito (ou escrito) no processo; e, remontando ao título do artigo, entre aquilo que se diz e aquilo que não se diz (porque não se pode dizer) em uma decisão judicial [no caso, para ser ainda mais precisa, entre aquilo que se escreve e aquilo que não se escreve nas decisões judiciais].

Para tanto, valendo-me dos dados empíricos coletados durante a pesquisa para a tese de doutorado (LUPETTI BAPTISTA, 2013) e de reflexões posteriores, descrevo dois casos em que juízes distintos resolveram escrever em suas decisões judiciais exatamente aquilo que pensavam sobre os assuntos julgados, indicando, nos autos, as suas motivações, circunstância que permitiu perceber que as suas razões de decidir explicitavam não apenas uma certa forma de interpretar o direito, mas também uma visão específica (ou talvez uma moralidade) sobre a norma, e, por causa dessa suposta honestidade em escrever exatamente aquilo que pensavam sobre os casos, foram punidos.

O primeiro caso refere-se a um juiz de São Paulo que foi punido com a pena de censura pelo Órgão Especial. O segundo caso trata de um juiz de Minas Gerais, afastado pelo CNJ com pena de disponibilidade compulsória. Em um dos casos, o

Juiz expressava opiniões pessoais sobre homossexuais e no outro, um pensamento considerado machista.

Independentemente de discutir os conteúdos preconceituosos de ambas as decisões, aqui me interessa pensar sobre o que o nosso sistema “quer dizer” quando, de um lado, impõe aos magistrados o dever de explicitar as razões de decidir nas sentenças, sendo este o controle democrático das decisões judiciais, e, de outro lado, pune aqueles que expressam sinceramente as suas motivações?

Foram essas as reflexões que ensejaram a inquietação expressa no texto.

Sistematicamente, a primeira parte do artigo cuida das perspectivas legal, dogmática e empírica acerca do dever de fundamentação das decisões judiciais. Em seguida, o trabalho apresenta dados que explicitam os dramas dos magistrados no exercício da jurisdição. Vivendo entre o dever de parecerem imparciais e o fato de serem humanos, os magistrados narram as tensões vivenciadas para invisibilizar sentimentos e emoções no processo, a fim de evitar qualquer possibilidade de confusão entre a sua subjetividade e a exigência de expressão da sua imparcialidade no exercício da jurisdição. Após essa reflexão, descrevo e problematizo os casos concretos já mencionados e que serviram para pensar sobre o que considere ser um relevante paradoxo do campo jurídico: de um lado, os magistrados têm o dever de fundamentar as suas decisões, explicitando as suas razões de decidir, mas, de outro lado, são punidos se exageram na visibilidade de suas motivações [ou, talvez, quando são genuinamente espontâneos nas explicitações de suas razões de decidir]. Por fim, na tentativa de apresentar conclusões, ainda que parciais, destaco as incoerências do nosso sistema jurídico e a necessidade de exercitarmos a reflexividade para desconstruirmos certas premissas e verdades que nos impedem de pensar o campo jurídico a partir de suas práticas e lógicas, mesmo quando elas confrontam crenças e idealizações.

## **1 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: “NO JULGAMENTO HÁ PREMISSAS OCULTAS IMPERCEPTÍVEIS” (PORTANOVA, 2003, P. 15).**

Nos termos do art. 458 do CPC vigente (correspondente ao art. 489 do Novo CPC), são requisitos essenciais da sentença: o relatório, a fundamentação e o dispositivo; dentre os quais sempre me despertou atenção tentar compreender como se procedimentaliza a fundamentação das decisões judiciais, na qual os magistrados têm o dever de explicitar o caminho trilhado para chegar à sua conclusão.

O Novo CPC determina uma nova sistemática para a fundamentação das decisões judiciais, bastante mais rígida do aquela proposta pelo CPC de 1973. Ao explicitar, no parágrafo 1º. do artigo 489, o que não considera como decisão fundamentada, o Novo CPC fixou parâmetros rígidos para nortear a atividade judicial. O Novo Código combate fundamentações genéricas; decisões que não enfrentam todos os argumentos deduzidos no processo; a aplicação inadequada de precedentes; emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem, contudo, concretizá-los no caso, entre outras hipóteses não exaustivas, dentre outras questões. Ao prescrever o que não é uma decisão fundamentada, o artigo 489 estabeleceu um núcleo mínimo de conteúdo ao qual se deve sempre observância quando da elaboração do ato judicial. Os magistrados reagiram ao dispositivo, pedindo o veto ao artigo 489, que traz regras para fundamentação de decisões. O pedido de veto foi feito pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

Igualmente, o direito fundamental da motivação dos atos judiciais também está consagrado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

A exigência da motivação traduz-se no dever constitucional, imposto aos órgãos judiciais, de fundamentar, racionalmente, o sentido tomado pelo pronunciamento jurisdicional. É essa garantia que legitima a atuação do Poder Judiciário, que, por não ter passado por um processo eleitoral, tem sua legitimidade democrática fundada na justificação.

A efetiva participação e controle das decisões judiciais através da motivação é requisito revelador do princípio do Estado Democrático de Direito. Segundo o processualista José Carlos Barbosa Moreira (1998, p. 90):

[...] o controle 'extraprocessual' deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados 'in genere', como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional - fator inestimável, no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições.

Ou seja, a dogmática processual relaciona o dever de fundamentação com o controle democrático da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, com o controle da parcialidade dos juizes.

De minha parte, na qualidade de advogada militante e, depois, de pesquisadora, sempre me questioneei se, de fato, os magistrados explicitam na fundamentação as suas efetivas razões de decidir, ou se, devido às formalidades inerentes à jurisdição, ocultam certos motivos, traduzindo-os em argumentos racionais.

“Os juízes fazem o que eles querem”. Esta frase foi reproduzida muitas vezes durante o meu trabalho de campo para a elaboração da tese de doutorado. Além disso, em audiências, julgamentos e entrevistas que realizei, eu ouvi, com frequência, magistrados afirmando: “Eu estou querendo deixar essas famílias lá. Já estão lá há mais de dez anos...”; “Eu não queria que ele fosse preso”; “Eu quero dar um jeito de conceder a ordem”; “Não tem um jeito de a gente interpretar isso aqui de outra forma?”; “Não podemos fechar os olhos. O caso é dramático. Por que não pede vista para ver se a gente dá um jeito de solucionar isso aqui?”; “Eu não quero julgar contra”.

Mesmo antes da realização da etnografia, a minha prática como advogada já indicava que o nosso sistema judicial permite aos magistrados o exercício de amplos poderes e possibilidades de escolhas. Entrevistei advogados que me disseram: “pois é, eles fazem o que eles querem, né?”.

KHALIL (2011, p. 160) também entrevistou magistrados que manifestaram essa possibilidade. Um deles, admitindo que o ordenamento jurídico é extremamente aberto, lhe disse: “O juiz pode decidir do jeito que quiser, que encontrará de algum modo amparo no ordenamento.”. E exemplifica: “O STJ inventou que cabia prisão na hipótese de inadimplemento das três últimas pensões [alimentícias]. Nunca segui, porque é uma tremenda besteira.”.

Outro magistrado lhe disse que, em determinados casos, quando lê a inicial, ele acha que o autor tem razão, mas, depois, ao ler contestação, fica em dúvida e acaba fazendo o que “quer” (KHALIL, 2011, p. 303): “Aí você vai adotar as suas premissas [...] e você faz o que você quer.”.

E outro confirmou o mesmo (KHALIL, 2011, p. 314): “Eu sempre falei: ‘o juiz faz o que ele quer, faz o que ele quer’ [...]”.

José Renato Nalini, em seu ensaio sobre a “Humildade do Juiz”, também expressa:

O juiz sabe que ele julga como quer. É fácil encontrar argumentos contra ou a favor de qualquer das teses. Fundamental se torna a sua profunda honestidade intelectual, fomentada pela humildade intelectual, para que, no ato de julgar,

não prevaleçam as idiossincrasias, os preconceitos, o comodismo ou qualquer outro subjetivismo, sobre a missão de fazer justiça (Disponível em: <<http://portal.tjro.jus.br/documents/18/24335/A+HUMILDADE+DO+JUIZ.pdf>>. Acesso em: 10. Nov. 2012).

A ausência de consenso oficial sobre o conteúdo da lei concede aos magistrados - ou melhor, deles exige - que preencham os vazios. E o nosso sistema está cheio de vazios de consenso e, por conseguinte, cheio de significados diferenciados para situações semelhantes.

Logo, o juiz, o tempo todo, na condução do processo e no momento de decidir, se vê diante da necessidade de preencher e de ocupar esses espaços vazios criados por um sistema fundamentado em abstrações, contradições e ambiguidades, em vez de consensos.

Quando digo e demonstro, especialmente em minha tese de doutorado (2013), através dos dados etnográficos, que, diante de uma situação concreta, os juízes “fazem o que eles querem”, não pretendo, com isso, estigmatizá-los, hostilizá-los ou confrontá-los pelo mero prazer de ser a favor do contra. Mas, simplesmente, porque entendi (e pretendo explicitar) que o sistema não lhes dá outras saídas, porque é assim que funciona. E que, portanto, nos termos utilizados por DUARTE (2010, p. 93), a toga não está orquestrada em um complô contra a sociedade, mas exerce os poderes oriundos de um sistema que transforma esses juízes em personagens centrais e absolutos, inclusive, no momento de manifestarem suas vontades.

“Fazer o que quer” foi uma categoria que, no trabalho de campo, apareceu representada pelo conceito de “decidir segundo uma convicção pessoal sobre o que parece ser o mais justo diante de determinada situação” e não necessariamente julgar de forma interessada ou comprometida com alguma das partes do processo.

E isto é permitido porque o sistema não está permeado por padrões, protocolos e consensos. Cabe, a cada um, individualmente, e contraditoriamente, preencher de significados e representações o conteúdo da lei, da prova, dos fatos, da doutrina, do processo, da verdade.

Por causa disso mesmo, é que a garantia da imparcialidade do sistema estaria representada na fundamentação das decisões judiciais (MARTINS, 2007, p. 62 e FRIEDE, 2003, p. 15).

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2008, p. 74) sustentam expressamente que o dever de motivação está a serviço de “aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”. BEDAQUE (2009, p. 111) também: “sem dúvida alguma, a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é impor-lhe o dever de motivar suas decisões”. GRECO (2005) trata a fundamentação das decisões como uma dupla exigência: de um lado, permitir que os cidadãos verifiquem se a decisão é logicamente consistente e se o juiz se empenhou para que fosse a mais acertada possível, com base nos fatos e provas constantes dos autos; e de outro lado, impor ao juiz que demonstre que considerou todos os argumentos e avaliou todas as provas, explicitando por que considerou umas mais do que outras. Trata-se de mecanismo de controle da atividade jurisdicional (GRECO, 2005, p. 254-255).

LOPES (2006, p. 50-51) também trata a fundamentação das decisões como “uma garantia fundamental que visa proteger o direito do cidadão”, tendo como principal característica que o juiz dê conhecimento às partes “dos motivos que inspiraram o magistrado a proferir sua decisão.”. Segundo a autora, a fundamentação dá “segurança às partes e à sociedade, pois permite que haja um controle maior da prestação jurisdicional.”

BEDAQUE (2009, p. 153) crê que o dever de motivar a decisão limita a discricionariedade do juiz. Para ele, o que diferencia a interpretação da lei da discricionariedade é o dever que o juiz tem de fundamentar. Para ele, o juiz tem, de fato, várias decisões tecnicamente possíveis, mas apenas uma que é a decisão correta. A correta é a que o juiz escolhe.

Entre todas [as soluções possíveis] cabe ao juiz escolher aquela que, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto. Por mais amplo que seja o campo de atuação do juiz, no exercício da função de buscar o sentido da lei, sua decisão [...] representará a única solução possível para a situação examinada, segundo seu entendimento [...] ela representa a única opção correta para o intérprete que a adotou.

Vontade da lei, aqui, se traduz a expressão de poder a que a imparcialidade serve. A lei não tem vontade. O juiz sim. Mas como ele se autoconfigura como sendo o Estado-juiz, a vontade dele ganha força de lei; a lei do caso concreto.

CAMPANELLI (2006:102) igualmente sustenta que a atividade judicial encontra

limites na obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. Segundo a autora, a motivação da decisão é o que permite constatar os motivos pelos quais a decisão foi proferida, bem como a linha de raciocínio utilizada e os motivos que formaram o convencimento do juiz. Sobre o livre convencimento do juiz, o trabalho de TEIXEIRA MENDES (2009) é decisivo.

Numa outra linha, mas colocando as decisões judiciais no mesmo lugar de importância que eu proponho neste texto, GARAPON e PAPADOPOULOS (2008, p. 137) descrevem o julgamento como sendo um “ato retórico que tende a convencer as partes do bom fundamento da decisão que ela contém”. No entanto, no caso dos juízes da nossa tradição (ele está falando da França - civil law), “ele não precisa se justificar.”. Eles “enunciam escolhas interpretativas”.

A dogmática sustenta que a motivação da decisão judicial é o mecanismo de controle da imparcialidade do juiz e de garantia dos próprios jurisdicionados, porque ela permite, através da leitura da sentença, perceber as causas que motivaram o magistrado a julgar o pedido procedente ou improcedente.

Entretanto, este ônus processual assume contornos de racionalidade quando mascara as motivações reais da decisão, nos termos de PORTANOVA (2003), transformando o que é subjetivo em uma linguagem supostamente fria, racional e objetiva. É isto que me interessa para pensar o tema proposto.

Ou seja, se o dever de motivação é o que limita a discricionariedade, mas a motivação é mascarada por mecanismos de racionalização, o resultado disso é, novamente, simbólico. Se na motivação a motivação está obscurecida, a motivação não controla nem restringe nada. Um juiz me disse o seguinte:

A grande vantagem da nossa absoluta, praticamente absoluta autonomia pra decidir, é que se você fizer uma decisão fundamentada, qualquer que seja a fundamentação, mesmo que incoerente, ela pode até ser reformada, mas ela não é nula, não tá errada, tecnicamente ela não tá errada. Se eu quiser, se eu quiser, coloco uma fundamentação à luz de princípios e pronto, faço de tudo com isso. É muito raro uma sentença tecnicamente errada. Ela pode até ser reformada, dependendo do que eu decidir, dependendo do desembargador e tal, mas ela não tá tecnicamente errada.

Quando eu questionei os interlocutores sobre o que seria considerada uma decisão tecnicamente errada ou susceptível de anulação, eles disseram: “aquelas que mostram, descaradamente, que o juiz julgou por um preconceito, que é ma-

chista, racista, tá julgando daquele jeito por puro preconceito.”.

Junto com isso, imediatamente pensei que o mecanismo de mascarar as subjetividades e opiniões pessoais tem a sua eficácia: os princípios dão o contorno de racionalidade que o campo exige para evitar a nulidade da decisão.

## 2 O ESCONDERIJO DOS SENTIMENTOS E DAS RAZÕES REAIS DE DECIDIR: O MUNDO INTERNO DO JUIZ, QUE NÃO SE REVELA NOS AUTOS, MAS EXISTE NA VIDA

“Você é treinado a não perder a sua placidez. Você é um profissional propenso a ouvir os maiores absurdos, sem demonstrar emoção.”. (KHALIL, 2011, p. 308)

É curioso que um sistema que precisa sustentar a aparência de imparcialidade, acabe por exigir de seus membros uma necessária contenção de sentimentos.

Para parecerem imparciais, por mais paradoxal que seja, os juízes, seres humanos, constituídos dos mais distintos sentimentos, precisam se controlar e exercitar aquilo que chamo de uma “contenção obrigatória dos sentimentos”, em uma alusão maussiana (MAUSS, 2009, p. 325-335).

Marcel Mauss (2009, p. 325-335) tem um texto muito interessante - intitulado “a expressão obrigatória dos sentimentos (rituais orais funerários australianos)” - que me serviu de inspiração. Neste artigo, ele trata os sentimentos como fenômenos sociais, não exclusivamente individuais e subjetivos; não espontâneos, mas obrigatórios, ritualizados, previsíveis. Segundo ele, nos rituais funerários australianos, é preciso expressar determinados sentimentos. Existem manifestações sensíveis obrigatórias, expressas por pessoas encarregadas de explicitar pesar. O texto é especialmente curioso, porque mostra que os sentimentos manifestados nesses rituais, por serem obrigatórios, não são necessariamente genuínos, mas ao olhar externo, precisam ser expressos. Segundo Mauss, esses rituais não excluem necessariamente a sinceridade, mas preveem, por exemplo, uma “quantidade convencional de choros e de gritos” (2009, p. 330). A leitura ajuda a entender as formas de interação social naquele grupo e, tangencialmente, permite fazer um paralelo com os sentimentos do Judiciário. Ao contrário dos rituais, em que os australianos expressam aquilo que não necessariamente sentem, no mundo dos nossos tribunais, os magistrados escondem aquilo que sentem. Por isso, menciono a contenção obrigatória em contraponto à expressão obrigatória. Para Mauss (2009, p. 332), de qualquer forma, aquela linguagem do grupo social comunica

sentimentos e emoções, porque elas “são mais do que simples manifestações, são sinais, expressões compreendidas, em suma, em uma linguagem.”. “São signos e símbolos coletivos” (MAUSS, 2009, p. 334). Ao não expressar sentimentos ou fraquezas, os magistrados também expressam (em sua omissão de expressar). A eficácia da contenção dos sentimentos está a serviço de manter viva a crença na imparcialidade judicial.

KHALIL (2011:155) narra em seu livro o depoimento de um magistrado que não esconde os seus sentimentos e muito menos se preocupa com a sua imagem jurisdicional. O juiz do livro se autointitula demasiado aberto, diferente do perfil exigido para um juiz, um tanto exótico, e, segundo ele próprio, “deixa todo mundo à vontade em audiência”. Ele contou que uma vez estava presidindo uma audiência e fez o seguinte:

Outro diz fiz a audiência de uma moça que bateu o carro. Chamei-a de ‘barbeira’ até dizer chega. Eu queria que ela reconhecesse ‘ter feito uma senhora barbearagem e parasse com bobagem’. Ainda brinquei com ela: ‘Mas você não é loira! Se fosse loira ainda lhe daria ganho de causa. Mas não sendo, é imperdoável. (KHALIL, 2011, p. 155)

Na maioria dos casos, no entanto, os meus interlocutores magistrados manifestaram que não podem “escrever tudo na sentença” e nem tampouco “se expor completamente” nas audiências e julgamentos e o motivo que pareceu foi este aqui, evocado por um Juiz: “eu acho que isso tem tudo a ver com a imparcialidade. Você pode até não concordar, você tem o teu direito de ter aversão pessoal pela parte etc., mas não pode transparecer isso no seu contacto pessoal com ela.”.

KHALIL (2011, p. 293) entrevista um juiz que fala literalmente sobre a blindagem que a magistratura impõe. Segundo ele, o juiz tem de ficar muito “recolhido” e isso, inclusive, o “inibiu”. Para ele, “o juiz é um ser naturalmente comedido, discreto, reservado, como se isso o liberasse de ter os conflitos pessoais, que ele tem, em cada processo. Ele não é um autômato, um robô.”.

Na pesquisa de campo, ficou claro para mim que a impossibilidade de expressar sentimentos também comunica e também tem algo a dizer. A visibilidade da imparcialidade exige a contenção dos sentimentos e emoções, sendo certo que esta invisibilidade dos aspectos pessoais e humanos dos juízes fica a serviço de

manter viva a crença na imparcialidade judicial, que conforma ou acomoda a explicitação de uma certa forma de prestar jurisdição.

Uma juíza me contou um caso dramático que viveu. Disse que sentiu “muita raiva”, mas teve de ficar ali, segundo ela, “parecendo neutra”.

Tive um caso, que vou julgar em breve, muito dramático, muito triste. A AIJ deste caso foi muito dura, muito dura...este vai ser um caso muito difícil de julgar. Vou ter de julgar, me afastar, depois voltar no caso...acho que vou demorar um tempão...era um caso em que um bebê morreu e os pais pedem indenização por erro médico. O bebê tinha muitas complicações e ia falecer mesmo, ao que tudo indica, mas o que se quer apurar é se a demora do médico colaborou com o evento morte. Na AIJ o médico se mostrou tão frio. Ele falava do bebê como se não fosse nada. Como se fosse normal que ele tivesse morrido...quem viu o médico na AIJ ficou com raiva dele. Foi um sentimento geral de muita raiva dele...o desprezo por aqueles pais, que estavam atônitos...na AIJ ainda parecia que não acreditavam no que tinha acontecido...e ele tão indiferente...dava vontade de voar nele...o depoimento dele deu muita raiva...mas você tem que ficar ali, neutro. Distante...não pode demonstrar, senão fica suspeito por julgar com sentimento...e o sistema exige de você uma racionalidade.

Outra juíza me disse que quando tem vontade de chorar, sai da sala de audiências, para que ninguém perceba.

HALIS (2010, p. 152-155) expõe em seu trabalho o que denomina de “teoria da racionalização posterior”, que aqui está sendo mobilizada para ajudar a compreender os contrastes entre aquilo que motiva os magistrados em suas razões de decidir e aquilo que, de fato, aparece escrito na decisão judicial. HALIS assim se expressa, definindo o que quer dizer:

A sentença ou o acórdão não expressa as razões ‘reais’ da decisão, mas apenas aquelas socialmente aceitáveis. Por ‘reais’ deve-se entender uma preocupação em pôr a prova os dogmas legais que ‘camuflavam’ uma defasagem entre as formas prescritas de atuação, as justificativas declaradas, e os comportamentos que eram, de fato, adotados pelos juízes. Isto é, envolve as razões ‘efetivas’ da decisão. A ‘teoria da racionalização posterior’ pode ser entendida como o processo de se racionalizar, utilizando fundamentos legais e socialmente aceitáveis, por meio de uma suposta operação lógico-racional consciente,

as decisões que, de fato, foram determinadas primordialmente por elementos subjetivos (preferências pessoais, referências cognitivas particulares, intuição etc. do julgador) não declarados. Pode-se dizer que se fala da motivação em dissintonia com a fundamentação. Pode-se dizer que a primeira (motivação) determina a segunda (fundamentação), porém esta não explicita aquela, seja porque isso violaria a crença na objetividade, seja porque ela afetou o próprio ‘olhar’ do julgador, dirigindo-o de forma inconsciente [...] resta, então, a pergunta: existe imparcialidade ou se está diante de uma racionalização da parcialidade do juiz?

HALIS (2010, p. 154) destaca que, “para o bem ou para o mal”, existe o papel ativo preponderante exercido pela subjetividade do julgador, mesmo que isso não seja expressamente declarado na decisão judicial. Um advogado me disse:

Vejo a questão da decisão de duas formas. Primeiro, o juiz quando quer decidir, ele decide. Se decide ajudar a pessoa, vai buscar no processo formas de garantir e validar isso juridicamente. E outra coisa, o juiz procura direcionar as perguntas na audiência, quando formou sua convicção. E quando as perguntas não são suficientes, ele passa a mudar as respostas pra julgar da maneira que ele quer. Acontece.

Um juiz me explicou didaticamente como o ônus de motivação é importante e como está associado às subjetividades e moralidades do julgador, que vai sempre tomar decisões orientados por esses juízos individuais, mas, por dever de ofício, deve racionalizar isso. Eis o que me disse o magistrado:

Tem um neuro cientista que escreveu um livro com uma história interessante [o livro ao qual o juiz se refere intitula-se “O erro de Descartes” e o cientista, Antonio Damásio]. O sujeito trabalhava numa mina, explodiu um negócio na mina, e o cara foi atingido por um ferro que perfurou sua cabeça. E isso afetou a parte da cabeça dele vinculada aos juízos morais. Ele continuou racionalmente perfeito. Mas o cara perdeu totalmente seus freios morais, o que é inconveniente, enfim, ele perdeu a noção de convivência e conveniência social, perdeu totalmente esse senso. E por causa disso, o cara não conseguia tomar decisões banais na vida dele. Era totalmente incapaz de decidir coisas banais. Então, isso me lembra o positivismo. Aquilo que o positivismo meio que engendra como o juiz ideal, que o positivismo idealiza, que é aquele juiz frio, que analisa fatos e tal, e assim decide racionalmente, na verdade esse cara é incapaz de

proferir uma decisão racional. O frio, o neutro, não consegue tomar decisões racionais. Porque, ao final, toda decisão judicial é, em última instância, uma decisão sobre uma norma de moralidade. Sempre. Então, para o cara ser um bom juiz, conservador, ou progressista, ou qualquer outra coisa, o cara tem de ser capaz de atingir juízos morais. A questão é que como o processo é de racionalização, ele tem de ser capaz de fundamentar racionalmente a conclusão, o juízo moral que ele proferiu. Eu me preocupo muito com esses mecanismos de controle público, pôr no papel os elementos que ao menos conscientemente eu interpreto que interferiram na minha conclusão. Senão, o sistema não funciona democraticamente.

Desde 1935, quando Calamandrei editou a primeira versão do seu clássico “Eles, os juízes, vistos por um advogado”, ele já sustentava aquilo que hoje a dogmática ainda insiste em tentar obscurecer: “em matéria judiciária, o teto pode ser construído antes das paredes” (CALAMANDREI, 1995, p. 177). Quer dizer, “às vezes acontece que o juiz, ao formar a sentença, inverta a ordem normal do silogismo” e “encontre antes a conclusão”. (CALAMANDREI, 1995, p. 176). Traçar o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à conclusão da sentença é visto como ideal, mas, desde 1935, CALAMANDREI (1995, p. 175) já desconfiava (e se perguntava): “mas quantas vezes a fundamentação é uma reprodução fiel do caminho que levou o juiz até aquele ponto de chegada?”. Ele mesmo não tem condições de, com exatidão, explicitar esses motivos.

O dispositivo da sentença (conclusão) não surge “às cegas”, mas nem sempre ele é fruto de rigoroso raciocínio jurídico, sendo, recorrentemente, fruto de “arbítrio”, ou, em outras palavras, como diria CALAMANDREI (1995, p. 177), “a intuição e o sentimento muitas vezes têm um papel bem maior do que parece a quem vê as coisas de fora. Não é por nada, diria alguém, que sentença deriva de sentir.”. (TEIXEIRA MENDES, 2012 e KANT DE LIMA, 2010)

Por mais que o ônus da imparcialidade exija um juiz objetivo, neutro, frio, que julgue sem se condoer, os dados etnográficos e os juristas críticos sugerem que este distanciamento não é possível de se concretizar na vida real. Sentimentos e intuição orientam a tomada de decisão do juiz e tem mais peso do que os tecnicismos e rigores processuais. A motivação acaba se transformando em uma ferramenta de “conceber a posteriori os argumentos lógicos mais aptos a sustentar uma conclusão já sugerida antecipadamente pelo sentimento”. (CALAMAN-

DREI, 1995, p. 178).

O que o dever de ser imparcial faz, então, é simplesmente - para sustentar a crença discursiva - esconder esses valores e sentimentos através da racionalização da decisão judicial, que obscurece os juízos morais que interferem no processo de julgamento. Mas, na realidade, o mecanismo de julgar não ignora as moralidades do ser humano que toma a decisão, por mais que lhe exijam abstração.

Como me disse uma juíza, “a nossa sensibilidade moral” condiciona a nossa razão de decidir.

Ou seja, a sentença é fruto do sentimento ou da sensibilidade do magistrado, mas a sua manifestação escrita não pode expressar esses sentimentos. Ele pode sentir, mas não pode expressar que sentiu. Apesar de ter de motivar e explicitar o caminho da decisão, por dever de ofício, já que a fundamentação é a garantia da imparcialidade!?

Este aparente paradoxo sugere o quanto o nosso sistema é curioso, porque, para sustentar a aparência de imparcialidade, impõe aos seus operadores uma necessária contenção da expressão dos sentimentos que orientam os seus atos, ao mesmo tempo em que os obriga a observar o dever constitucional de motivar esses mesmos atos.

Quer dizer, para parecerem imparciais, os juízes, seres humanos, constituídos de sensações, precisam contê-los na hora de sentenciar, embora sentença venha do verbo sentir!?

Esta parece ser a lógica que conforma o campo jurídico. Entretanto, os casos abaixo narrados demonstram, por contraste, que, embora o sistema pretenda a contenção dos sentimentos e a racionalização das motivações “reais” da decisão, nem sempre os operadores adotam posturas empíricas correspondentes à lógica idealizada do campo e é justamente quando a lógica é superada, que conseguimos observar as incoerências e paradoxos do sistema e, com isso, compreendê-lo melhor.

### **3 ENTRE A SINCERIDADE E A PUNIÇÃO: OS JUÍZES QUE EXPRESSARAM AS SUAS RAZÕES DE DECIDIR**

O primeiro caso refere-se a um juiz de São Paulo que foi punido com a pena de censura pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que é composto por todos os desembargadores que compõem aquele Tribunal. O segundo

caso é mais complexo. O juiz é de Minas Gerais. No âmbito do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais o processo disciplinar proposto contra o juiz foi arquivado. A associação de magistrados foi ao Conselho Nacional de Justiça. No âmbito do CNJ o juiz foi punido. O CNJ afastou o Juiz com pena de disponibilidade compulsória. O juiz foi ao Supremo Tribunal Federal e, em sede de liminar, o juiz obteve a suspensão da pena e o seu retorno à titularidade da vara. Até hoje ainda não foi proferida decisão definitiva, confirmando ou afastando a liminar no âmbito do colegiado do STF. Transcrevo apenas pequenos trechos das decisões.

PRIMEIRO CASO - TJSP - Processo nº 936-07

[...] O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal...15. Para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análises do comportamento deste, ou daquele atleta, com evidente problema de personalidade, ou existencial; desconforto também dos colegas de equipe, do treinador, da comissão técnica e da direção do clube. 16. Precisa, a propósito, estrofe popular, que consagra: 'CADA UM NA SUA ÁREA, CADA MACACO EM SEU GALHO, CADA GALO EM SEU TERREIRO, CADA REI EM SEU BARALHO'. 17. É assim que eu penso... e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo! [...]. (grifos do juiz)

SEGUNDO CASO - TJMG - Trechos extraídos da decisão proferida no STF - Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 30.320

Se, segundo a própria Constituição Federal, é Deus que nos rege - e graças a Deus por isto - Jesus está então no centro destes pilares, posto que, pelo mínimo, nove entre dez brasileiros o têm como Filho daquele que nos rege. Se isto é verdade, o Evangelho dele também o é. E se Seu Evangelho - que por via de consequência também nos rege - está inserido num Livro que lhe ratifica a autoridade, todo esse Livro é, no mínimo, digno de credibilidade - filosófica, religiosa, ética e hoje inclusive histórica. Esta 'Lei Maria da Penha' - como posta ou editada - é, portanto, de uma heresia manifesta. Herética porque é antiética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitu-

cional e por tudo isso flagrantemente injusta. Ora! A desgraça humana começou no éden: por causa da mulher - todos nós sabemos - mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem. Por isso - e na esteira destes raciocínios - dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! À própria Maria - inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como 'Advogada' nossa diante do Tribunal Divino) - Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas, cada uma em seu devido lugar: 'que tenho contigo, mulher!? [...].

Durante o trabalho de campo, muitos interlocutores me disseram que ser imparcial significava se limitar ao que consta no processo, sem considerar fatores "extra autos" na sua condução e na construção da decisão judicial.

"O que não está nos autos não está no mundo" é um dogma do nosso campo. Todos nós ouvimos isto desde os bancos da faculdade. E ele é o dogma que materializa o ideário da imparcialidade judicial. Ele proclama a imparcialidade.

Nos casos estudados [que eu selecionei como representativos da lógica de funcionamento do nosso sistema de decisões judiciais, que visa obscurecer as razões de decidir, traduzindo-as em decisão racional], os juízes explicitaram as suas razões de decidir e expressaram que nem sempre as decisões judiciais são fruto apenas de interpretações jurídicas ou, talvez, que a forma de interpretar o jurídico esteja perpassada por moralidades pessoais, que o sistema prefere obscurecer.

Nos casos concretos, os juízes expressaram suas motivações e moralidades e, por causa disso, foram punidos. Será que se eles tivessem "traduzido" as suas razões de decidir em princípios jurídicos ou precedentes jurisprudenciais teriam sido punidos? Foram eles ingênuos ao desconhecerem que o sistema não pretende a revelação das "motivações ideológicas das sentenças"? (PORTANOVA, 2003).

Utilizo-me dos casos para problematizar o que me parece ser um paradoxo do nosso sistema. De um lado, os magistrados têm o dever de motivar suas decisões e explicitar suas razões de decidir. De outro lado, não podem fazer isso "de qualquer jeito". É preciso obscurecer razões pessoais, a fim de "fazer parecer" uma suposta imparcialidade que precisa ser preservada, ainda que apenas "no papel".

A lealdade dos magistrados consiste, então, em escrever na sentença os fundamentos verdadeiros que os levaram a decidir de tal forma ou a fundamentação

oficial tem de ser “um biombo dialético para ocultar os móveis verdadeiros, de caráter sentimental ou político, que levaram o juiz a julgar” de determinado modo? (CALAMANDRE, 1995, p. 191).

CRUZ E TUCCI (1998, p. 72) fala expressamente que os “verdadeiros fundamentos não vêm expressos na sentença judicial, mas se encontram velados no espírito do julgador [...] vem do sentimento do juiz”.

Um juiz entrevistado por KHALIL (2011, p. 262) lhe disse: “Eu não externo. O juiz não escreve tudo o que pensa. Duvido que algum juiz ponha em seus autos todo o seu pensamento. O que o juiz externa, digamos assim, é uma apresentação mínima dos fundamentos do seu julgamento. Não é o todo.”. (grifos do autor).

ARAÚJO (2002, p. 62), em seu livro sobre “a parcialidade dos juízes” é preciso:

Não raro, a verdadeira motivação de decidir não está no papel, mas apenas no coração do julgador, com inspiração na simpatia ou antipatia com que ele tenha colhido determinada prova, postura de quem a forneceu, grau de interesse que possa ter por certo tipo de causa, ou mesmo desinteresse que tenha pela causa etc.. Existem meandros na alma do julgador que não permitem que seus sentimentos fiquem à mostra, mas que são capazes de desencadear julgamentos injustos, em razão da parcialidade, que se sabe existir, embora não se possa provar.

Por isso, o título referencia Bourdieu (1983). Neste caso, “o que não dizer, quer dizer”?

Ao que parece, os dados demonstram que o sistema tem um discurso explícito e outro implícito, ambos contraditórios entre si; ou talvez, ambos conformadores de um sistema diferente daquele idealmente posto.

De um lado, o sistema enuncia que os juízes têm o dever de motivar as decisões judiciais, explicitando as razões de decidir, porque é assim que se controla democraticamente a jurisdição. De outro lado, no entanto, o mesmo sistema sugere aos mesmos juízes que se controlem na expressão dessa motivação, porque, em nome da aparência de imparcialidade, é preciso ter cautela na motivação das decisões judiciais e, para tanto, a punição dos magistrados referenciados foi exemplar na tradução da lógica que pretendi pôr sob descrição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS: MAIS PERGUNTAS, MENOS RESPOSTAS

“Cada juiz é um poder judiciário.”. E os juízes são “profundamente afetados por sua concepção de mundo [...] valores ocultos inspiram a decisão judicial.”. (PORTANOVA, 2003, p. 15-16).

Embora esta máxima seja “óbvia”, como se dizia entre meus interlocutores, no sentido de que “todo mundo sabe que existem razões ocultas nas razões de decidir”, é certo que o sistema trabalha com mecanismos de defesa da explicitação dessa realidade, a fim de manter viva outras crenças que o sustentam, como a crença no controle democrático da jurisdição e de sua imparcialidade.

Explicitamente, mesmo que a crença na imparcialidade tente invisibilizar sentimentos, emoções e subjetividades, é certo que as moralidades dos magistrados integram a decisão judicial. E, para além disso, mesmo que haja mecanismos de racionalização que impeçam que essa motivação “real” seja expressa no papel em que a sentença é impressa, aparecendo traduzida a partir de outros arranjos retóricos, é certo que as moralidades das razões de decidir estarão na decisão, quer vejamos, ou não.

Obscurecer os sentimentos que motivam a decisão judicial é uma defesa do campo ao controle da imparcialidade do juiz. A opressão dos sentimentos trabalha a serviço da manutenção da crença da imparcialidade.

Nessa linha, os casos concretos eleitos como representativos da problemática explorada no texto são exemplares, no sentido de que expressam o paradoxo do nosso sistema de decisões judiciais, que, de um lado, exige a explicitação das razões de decidir, mas, de outro, tolhe a efetiva demonstração das motivações pessoais que eventualmente orientam magistrados na tomada das decisões.

Essa coerência [um tanto incoerente] do sistema demonstra que os limites impostos aos magistrados na expressão das razões de decidir põem em xeque a crença de que o controle democrático da jurisdição se faz através da fundamentação das decisões proferidas pelo Judiciário. Jogando com as palavras, é como se acreditássemos em um controle que não controla.

No final, é como se os dados empíricos nos chamassem à seguinte reflexão [escancarando também uma nítida contradição]: existe um mundo incontrollável que está dentro do juiz e que está fora dos autos. A única forma possível de acionar esse mundo interno é permitir e legitimar que os próprios magistrados externem esse mundo em suas decisões judiciais. Ocorre que, esse exercício pode

explicitar eventuais parcialidades na jurisdição e essa crença é um dogma que o sistema não pretende confrontar. Assim, fica mais fácil, ao menos teoricamente, manter a lógica aparentemente funcionando. Todos acreditam e reproduzem que a fundamentação das decisões judiciais é o controle democrático do Judiciário e que a imparcialidade sustenta a ideia da jurisdição. Eventuais magistrados que fujam a essa lógica são exemplarmente punidos, mantendo-se, assim, a conformação do campo e o conforto que só mesmo o mundo das crenças pode oferecer aos crédulos.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **A parcialidade dos juízes**. Campinas: Edicamp, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero. 1983. pp. 75-88;

\_\_\_\_\_. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

CABRAL, Antonio. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo - IBDP**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 149, pp. 339-364, jul. 2007.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. **Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Do relacionamento juiz-advogado como motivo de suspeição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, v. 756, pp. 69-76, out. 1998.

DUARTE, Fernanda. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Orgs.). **Direito Processual em debate**. Niterói: Editora da UFF, 2010, pp. 91-108.

FRIEDE, Reis. **Vícios de capacidade subjetiva do julgador: do impedimento e da suspeição do magistrado (no processo civil, penal e trabalhista)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes? O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2010.

KANT DE LIMA, Roberto. **Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada**. Anuário Antropológico, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, v. 2009-2, pp. 25-51, 2010.

KHALIL, Antoin Abou. **A personalidade do juiz e a condução do processo**. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2013.

MARTINS, José Renato Silva. **O Dogma da Neutralidade Judicial: sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MAUSS, Marcel. **Ensaio de sociologia**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

NALINI, José Renato. **A humildade do Juiz**. Disponível em: <<http://portal.tjro.jus.br/documents/18/24335/A+HUMILDADE+DO+JUIZ.pdf>>. Acesso em: 10. Nov. 2012.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**. Legislação, Doutrina e interpretação de Juízes brasileiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

## CUMPRIMENTO DA POLÍTICA DE REGISTRO PARA CONFLITO DE INTERESSE DA REVISTA AREL

A autora informa que há 4 páginas no texto que são do resumo expandido “O que falar quer dizer e o que não dizer quer falar? Entre os explícitos e os implícitos das razões de decidir” elaborado pela própria autora. O documento foi apresentado oralmente no IV Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (IV EPED), realizado entre os dias 8 e 12 de setembro de 2014 na Universidade de Brasília (UnB), na MESA 3 do evento, denominada “PODER JUDICIÁRIO: para dentro e para fora das decisões judiciais”.

O evento foi organizado pela Rede de Pesquisa Empírica em Direito (Reed) em parceria com o Laboratório de Estudos Interdisciplinares sobre Acesso à Justiça e Direito nas Américas (LEIJUS) e com o apoio da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ).

Dada a informação da autora, o Conselho Editorial da Revista AREL FAAR em sua ATA 02/2015, foi favorável a manter nessa edição o artigo aprovado regularmente com louvor e sem alterações como sinalizado por dois pareceristas “ad hoc” doutores, em avaliação cega e por considerar que o resumo expandido tinha 4 páginas, o que representa em quantitativo de apenas 18,18%.

A decisão é fundada no fato do quantitativo de texto idêntico ser em percentual inferior a 20%, o que classifica o documento como obra inédita pelo Colegiado de Editores e Especialistas em propriedade intelectual - segmento de Ciências Sociais Aplicadas do 4th World Conference on Research Integrity (<http://www.wcri2015.org/>). Reunião Científica ocorrida no Rio de Janeiro nas dependências do Windsor Barra Hotel Avenida Lucio Costa, 2630 - Barra da Tijuca - Phone: (21) 2195-5000, Fax: (21) 2195-5050, na Barra da Tijuca, do qual participaram dois Conselheiros da Revista AREL FAAR com suas despesas financiadas pela FAECA, visando o desenvolvimento do periódico e o cumprimento de sua missão.

A ATA 02/2015 registra: “É permitido a qualquer autor construir uma nova pesquisa com base em dados obtidos em pesquisa anterior desde que seja comprovada a evolução da primeira para a segunda ou terceira investigação.

No caso em questão, autoriza-se a publicação desse artigo, pois o documento submetido contém o quantitativo de 81,82% de informações novas e adequadas, o que prova a evolução da pesquisa, a inovação e a atualidade do trabalho. “Nos termos do 4th World Conference on Research Integrity, este colegiado vota por considerá-lo como uma publicação inédita.”

Artigo recebido em: 25.07.2015

Revisado em: 10.08.2015

Aprovado em: 14.09.2015

# INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAr - *Amazon's Research and Environmental Law*

## MISSÃO

A Revista é de titularidade do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Sua missão é publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico, estabelecida em dezembro do ano de 2012, após aprovação no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

## OBJETIVO DA REVISTA

O objetivo da Revista AREL FAAr - Amazon's Research and Environmental Law é a interrelação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral dos profissionais da área. Para efetivar o seu objetivo, buscam-se articulistas e/ou pesquisadores que investiguem as possíveis formas em que o Direito possa contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

## LINHAS EDITORIAIS

Projeta o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas editoriais:

### **Linha Editorial I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade.**

Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento empresarial, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social e ambiental.

### **Linha Editorial II - Direitos Fundamentais e suas dimensões.**

Estudam-se as correlações e contribuições possíveis entre os Direitos Fundamentais e a realização da cidadania.

As linhas editoriais desenvolvidas pela Revista, por vezes, buscam o vértice comum entre elas. Nesse caso, discute-se: os aspectos fenomenológicos da em-

presa e as características da sociedade onde se insere; e os efeitos da ineficácia social do Direito, a exclusão social e jurídica e a relação à dignidade da pessoa humana com a sustentabilidade, procurando contribuir de alguma forma para as discussões científicas em torno do exercício do poder político e da Justiça.

## FORMATO DOS NÚMEROS DA REVISTA

Todos os números deverão publicar, no mínimo, cinco artigos científicos, que versem sobre as linhas editoriais: I - Empresa, sociedade e sustentabilidade; II - Direitos Fundamentais e suas dimensões, ou o seu cruzamento.

A Revista prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos científicos, resenhas e análise de jurisprudências. A Revista é disponibilizada na plataforma OJS, de forma a facilitar aos leitores o acesso ao seu conteúdo.

A Revista pode publicar, se houve interesse científico institucional: resumo de teses e dissertações; traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa; relatórios de pesquisa, na forma de Empirical Research Review, estudos estatísticos ou estudo de casos; debates científicos; comentários jurídicos; transcrição de palestras, e outros relevantes à área do Direito, desde que seja regulamentado o *modus operandi*.

## PROCEDIMENTOS PARA PUBLICAÇÃO OU DIRETRIZES AOS AUTORES

A Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, recebe ARTIGOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS, RESENHAS e ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS, com as seguintes características:

### 1. Redação - Diretrizes básicas

1.1. A redação da produção bibliográfica, quando em nosso idioma, deve estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa e quando em língua inglesa deve estar em conformidade com as respectivas regras ortográficas;

1.2. As produções bibliográficas podem ser publicadas em português ou inglês.

1.3. As referências nacionais ou estrangeiras devem ser consistentes e mostrar o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema.

## 2. Elementos estruturadores básicos

2.1. Os artigos deverão ser inéditos e atuais, escritos em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract (resumo em inglês), keywords (palavras -chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (dividido em itens numerados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética).

2.2. O título do artigo deve estar em português e em inglês, centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16;

2.2.1. Os subtítulos, quando existirem, devem ser concisos e vir claramente indicados - fonte 12.

2.3. Os capítulos, subcapítulos e demais subdivisões do artigo devem estar em letras minúsculas, em negrito, numerados de forma progressiva - fonte 12.

2.4. O artigo deve conter 'Resumo' em português e 'Abstract' em inglês, ressaltando no conteúdo do texto os objetivos, a metodologia e a síntese das considerações finais. Fonte times new roman, corpo 11, espaçamento simples (1,0), máximo de 200 palavras.

2.5. O artigo deve indicar de três a cinco palavras-chave, podendo conter expressões representativas do tema, em português e inglês, refletindo as ideias elementares do texto e que possam auxiliar a pesquisa de terceiros interessados.

2.6. As resenhas poderão ser críticas ou descritivas de obras na língua portuguesa ou inglesa pertinentes às linhas editoriais da Revista.

2.6.1. Deverão ser inéditas e atuais, escritas em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título em português e inglês da obra em análise, elaboração de texto no formato de dissertação contendo: introdução, desenvolvimento e conclusão em texto corrido, podendo ter ou não referências (não numerada e em ordem alfabética); deve indicar as palavras-chave da obra analisada.

2.6.2. O título da obra deve estar centralizado na página e na forma apresentada na ficha catalográfica da obra analisada, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

2.7. As análises de jurisprudências deverão atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract

(resumo em inglês), keywords (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (apresentando e analisando os julgados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

2.7.1. O título da análise de jurisprudências deve estar em português e inglês (conforme o caso), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

### **3. Outras regras de formatação**

3.1. Os artigos devem ter no mínimo 10 e no máximo de 30 páginas;

3.2. As resenhas e as análises jurisprudenciais devem ter no mínimo 2 e no máximo 10 páginas.

3.3. Os artigos, as resenhas e as análises de jurisprudências devem ser digitados no editor de texto Microsoft Word, em formato A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical, fonte Times New Roman, corpo 12; alinhamento justificado (sem separação de sílabas), com espaçamento entre linhas de 1,5 cm.

3.4. O Layout da página deve ter margens superior e inferior de 2,5 cm e margens esquerda e Direita de 3,0 cm.

3.5. O parágrafo deve ter espaçamento posterior e anterior de 0 ponto. O recuo dos parágrafos deve ter 1,25cm.

3.6. Quando for necessária a utilização de siglas e abreviaturas, estas deverão ser introduzidas entre parênteses, logo após o emprego do referido termo na íntegra quando do seu primeiro aparecimento no texto. A partir da primeira menção o autor poderá utilizar somente a sigla ou abreviatura. As siglas e abreviaturas inseridas em tabelas ou ilustrações devem possuir definição nas suas respectivas legendas.

### **4. Referências, Notas e Citações**

4.1. As referências deverão conter todos os dados necessários à identificação das obras e estar em ordem alfabética da primeira letra do sobrenome do autor e constar em lista não numerada no final do artigo. No artigo o item deve ser denominado “Referências”, seguindo as normas vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT - NBR 6023 - Informação e Documentação - Referências - Elaboração. / Ago. 2002).

4.1.1. As referências de obras e documentos consultados devem ser feitas

apenas se efetivamente tiverem sido citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

4.2. As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 - Informação e Documentação - Citações em documentos - Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se preferencialmente o sistema autor-data.

4.2.1. Se houver mais de uma obra do mesmo autor citado no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Nunes (2013a). A organização alfabética será a do nome dos artigos ou obras do autor naquele mesmo ano.

4.3. As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

4.4. Os artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer ao limite de 200 palavras para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações deverá ser encaminhado para análise acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original endereçada ao autor, especialmente para o artigo submetido à Revista.

4.5. As citações textuais pequenas (de até três linhas) deverão ser inseridas no corpo do artigo, entre aspas duplas e sem itálico. As citações textuais longas (com mais de três linhas) devem ser destacadas em parágrafo independente com recuo de 4 cm da margem esquerda, com corpo 11, com o espaçamento simples, sem aspas.

## 5. Submissão

5.1. Os artigos, resenhas e análises de jurisprudências devem ser submetidos a revisão de linguagem e digitação, além de constar a data de sua elaboração antes de serem encaminhados para a Revista.

5.2. Cada autor (individualmente ou em coautoria) poderá submeter apenas um artigo por ano na Revista.

5.2.1. A coautoria é limitada ao máximo de dois autores;

5.3. O arquivo submetido pelo autor (Artigos Nacionais ou Estrangeiros, Resenhas e Análise Jurisprudenciais) deve ser apresentado sem a identificação do(s) autor(es) no corpo do trabalho.

5.4. Em arquivo apresentado na plataforma OJS, junto com a autorização expressa para publicação, os autores de textos (individuais ou em coautoria) deverão indicar, o nome completo, o nome e a sigla da instituição a qual estão ligados, sua unidade e departamento, cidade, estado, país, cargo, endereço eletrônico para correspondência (e-mail), bem como o endereço completo e telefones de contato.

5.5. O arquivo submetido não poderá estar sob avaliação para publicação em outro periódico e nem durante o processo de avaliação da Revista, sob pena de ser desclassificado.

5.6. Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. O conteúdo do artigo assinado não reflete a opinião da Revista.

5.7. No momento da submissão da produção bibliográfica à Revista, haverá a concordância da declaração de cessão de direitos autorais na plataforma OJS.

5.8. O envio das produções bibliográficas será considerado como participação voluntária e gratuita dos autores, com os direitos autorais cedidos para a Revista.

5.9. Os autores devem preencher as condições de submissão especificadas nestas diretrizes para terem os seus trabalhos avaliados.

5.10. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação de seus artigos, análises jurisprudenciais ou resenhas através de e-mail.

5.11. As submissões em deacordo com as normas, bem como a identificação incompleta dos autores, sem a inclusão do nome da instituição, unidade, departamento, cidade, Estado e país serão devolvidas para as devidas retificações antes do processo de avaliação.

5.12. A produção bibliográfica para publicação na Revista pode ser submetida em fluxo contínuo ou atendendo as datas especificadas pela CHAMADA DE PUBLICAÇÃO.

## **NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS À REVISTA OU PARA A SUBMISSÃO ONLINE**

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar e declarar na plataforma OJs a conformidade de sua submissão em relação a todos os itens listados acima (procedimentos para publicação ou diretrizes aos autores) e listados abaixo (formulário eletrônico da plataforma OJs):

1. A contribuição deve ser original e inédita, e não foi publicada em anais de

congresso, seminários, colóquios ou similares e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deverá justificar em “Comentários ao editor”.

2. O arquivo da submissão deve estar em formato Microsoft Word ou RTF.

3. O autor é responsável pelo preenchimento na plataforma OJs, no campo solicitado, da indicação de financiamento da pesquisa vinculada à produção bibliográfica submetida à Revista.

4. Os URLs para as referências devem ser informados, quando possível.

5. O texto deve seguir os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores.

6. As instruções de anônimo do arquivo submetido devem assegurar a avaliação Double Blind Peer Review .

7. A Declaração de Direito Autoral deve conter a autorização de publicação e cessão de direitos autorais.

8. A cessão de direitos autorais não gerará ônus para a Revista, ou seja, não haverá pagamento pela utilização do material submetido. O autor compromete-se a assegurar o uso e gozo da obra à Revista, que poderá explorá-la com exclusividade nas edições que fizer.

9. O autor tem ciência de que:

a) A publicação desta obra poderá ser recusada, caso o Conselho Editorial da Revista não considere conveniente sua publicação, seja qual for o motivo. Este cancelamento não acarretará responsabilidade a qualquer título por parte do Conselho Editorial; e

b) Os editores, juntamente com o Conselho Editorial, reservam-se o direito de modificar o texto - quando necessário, sem prejudicar o conteúdo -, com o objetivo de uniformizar a apresentação dos materiais publicados.

## **PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA ANÁLISE (DOUBLE BLIND PEER REVIEW), APROVAÇÃO E PUBLICAÇÃO**

1.1. Todas as produções bibliográficas serão avaliadas pelo sistema Double Blind Peer Review, salvo as submissões que não estiverem de acordo com as normas de publicação ou diretrizes aos autores, que serão devolvidas para as devidas retificações antes de iniciar o procedimento de submissão aos avaliadores.

1.2. Todos os arquivos serão analisados por 02 (dois) pareceristas externos ad hoc, bem como pelo Conselho Editorial. E, em caso de controvérsia, haverá análise de um terceiro parecerista ad hoc.

1.2.1 Todos os pareceristas ad hoc e os conselheiros pertencentes à Revista são professores doutores.

1.3. Os pareceres emitidos pelos pareceristas ad hoc são elaborados no formato do formulário disponibilizado na Revista dentro da página das “Diretrizes aos Autores”, disponível no endereço: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/manager/previewReviewForm/1>>.

1.3.1. Na avaliação dos pareceristas ad hoc são observados os seguintes critérios:

a) Fundamentação teórica e conceitual adequada ao tema escolhido; relevância e pertinência e atualidade no tema objeto da submissão; consistência metodológica de pesquisa e o cumprimento da lista de diretrizes aos autores - normas da ABNT e das normas específicas da Revista; e formulação do artigo em linguagem correta, clara e concisa nos idiomas português e inglês.

1.3.2. O resultado da avaliação apontará se a produção bibliográfica será:

a) aceita sem restrições; b) aceita com proposta de alteração; e c) rejeitada.

1.4 A decisão dos pareceristas ad hoc, escolhidos pelo Conselho Técnico Científico, será submetida ao Conselho Editorial para referendo ou não.

1.4.1 A decisão do Conselho Editorial será por maioria dos presentes, com o quorum mínimo de dois conselheiros, não incluindo o Presidente e o Vice-Presidente, pois ambos são vedados de votar nas reuniões do colegiado.

1.4.2. A convocação das reuniões do Conselho Editorial será feita via e-mail pelo Presidente ou Vice-Presidente do Conselho Editorial, obrigatoriamente 15 dias antes de sua realização.

1.4.3. As reuniões do Conselho Editorial serão realizadas nas dependências do IESUR/FAAr ou no ambiente virtual, por meio da ferramenta de vídeo ou teleconferência do Skype, Hangouts ou similares.

1.4.3.1. Os termos das atas das reuniões do Conselho poderão ser transcritos ou gravados.

1.4.3.2. Compete ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Conselho Editorial a relatoria das atas das reuniões.

1.4.4. O colegiado decidirá, entre os artigos avaliados e aceitos pelos pareceristas ad hoc, quais serão publicados nos números dos volumes da Revista ,

por estarem de acordo com a missão, o objetivo e as linhas editoriais, além de conferir se:

a) o autor preencheu o termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o artigo, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional; b) a declaração de cessão de direitos autorais; e c) a autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou texto no percentual de mais de 200 palavras de obra publicada no sistema OJS.

1.4.5. Após as deliberações, para cada artigo submetido e previamente avaliado pelos pareceristas ad hoc, três decisões podem ser emitidas pelo Conselho Editorial da Revista, gerando os seguintes efeitos:

a) “Aceitação sem restrição” - o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado um resumo do teor das decisões dos pareceristas ad hoc e do Conselho Editorial;

b) “Aceitação com proposta de alteração”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado o teor dos pareceres, incluindo as propostas de alterações ou qualquer outra sugestão cabível a melhoria do conteúdo e da forma do artigo, preservando o anonimato. b.1) Os arquivos que necessitarem de modificações serão devolvidos aos autores, com as respectivas sugestões para alteração; e b.2) As alterações solicitadas são de responsabilidade exclusiva do autor e serão novamente submetidas aos pareceristas ad hoc que sugeriram as propostas de alterações.

c) “Rejeição”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será declarado o não interesse em publicar, preservando o anonimato. c.1) A Revista reserva-se o direito de não avaliar e rejeitar ad nutum os trabalhos enviados fora das linhas editoriais.

1.5. Havendo a submissão de produção bibliográfica por qualquer parecerista ad hoc ou membro dos Conselhos Editorial ou Técnico Científico, é obrigatória a comunicação do fato aos conselheiros por e-mail, em data anterior ao prazo de submissão.

1.5.1 Neste e-mail, o autor submetente declarará que se subordina a todos os procedimentos da Revista e à decisão final de publicação ou não.

1.5.2 Nesse caso, ficará suspensa a participação do autor submitente em qualquer ato interno do número da Revista onde pretenda ter o seu artigo publicado, sob pena de declassificação por conflito de interesse.

## 2. Publicação

2.1. Após o processo de avaliação, serão publicadas as produções bibliográficas que forem aprovadas pelos pareceristas “ad hoc” e referendadas pelo Conselho Editorial, em colegiado, por voto da maioria dos presentes.

2.2. Se a produção bibliográfica for aceita para publicação, a mesma será publicada com a identificação do autor próximo ao título contendo a sua titulação, a filiação institucional, cidade, estado e país.

2.2.1. Ao nome do autor, será incluída nota de rodapé para constar o nome e a sigla da instituição a qual está ligado, cargos e demais atuações do autor, além do endereço eletrônico para correspondência (e-mail).

2.2.2. Solicita-se ao autor que preencha na versão completa o formulário de cadastramento no sistema na plataforma OJS e mantenha o seu CV Lattes atualizado.

## CHAMADA PÚBLICA PARA PUBLICAÇÃO NO NÚMERO 2 VOLUME 3 DA REVISTA AREL FAAR

Embora a Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, seja de fluxo contínuo, o seu Conselho Editorial, está recebendo artigos para o número 2 volume 3, que serão publicados em maio deste ano.

As temáticas estão vinculadas à área de concentração da Revista “Direito Público Contemporâneo” e às Linhas de pesquisa “Empresa, sociedade e sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas dimensões”.

Os interessados devem submeter seus artigos até o dia 30 de março de 2014 pelo endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php>.

Os artigos deverão estar em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as regras específicas da Revista apresentadas no referido endereço eletrônico.

## PARECERISTAS

**Álvaro de Oliveira Azevedo Neto**

Doutor em Direito  
Faculdade Boa Viagem  
Recife - Pernambuco (PE) - Brasil

**Ana Alice de Carli**

Doutora em Direito  
Universidade Federal Fluminense - Campus Volta Redonda  
Volta Redonda - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Bárbara Gomes Lupetti Batista**

Doutora em Direito  
Univerisdade Veiga de Almeida  
Rio de Janerio - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Célia Barbosa Abreu**

Doutora em Direito  
Universidade Federal Fluminense - Campus Sede  
Niterói - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Cláudia Ribeiro Pereira Nunes**

Doutora em Direito  
Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil

**Germana Parente Neiva Belchior**

Doutora em Direito  
Faculdade Sete de Setembro - FA7  
Fortaleza - Ceará (CE) - Brasil

**David Augusto Fernandes**

Doutor em Direito  
Universidade Federal Fluminense - Campus Macaé  
Macaé - Rio de Janeiro (RJ) -Brasil

**Martha Asunción Enriquez Prado**

Doutora em Direito  
Universidade Estadual de Londrina  
Londrina - Paraná (PR) - Brasil

**Nilton César Flores**

Doutor em Direito

Universidade Estácio de Sá

Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Nivaldo dos Santos**

Doutor em Direito

Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Universidade Federal de Goiás

Goiania - Goiás (GO) - Brasil

**Patrícia Maria Dusek**

Doutora em Direito

Universidade Castelo Branco - Campus Sulacap

Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Rafael Mario Iorio Filho**

Doutor em Direito

Universidade Estácio de Sá

Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Renata Guimarães Franco**

Doutora em Direito

Faculdades Integradas do Norte de Minas da Associação Educativa do Brasil

Montes Claros - Minas Gerais (MG) - Brasil

**Rosângela Maria Pereira**

Doutora em Direito

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro

Pinheral - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Zoraide Amaral**

Doutora em Direito

Centro Universitário de Barra Mansa - Campus Cicuta

Volta Redonda - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

## **POLÍTICA DAS PESQUISAS COM SERES HUMANOS - COMITÊ ÉTICO DE PESQUISA**

No caso do resultados de uma pesquisa com seres humanos tornar-se um relatório ou artigo ofertado a este periódico, deve(m) o(s) autore(s) anexar(em) o documento da Comitê da Ética na Pesquisa (CEP) da instituição onde a pesquisa foi realizada no momento em que realizarem a submissão online, preferencialmente na área dos anexos ou metadados da pesquisa.

Se o projeto de pesquisa com seres humanos não tiver sido comprovadamente analisado por alguma CEP, o Editor-Chefe de esta Revista reserva-se ao direito de solicitar ao autor o preenchimento dos dados de sua pesquisa na Plataforma Brasil para tramitar na CEP do IESUR/FAAr o projeto, o protocolo e o resultado da pesquisa já realizada, antes de encaminhar o documento para os pareceristas "ad hoc".

No caso do parecer da CEP do IESUR/FAAr consubstanciado por escrito aprovar o protocolo, este seguirá os tramites regulares estabelecidos neste periódico. Se aprovar com proposta de alteração ou sugestão, a propositura para publicação estará suspensa até a comprovação do cumprimento das exigências da CEP do IESUR/FAAr.

No caso do parecer da CEP do IESUR/FAAr consubstanciado por escrito, rejeitar o protocolo o protocolo, a submissão será entendida como não existente e o arquivo imediatamente devolvido ao autor.

Para maiores esclarecimentos do "modus operandi" da CEP do IESUR/FAAr, acesse a pagina da CEP do IESUR/FAAr, disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/comite-etica-pesquisas-seres-humanos-cep.php>>.