

# **CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER**

## **PRESIDENTE**

Wilson Picler

## **REITOR**

Prof. Dr. Benhur Etelberto Gaio

## **PRÓ-REITOR DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO**

Prof. Dr. Nelson Pereira Castanheira

## **CURSO DE MESTRADO EM DIREITO: “ESTADO, PODER E JURISDIÇÃO” COORDENADOR DO PROGRAMA**

Prof. Dr. Daniel Ferreira

## **COORDENAÇÃO DE PESQUISA E PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS**

Profa. Dra. Desiré Luciane Dominschek

## **EDITORAÇÃO**

Coordenação de Pesquisa e Publicações Acadêmicas

Publicação Oficial do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER Rua Luiz Xavier, 103 - Centro, Curitiba - PR, 80021-980.

Telefone/fax: +55 (41) 2102-3470 Homepage: <https://www.uninter.com/iusgentium/>

Solicita-se permuta.  
*We ask for exchange.*  
*Se pide canje.*  
*On demande l'échange.*  
*Wir bitten um austausch.*  
*Oni petas intersangam.*  
*Si richiede lo scambio.*

Revista Ius Gentium / Centro Universitário Internacional Uninter.  
ano. 14, n. 2 (jul./dez. 2023) - Curitiba: Uninter, 2023.

Periodicidade semestral.

ISSN 2237-4965

1. Direito. 2. Ciências Sociais.

CDD 340 (20. ed.)

**EDITOR-CHEFE:** Prof. Dr. Walter Guandalini Junior

**EDITOR-ADJUNTO:** Prof. Dr. Jailson de Souza Araújo

### **Endereço para correspondência / mailing address:**

**REVISTA IUS GENTIUM / CHEFIA-EDITORIAL**

R. Luiz Xavier, 103, 3º andar, Centro, Curitiba - PR, 80021-980, Brasil

Telefone/fax: +55 (41) 2102-3470

[walter.g@uninter.com](mailto:walter.g@uninter.com)

## **Conselhos consultivo e editorial**

**Aline Virgínia Medeiros Nelson** (UFRN, Natal, RN, Brasil)  
**Alvacir Alfredo Nicz** (PUCPR, Curitiba, PR, Brasil)  
**André Peixoto de Souza** (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)  
**André Pires Gontijo** (CEUB, Brasília, DF, Brasil)  
**Carlos Mário da Silva Velloso** (UnB, Brasília, DF, Brasil)  
**Celso Luiz Ludwig** (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)  
**Daniel Francisco Nagao Menezes** (Universidade Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil)  
**Daniel Oitaven Pamponet Miguel** (UFBA, Salvador, BA, Brasil)  
**Dimitri Dimoulis** (FGV-SP, São Paulo, SP, Brasil)  
**Doacir Gonçalves Quadros** (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)  
**Eduardo Biacchi Gomes** (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)  
**Eduardo Vera-Cruz Pinto** (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)  
**Elias Kallás Filho** (FSDM, Pouso Alegre, MG, Brasil)  
**Estefânia Maria de Queiroz Barboza** (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)  
**Fabio Queiroz Pereira** (UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil)  
**Fabrizio Fracchia** (Università Bocconi, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Itália)  
**Francesco Rubino** (Université Paris X – Nanterre, Paris, França)  
**Fauzi Hassan Choukr** (IBCCRIM, São Paulo, SP, Brasil)  
**Felipe da Veiga Dias** (Faculdade Metodista Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil)  
**Floribal de Souza Del’Olmo** (Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Erechim, RS, Brasil)  
**Francisco Rezek** (CEUB, Brasília, DF, Brasil)  
**Ingo Wolfgang Sarlet** (PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil)  
**Gustavo Rabay Guerra** (UFPB, João Pessoa, PB, Brasil)  
**Ives Gandra da Silva Martins** (Universidade Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil)  
**Jailson de Souza Araújo** (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)  
**Jânia Maria Lopes Saldanha** (UFSM, Santa Maria, RS, Brasil)  
**Jorge Miranda** (Universidade Católica Portuguesa, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)  
**José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior** (PUC Minas, Belo Horizonte, Brasil)  
**Kafft Kosta** (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)  
**Leonardo Martins** (UFRN, Natal, RN, Brasil)  
**Leonardo Mercher Coutinho Olímpio de Melo** (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)  
**Luciano Vaz Ferreira** (FURG, Rio Grande, RS, Brasil)  
**Luiz Edson Fachin** (Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Brasil)  
**Manoel Alexandre Cavalcante Belo** (UFPB, UNIPÊ, João Pessoa, PB, Brasil)  
**Marcelo Nuno Duarte Rebelo de Sousa** (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)  
**Marcílio Toscana Franca Filho** (UFPB, João Pessoa, PB, Brasil)  
**Maria Cristina Zainaghi** (UniNove, São Paulo, SP, Brasil)  
**Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha** (CEUB, Brasília, DF, Brasil)  
**Mário Lúcio Quintão Soares** (PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil)  
**Martonio Mont’Alverne Barreto Lima** (Unifor, Fortaleza, CE, Brasil)

**Nadia de Araújo** (PUC-Rio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)  
**Orides Mezzaroba** (UFSC, Florianópolis, SC, Brasil)  
**Otto Pfersmann** (Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, Paris, França)  
**Paulo Sérgio de Almeida Corrêa** (PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil)  
**Pietro de Jesús Lora Alarcón** (PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil)  
**Renata Alvares Gaspar** (PUC-Campinas, Campinas, SP, Brasil)  
**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug** (UNINOVE, São Paulo, SP, Brasil)  
**Sidney Guerra** (UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)  
**Stefania Becattini Vaccaro** (UEMG, Belo Horizonte, MG, Brasil)  
**Suelen da Silva Webber** (Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil)  
**Susana Borrás Pentinat** (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha)  
**Vladmir Oliveira da Silveira** (UNINOVE, São Paulo, SP, Brasil)  
**Walter Claudius Rothenburg** (Instituição Toledo de Ensino, Toledo, PR, Brasil)  
**Zulmar Fachin** (UEL, UniCesumar, Londrina, Maringá, PR, Brasil)

#### **Professores convidados**

**Alexandre Almeida Rocha** (UEPG, Ponta Grossa, PR, Brasil)  
**Ana Carolina Figueiró Longo** (CEUB, Brasília, DF, Brasil)  
**Ana Flávia Velloso** (CEUB, Brasília, DF, Brasil)  
**Débora Costa Ferreira** (Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil)  
**Fernanda Bomtempo Valadares Guimarães de Lima** (FUMEC, Belo Horizonte, MG, Brasil)  
**Ludmila Andrzejewski Culpi** (NEPRI/UFPR, Curitiba, PR, Brasil)  
**Noyelle Neumann das Neves** (OAB-PR, Curitiba, PR, Brasil)

## EDITORIAL

O novo número da Revista *Ius Gentium* dá continuidade às mudanças iniciadas este ano, com a renovação do seu projeto gráfico e diagramação. Além disso, as alterações no nível de classificação da revista junto ao sistema Qualis Periódicos e o novo perfil acadêmico do corpo editorial acabam inadvertidamente modificando o perfil acadêmico dos pesquisadores interessados em enviar seus trabalhos, o que promove um deslocamento de conteúdo dos debates apresentados em relação às edições anteriores.

Seguindo o exemplo do número anterior, também este inicia com importantes pesquisas histórico-jurídicas: a começar pelo trabalho teórico-metodológico de Stéfano Gonçalves Lima e Gustavo César Machado Cabral, que reflete sobre a metodologia da pesquisa jus-histórica a partir do pensamento de Paul Veyne; em seguida, Gustavo Guth apresenta os resultados de sua pesquisa sobre a regulação jurídica do ambiente urbano de Curitiba no século XVIII, e Kamylla Padilha e Heloísa Fernandes Câmara examinam o papel do Direito na construção de um conceito de nação brasileira a partir da década de 1930.

No campo dos direitos humanos, Túlio Macedo Rosa e Silva e André Ricardo Antonovicz Munhoz analisam a atuação do Conselho Nacional de Justiça no cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil no caso *Ximenes Lopes*. Isabela Tonon Furtado escreve sobre direito criminal, avaliando a situação das pessoas em condição asilar no Complexo Médico de Pinhais em face da Resolução nº 487 do Conselho Nacional de Justiça; e Samuel Ebel Braga Ramos aborda o tema da colaboração premiada da pessoa jurídica, levando em consideração a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Vinicius Hsu Cleto discorre sobre a economia dos combustíveis fósseis em face do direito internacional ambiental, e a edição se encerra com dois textos de direito tributário: Jeferson Teodorovicz, Michell Przepiorka e Caio Malpighi refletem sobre o limite à compensação de prejuízos fiscais de IRPJ e de base de cálculo negativa de CSLL, e Gilson Pacheco Bonfim e Leonardo da Silva Sant'Anna examinam o novo tema da tributação sobre *cloud computing*, considerando os tratados brasileiros contra a dupla tributação de renda.

Desejamos a todos uma boa leitura, com a certeza de que a Revista Ius Gentium continua cumprindo a sua função de contribuir para a divulgação livre da produção científica jurídica brasileira.

Walter Guandalini Junior  
Editor-chefe

Jailson de Souza Araújo  
Editor-adjunto

# PAUL VEYNE E AS CONSTANTES HISTÓRICAS: REFLEXÕES SOBRE METODOLOGIA DA HISTÓRIA E TEORIA DA HISTÓRIA DO DIREITO

*PAUL VEYNE AND THE HISTORICAL CONSTANTS: REFLECTIONS ON THE METHODOLOGY OF HISTORY AND LEGAL HISTORY THEORY*

*PAUL VEYNE Y LAS CONSTANTES HISTÓRICAS: REFLEXIONES SOBRE METODOLOGÍA DE LA HISTORIA Y TEORÍA DE LA HISTORIA DEL DERECHO*

*PAUL VEYNE ET LES CONSTANTES HISTORIQUES: RÉFLEXIONS SUR LA MÉTHODOLOGIE DE L'HISTOIRE ET LA THÉORIE DE L'HISTOIRE DU DROIT*

Stéfano Gonçalves Lima<sup>1</sup>  
Gustavo César Machado Cabral<sup>2</sup>

## Resumo

Este artigo busca compreender a teoria da história de Paul Veyne, com foco no modo em que concebe as constantes históricas no decorrer de sua produção intelectual. Para isso, analisa suas principais obras metodológicas, quais sejam: *Como se escreve a história*, *A história conceitual*, *O inventário das diferenças: história e sociologia*, *Foucault revoluciona a história* e *Foucault: Seu pensamento, sua pessoa*. Assim, este trabalho propõe utilizar essas reflexões para pensar a teoria da História do Direito e seus desafios enquanto área do conhecimento interdisciplinar. Trata-se, portanto, de pesquisa qualitativa e bibliográfica de cunho teórico. Como resultado, verificou-se que a opinião de Veyne sobre os diferentes usos das constantes históricas pela história, como o direito, mudou com o tempo, tendo deixado, nas obras mais recentes, clara sua oposição à perspectiva que defendia o uso das constantes trans-históricas. Contudo, foi observado que seus escritos sobre as constantes convergem para sua utilização metodológica, que busca analisar as singularidades dos acontecimentos, possibilitando o que o autor entende como uma possível cientificidade para a história.

**Palavras-chave:** Paul Veyne; constantes históricas; Teoria da História do Direito.

## Abstract

This paper intends to understand Paul Veyne's theory of history, focusing on how he conceives the historical constants throughout his studies. To that end, the study considers his main methodological works: *Comment on écrit l'histoire*, *L'Histoire Conceptualizante*, *L'Inventaire des différences*, *Foucault révolutionne l'histoire* and *Michel Foucault. Sa pensée, sa personne*. This paper proposes to use these reflections to think about Legal History theory and its challenges as an interdisciplinary field of knowledge, in a qualitative and bibliographical theoretical study. As can be seen, Veyne's views on the various uses of historical constants by history, such as law, have changed over time, and, in recent works, he clarified his opposition to the perspective that defends the use of transhistorical constants. However, it has been observed that his writings on the constants converge on their methodological use, seeking to analyze the singularities of events, enabling what the author understands as a possible scientificity of history.

**Keywords:** Paul Veyne; historical constants; Legal History theory.

---

<sup>1</sup> Universidade Federal do Ceará.

<sup>2</sup> Universidade Federal do Ceará.

## Resumen

Este artículo busca comprender la teoría de la historia de Paul Veyne, con enfoque en el modo en el que concibe las constantes históricas en el transcurso de su producción intelectual. Para ello, analiza sus principales obras metodológicas, cuales sean: *Comment on écrit l'histoire*, *L'Histoire Conceptualizante*, *L'Inventaire des différences*, *Foucault révolutionne l'histoire* y *Michel Foucault. Sa pensée, sa personne*. Así, este trabajo propone utilizar esas reflexiones para pensar la teoría de la Historia del Derecho y sus desafíos como área del conocimiento interdisciplinario. Se trata, por lo tanto, de investigación cualitativa y bibliográfica de carácter teórico. Como resultado, se verificó que la opinión de Veyne sobre los distintos usos de las constantes históricas por la historia, como el derecho, ha cambiado con el tiempo, habiendo dejado, en las obras más recientes, clara su oposición a la perspectiva que defendía el uso de las constantes transhistóricas. Sin embargo, se observó que sus escritos sobre las constantes confluyen para su utilización metodológica, que busca analizar las singularidades de los sucesos, posibilitando lo que el autor entiende como una posible científicidad para la historia.

**Palabras clave:** Paul Veyne; constantes históricas; Teoría de la Historia del Derecho.

## Résumé

Cet article cherche à comprendre la théorie de l'histoire de Paul Veyne, en se concentrant sur la manière dont il conceptualise les constantes historiques tout au long de sa production intellectuelle. Pour ce faire, on analyse les principaux ouvrages méthodologiques de Paul Veyne: *Como se escreve a história*, *A história conceitual*, *O inventário das diferenças: história e sociologia*, *Foucault revoluciona a história* e *Foucault: Seu pensamento, sua pessoa*. À partir de ces réflexions, cet ouvrage se propose de réfléchir à la théorie de l'histoire du droit et à ses problématiques en tant que domaine de connaissance interdisciplinaire. Il s'agit donc d'une étude qualitative et bibliographique de nature théorique. Il en ressort que l'opinion de Veyne sur les différents usages des constantes historiques par l'histoire, comme le droit, a varié au fil du temps, ses ouvrages les plus récents manifestant nettement son opposition à la perspective qui défendait l'usage des constantes transhistoriques. Cependant, on a constaté que ses écrits sur les constantes convergent vers leur utilisation méthodologique, qui vise à analyser les singularités des événements, permettant ce que l'auteur considère comme une scientificité possible de l'histoire.

**Mots-clés:** Paul Veyne; Constantes historiques; Théorie de l'histoire du droit.

## 1 Introdução

A história do direito enquanto área do conhecimento se encontra entre as duas áreas que a constituem etimologicamente. Desse modo, precisa lidar com as dificuldades tanto da teoria da história como da teoria do direito. Isso se reflete já na própria definição de seu escopo. Pode-se afirmar, de forma despretensiosa, que a história do direito estuda o fenômeno jurídico pelo tempo. Contudo, basta uma reflexão mais crítica para ficar evidente a limitação desses termos. O que é fenômeno jurídico? Quão anterior no tempo deve ser o objeto para ser analisado pela história do direito? É possível separar história e história do direito? Diante disso, acreditamos que o historiador Paul Veyne tenha reflexões úteis para pensar todas essas questões.

Para isso, apresentam-se como objetos de estudo os principais trabalhos metodológicos de Paul Veyne: *Como se escreve a história*, publicado originalmente em 1971, embora a tradução utilizada por este trabalho seja da reedição de 1978; *A história conceitual*, de 1974; *O inventário das diferenças: história e sociologia*, de 1976; *Foucault revoluciona a história*, de 1978; e *Foucault: o pensamento, a pessoa*, de 2008.

A partir desse conjunto de obras, será observado de que forma Paul Veyne afirmava que a história deve produzir conhecimento. De forma mais específica, será estudado o modo como o autor alternou sua forma de ver a história como prática de observar constantes e variáveis no tempo. Nesse contexto, a problemática das constantes históricas tangencia outras discussões, como a relação entre a sociologia e a história, a cientificidade da história, a possibilidade de se pensar constantes no tempo, os limites do trabalho intelectual humano, entre outros pontos.

Desse modo, objetiva-se refletir a relação sujeito, referencial teórico, metodologia e objeto na história do direito, buscando pensar possíveis limitações de certas abordagens metodológicas, bem como analisando a natureza da história do direito e o papel do seu estudioso.

## **2 As teorias da história de Paul Veyne**

Os cinco textos referidos acima são as principais obras de Paul Veyne em que discorre sobre a teoria e metodologia da história enquanto reflete sobre o próprio papel do historiador diante de seus objetos. Esses textos também podem ser pensados como trajetórias do próprio autor, visto que não expressa necessariamente as mesmas opiniões em cada um deles (Albertti, 2007, p. 10-16). Pelo contrário, Veyne parece mudar sua opinião diversas vezes, principalmente no que tange à cientificidade da história.

Na verdade, acreditamos que as diferentes abordagens do autor e suas mudanças teóricas se explicam pelo modo como encarou a ciência da história durante a escrita de cada um dos textos, o que influenciou, por exemplo, na adoção ou não de conceitos como o das constantes históricas, que é o foco deste trabalho. O direito se relaciona com essa investigação, na medida em que temos a hipótese de que ele é uma dessas constantes.

Assim, primeiramente serão analisados os escritos de Veyne em que defende o estudo das constantes como parte essencial da história. Posteriormente, serão analisados os textos em que Veyne criticou a cientificidade da história, com foco no texto *Foucault revoluciona a história*, pensando principalmente sua oposição às constantes na história.

### **2.1 Constantes na metodologia da história**

Paul Veyne inicia *A história conceitual* afirmando que não é possível existir uma ciência da história, uma vez que o “devir histórico não comporta um primeiro motor” (Veyne, 1995, p. 64). Contudo, a história comporta núcleos de cientificidade, a partir da conceituação do todo confuso da história. Com isso, a história enquanto área do conhecimento passa a tentar explicar



os acontecimentos no tempo, o que exige o conhecimento científico. Porém, essa necessidade é parcial, já que a história não pode fazer recortes herméticos para fins de análise puramente científica, pois se preocupa com o todo dos acontecimentos (Veyne, 1995, p. 64-66).

Com isso, o autor adota uma noção de ciência enquanto saber que explica e prediz determinados aspectos do curso da natureza. As ciências se interessam por partes específicas desses fenômenos, já que o todo da natureza é tão pouco científico quanto o todo da história, exigindo um recorte. Assim, o historiador está menos preocupado em explicar, ao menos no sentido do termo que se refere à atribuição de causa e efeito, característica do trabalho do assim chamado cientista, do que em explicitar (Veyne, 1995, p. 64-69). De modo mais ilustrativo, o autor afirma (Veyne, 1995, p. 65):

As ciências explicam os anticiclones ou uma baixa do preço do trigo; não prevêem uma queda de chuva em Antibes, um domingo de fevereiro; não explicam a crise de 1929: cabe à história explicar o pânico da Bolsa. Os acontecimentos humanos prestam-se, nem mais nem menos, à explicação científica assim como aqueles da natureza: por uma pequena parte que apresenta um caráter necessário, geral, infalível.

Desse modo, o autor afirma que atribuir um “motor” à história seria um equívoco. Os fatores materiais que causam os acontecimentos não seguiriam uma lógica fixa, como a de que a economia guiaria os fatos históricos. Em vez de motores, a história teria variáveis estratégicas, que seriam fatores proeminentes de determinação de acontecimentos que mudam dependendo da conjuntura (Veyne, 1995, p. 66-67).

Por outro lado, isso não significa que o conhecimento em história prescindir de método. Isso se dá pelo fato de que a história não se preocupa apenas com o “factual”. Os períodos históricos estão repletos também do “não factual”, que seriam os aspectos não conscientes ou não reconhecidos imediatamente a partir da leitura dos documentos (Veyne, 1995, p. 68-70). Como a história é um todo confuso, onde o dito e o não dito se misturam, seu conhecimento não pode ser imediato, exigindo mecanismos.

É nesse viés que a conceituação se torna parte essencial da história, na medida em que permite ao historiador criticar e explicitar os fenômenos, tornando inteligível e compreensível aquilo que não o era pela interpretação superficial dos documentos. A história, assim, não deve apenas recriar e narrar os fatos (Veyne, 1995, p. 70-71), mas analisá-los, o que é feito a partir de conceitos muitas vezes emprestados das ciências humanas, p. ex., a sociologia e a economia, podendo-se citar a religião e a estabilidade política.

Esse argumento se torna mais enfático no texto *O inventário das diferenças* (Veyne, 1983, p. 5), em que afirma que a história recorre à sociologia para suas explicações. Tendo isso

em mente, Paul Veyne menciona o primeiro e o segundo momento da filosofia aroniana da história. O primeiro seria a crítica do fato histórico, uma vez que este existe apenas por abstração do historiador, ou seja, “a História existe apenas em relação às questões que nós lhe formulamos” (Veyne, 1983, p. 6). Já o segundo momento seria o reconhecimento de que as constantes são o modo pelo qual essas questões serão analisadas e explicadas.

Desse modo, Paul Veyne afirma que as variáveis da história podem ser explicadas pelas constantes, uma vez que realçam as modificações no tempo e tornam visível o que antes não estava explícito tanto para os agentes históricos quanto para os historiadores leitores dos documentos (Veyne, 1983, p. 17). Logo, a noção de uma ciência que explica por meio de outras ciências é a posição adotada pelo autor, reiterando sua opinião sobre ciência acima exposta, o que se confirma quando diz: “o que é uma ciência, senão a determinação de constantes que permitem reconhecer a diversidade dos fenômenos?” (Veyne, 1983, p. 18).

Para ilustrar seu ponto, utiliza o que chama de marxismo como exemplo de teoria explicativa da história, embora tenha dado indícios de não concordar plenamente com essa vertente. Por meio de noções como dialética das forças, relações de produção e luta de classes, o marxismo tentaria dar um sentido para as modificações no tempo. Desse modo, os historiadores marxistas não seriam “enganados” pelas narrativas dos documentos<sup>3</sup>, que transparecem apenas parte do seu conteúdo. Complementa (Veyne, 1983, p. 22-23):

“Constante” não quer dizer que a História é feita de objetos invariáveis, que jamais mudarão, mas somente se pode captar nela um ponto de vista invariável como a verdade um ponto de vista científico, escapando às ignorâncias e às ilusões de cada época e sendo trans-histórico.

Portanto, as constantes, ferramentas da possível ciência da história, produzem uma teoria que olha a história por fora, dando ênfase em suas modificações. Diante disso, convém em seguida tratar de como essas constantes trans-históricas que variam passam a ter um papel de “traduzir” as diferenças na história.

---

<sup>3</sup> Essas narrativas surgiriam da divisão efetiva entre o trabalho material e o intelectual. A partir disso, o discurso ideológico das pessoas pode apresentar contradições com as forças de produção existentes, o que pode se expressar nos documentos linguísticos como a existência das informações ditas e das não ditas. Explica-se com o seguinte trecho: “A partir desse instante a consciência pode efetivamente imaginar que é algo outro do que a consciência da prática existente, //pode imaginar// efetivamente representar algo sem representar algo efetivo — a partir desse instante a consciência está em condições de se emancipar do mundo [...]” (Marx; Engels, 1984, p. 198).

## 2.2 As traduções do passado por meio das constantes

Como dito acima, Paul Veyne afirma que, pelo seu papel explicativo, as constantes trans-históricas são a metalinguagem dos historiadores na produção de sua verdade científica (Veyne, 1983, p. 24). Assim, abdica-se da linguagem utilizada nos documentos em detrimento de uma linguagem que busca explicar o que está implícito no tempo em questão. O autor chama esse ímpeto de “apetite de inteligibilidade” (Veyne, 1983, p. 25). Com isso, Veyne aponta como a tentativa do historiador de produzir conhecimento científico está incontornavelmente mediada pela linguagem. Daí o autor questionar e problematizar se é sequer possível fazer história sem constantes trans-históricas (Veyne, 1983, p. 32).

Entretanto, vale mencionar que Paul Veyne não considera que as constantes sejam formas fidedignas que replicam imediatamente a realidade. Na verdade, está consciente de que “o significante não se ajusta mais plenamente ao significado” (Veyne, 1983, p. 34) e pressupõe a insuficiência da compreensão humana, que parte sempre de um paradigma histórico discursivo. Apesar disso, entende que os conceitos enriquecem a forma de se observar a realidade. Sem eles, só seria possível praticar a história narrativa, ou seja, aquela sem quaisquer explicações. Portanto a explicação histórica seria aquela que relaciona os modelos trans-históricos com os acontecimentos, que se individualizam na medida em que destacam as diferenças dos modelos para os fatos.

Nesse viés, o autor afirma que individualizar significa explicitar e explicar. Tal concepção se relaciona com sua interpretação, expressa em obra posterior, de o que seria discurso para Foucault: “a descrição mais precisa, a mais cerrada de uma formação histórica na sua nudez, é o pôr em dia da sua última diferença individual” (Veyne, 2009, p. 12). Trata-se, desse modo, da busca pela *differentia ultima*.

Para ilustrar esse entendimento, Veyne fala da situação hipotética de um historiador que, por receio de cometer anacronismos, decide quase que apenas narrar os acontecimentos, deixando claro que eles estão situados em um período que os explicaria (Veyne, 1983, p. 40-45). Diante disso, um leitor desse hipotético trabalho pode até perceber a individualidade do objeto a ser narrado, como o direito romano e sua incongruência com o direito atual; contudo, não saberá em detalhes no que consiste essa diferença. Isso se dá pois o que individualiza o acontecimento na história é sua explicitação e explicação em contraposição às categorias de quem lê.

Esse “pressentimento” do leitor (Veyne, 1983, p. 44) é chave para entender o papel da história em suas duas frentes: tanto para quem a produz como para os leitores. Essa intuição

seria o fator que possibilita evitar o anacronismo. A partir disso, Veyne afirma a existência de duas atitudes diante das individualidades dos fatos históricos (Veyne, 1983, p. 46-48): ou o historiador os narra e descreve detalhadamente, ou ele, por meio de conceitos, palavras e comparações, tenta explicitar e explicar a originalidade do fenômeno histórico. Nesse sentido, aponta (Veyne, 1983, p. 49):

percebe-se que toda História, mesmo que não deliberadamente, torna-se uma História comparada; isto é, uma História que separa, sabendo por que o faz; o direito romano conquista seu lugar numa tipologia dos diferentes direitos e se distingue deles por variáveis originais, que, desta vez, sabemos exprimir com todas as letras.

Portanto, uma vez que os fatos são abstrações, suas individualidades requerem um referencial de comparação, que será escolhido pelo historiador (Veyne, 1983, p. 53-55). Ao falar da história do direito romano, por exemplo, o historiador precisa dar ênfase a perguntas sobre direito, visto que a qualificadora “romano” não explica por si só a riqueza deste fenômeno.

Diante disso, Veyne entende nesse texto que a história é “ciência das diferenças, das individualidades, mas tal individuação é relativa à espécie” (Veyne, 1983, p. 58). A história não estaria preocupada meramente com a narração de todos os fatos possíveis, mas com a individualização de cada um desses atos. Cada contexto social produz acontecimentos distintos que podem ser individualizados a partir de uma métrica determinada pelas constantes.

### 2.3 Crítica às constantes e à cientificidade da história

Os dois últimos tópicos mostraram os modos pelos quais Paul Veyne pensou as constantes na história e a própria cientificidade dessa área. Nos dois textos apresentados, o autor parece defender uma prática da história que utiliza as constantes como modo de criar conhecimento científico histórico. Indo em direção de certo modo diferente, Veyne, em *Foucault revoluciona a história*, não mais defende um inventário completo dos conceitos históricos, mas o inventário completo das práticas (Albertti, 2007, p. 67).

Para explicar o que seriam práticas, Veyne utiliza o pensamento de Foucault e defende que não se deve pensar a história a partir de objetos naturais (Veyne, 1998, p. 239-252). Agir desse modo seria pensar as práticas a partir de objetos que são originados da abstração de outras práticas historicamente situadas, ou, em outros termos, seria um processo de naturalizar certo ambiente social por meio da abstração de uma vivência e da utilização dos conceitos resultantes desse processo como parâmetro para avaliar outros contextos.

As práticas, nesse sentido, são o que fazem as pessoas ou as relações entre elas e com as coisas. São como costumes que se impõem aos seres humanos de determinado contexto social, pela própria natureza da ação humana em sociedade. A prática é o conjunto das condutas de determinado contexto, adotado por indivíduos que podem ser conscientes ou não dessa condição (Veyne, 1998, p. 248-272). Em outras palavras, pode ser apontada, a partir da interpretação de Castro (Castro, 2009, p. 336-338), como o conjunto de relações de saber (práticas discursivas), de poder (relações entre sujeitos) e de ética (relação consigo). Também é um conceito que faz realçar a singularidade dos acontecimentos históricos, o sentido não tão visível por trás de um gesto, de uma escolha de palavras ou de uma ação (Veyne, 2009, p. 13).

Veyne (1998, p. 240-250) utiliza como exemplo o governo em Roma no tempo do pão e circo. Não se deve pensar o governante enquanto categoria natural que se materializa de formas variadas no tempo. O objeto de análise, as práticas do príncipe para com seu povo, deve ser a prática observável e compreensível. Primeiro se pensa as relações para depois se pensar as categorias. Fazer o contrário é possivelmente agir de forma anacrônica, com conceitos carregados de tempos sociais diferentes.

Desse modo, a prática se comporta como uma “racionalidade” que se impõe às pessoas. Não em um sentido valorativo de racional e irracional, mas como norma que está presente nas ações humanas. Um campo comum de onde surgem as ações. Nesse contexto, pressupor os objetos naturais e partir para a análise das práticas geraria, pelo contraste, a necessidade de novas conceituações. Se primeiramente um historiador pode querer buscar entender o “Estado”<sup>4</sup> na história, depois vê que melhor seria pensar em “formas de governança”, e mesmo assim um governo temporalmente e socialmente localizado, como o “governo romano”. Paul Veyne entende que essas qualificadoras que acompanham os nomes podem ser entendidas como ideologias (Veyne, 1998, p. 242-245), tentativas de aglomerar cada vez mais elementos dentro de um conceito.

Para melhor entender esse ponto, convém entender aspectos do pensamento genealógico de Foucault, por sua influência no pensamento de Veyne. Partindo dos escritos de Nietzsche, Foucault pensa três significados para a expressão “origem” em alemão: *Ursprung* seria como uma origem transcendente ou metafísica. Uma origem que está para além da história e é caracterizada pelo estado puro em que se encontram seus elementos; *Entstehung* seria traduzível como “emergência”, no sentido de surgimento. Seria um sentido de origem que permite enfatizar a singularidade dos acontecimentos, que nascem a partir da confluência de

---

<sup>4</sup> Para mais detalhes sobre esse exemplo do “paradigma estadualista” indicamos: HESPANHA, António Manuel. Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime. *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, p. 7-90, 1984.

diversos fatores, o que não necessariamente segue uma lei ou lógica fixa. Pode ser oposta a uma visão que olha o passado pensando na relação dele com o presente a partir da noção de destino; *Herkunft* seria a “proveniência”, como em raízes de uma raça. Sua análise permite enfatizar todas as singularidades e marcas sutis que compõem uma suposta origem. O que se poderia pensar homogêneo e puro, na verdade pode se mostrar heterogêneo e cheio de singularidades e desvios (Foucault, 1998, p. 15-38).

Dito isso, aponta-se que Foucault utiliza as três noções para criticar usos da história. Se as práticas são caracterizadas pela singularidade, as tentativas de agrupá-las em conceitos são sempre esforços intelectuais imperfeitos, como acima admitido por Paul Veyne. Por isso, Veyne afirma que, para Foucault (Veyne, 1998, p. 273):

[...] o interesse da história não está na elaboração de constantes, quer sejam filosóficas, quer se organizem em ciências humanas; está em utilizar as constantes, quaisquer que sejam, para fazer desaparecerem as racionalizações, que renascem, incessantemente. A história é uma genealogia nietzschiana.

Desse modo, podemos questionar se Veyne mudou sua posição em relação às constantes. Seu objeto de certo modo é similar, uma vez que, como acima mencionado, sua intenção com as constantes na história era a produção de afirmações científicas, que não seriam “enganadas” pelos discursos dos documentos. Já em *Foucault revoluciona a história*, Paul Veyne ratifica o método foucaultiano, o qual utiliza as práticas em contraponto às constantes. Isso significa que a genealogia da história de Foucault tem como principal objetivo a desnaturalização dos objetos naturais, das origens e das essências. E o autor faz isso por meio da demonstração de como as constantes (conceitos) não correspondem às práticas, de como as proveniências (*Herkunft*) são marcadas pela heterogeneidade e de como os surgimentos (*Entstehung*) são singulares e difíceis de agrupar em nomes.

Nesse contexto, pode-se dizer que o autor desloca o centro da discussão sobre a cientificidade da história. Questionar se a história é suscetível de explicação científica não deve implicar a capacidade ou a incapacidade de que ela corresponda a objetos naturais, uma vez que nem mesmo as ciências naturais teriam essa atribuição. A história deve ter consciência de que está sempre produzindo um saber positivado, inclusive com base em outros saberes. Assim, Veyne aponta que a “ciência não é a forma superior do conhecimento: ela é o conhecimento que se aplica a “modelos de série” (1998, p. 271), enquanto a explicação histórica trata, caso por caso, dos “protótipos”. Portanto, a historicização dos conceitos funciona como a noção científica de produção de modelos formais e permite um rigor à história.

Veyne ilustra essas ideias falando da medicina. Não é apropriado historicamente traçar caminhos lineares entre a medicina de Hipócrates e a atual. A criação de uma constante histórica “medicina” se trata de uma abstração humana; por isso, só seria possível afirmar a sucessão de estruturas com características singulares (Veyne, 1998, p. 269-272). A forma como essas estruturas ou práticas se relacionam no tempo não segue uma linearidade evolutiva que implica causa e efeito, mas um emaranhado de fatores que agem de forma diferente em cada momento da história.

Daí afirmar que os objetos surgem das práticas. As práticas proporcionam as tentativas de conceituação (criação de verdades), as quais, interagindo com a materialidade, criam os objetos que serão estudados, o que corresponde à limitação do conhecimento humano sempre mediado pela linguagem, algo que em outro texto o autor tratou da seguinte forma: “sem um discurso, não haveria para nós objecto conhecido” (Veyne, 2009, p. 109). A loucura, por exemplo, não existe como objeto enquanto não houver um corte epistemológico ou um discurso que a transforme (Veyne, 1998, p. 265-270).

Diante disso, pode parecer que o autor mudou drasticamente seu pensamento. Se, em *Como se escreve a história*, Veyne aponta que a história não tem metodologia nem é ciência e em *O inventário das diferenças: história e sociologia* trabalha a questão das constantes como elemento de cientificidade, já em *Foucault revoluciona a história* o autor parece se tornar um crítico dos conceitos e, por consequência, da cientificidade da história. Contudo, entendemos que se trata mais de uma reelaboração do que de uma contradição de pensamentos. Dizer se a história é ou não ciência importa menos que afirmar que ela é um discurso historicamente positivado.

Nesse sentido, em *A História conceitual* Veyne já alerta sobre o perigo do impressionismo (Veyne, 1995, p. 72). Seria o caso de um historiador, por receio de cometer anacronismo, chegar à conclusão de que não se deve utilizar abstrações no estudo da história, por serem conceitos inadequados e incapazes de corresponder à complexidade da realidade. Embora válida, o exagero dessa preocupação ignora que a história não é pura recriação, mas explicação. Complementarmente, em *Como se escreve a história* ele afirma que, como a história é discurso, ela se expressa por conceitos. Na prática isso se torna o grande desafio do historiador que precisa o tempo todo reavaliar os conceitos que usa em cada período histórico estudado. Chega ao ponto de afirmar que o anacronismo e esse processo de reavaliação são parte essencial da história da historiografia (Veyne, 1998, p. 103-106).

Parece-nos mais adequado apontar uma mudança da preocupação com as constantes trans-históricas para a preocupação com as práticas. Nesse contexto, em *Foucault: Seu*

*pensamento, sua pessoa* o autor se refere a Jean-Claude Passeron como filósofo e sociólogo que encontrou uma possível solução para a questão da cientificidade das ciências humanas: o uso não de sistemas hipotético-dedutivos ou de constantes trans-históricas, mas de “semi-nomes próprios” (Veyne, 2009, p. 83). Tal noção seria similar aos tipos ideais weberianos, na medida em que busca descrever objetos a partir de descrições parciais originadas da indexação parcial de alguns referentes. Ocorre que essa descrição é sempre limitadora, uma vez que a singularidade dos acontecimentos é indefinida, tornando sua descrição completa tarefa constante (Veyne, 2009, p. 84); como explica Veyne (2009, p. 85):

Os nomes próprios funcionam num regime de «descrição indefinida»: poderíamos enumerar os traços dos seus referentes, mas essa descrição nunca estaria concluída, completa. [...] Os historiadores escrevem a história por outras vias; os semi-nomes próprios que utilizam podem ter, também, o seu rigor científico, um rigor próprio ao domínio humano. Alcançam esse rigor identitário ao «densificar» a descrição do semi-nome próprio à maneira de um romancista realista ou de um repórter, ao multiplicar os pormenores probantes, os traços pertinentes que precisam o retrato do referente e permitem distingui-lo de acontecimentos que tenham com ele uma aparência enganadora.

Desse modo, entendemos que o autor se aproxima de uma epistemologia da história. O modo de produção de conhecimento do historiador não é homogêneo, contudo, abarca certas práticas que servem como método. Isso pode não corresponder a uma noção de ciência natural, mas permite uma adequação da história a uma noção de ciências humanas contemporaneamente adequada. O destaque para as práticas não exclui os conceitos e constantes da história, mas os coloca em segundo lugar, uma vez que é impossível de se explicar, de modo a produzir a individualidade dos acontecimentos, sem conceitos. A história passa a ter um papel dialético em seu modo de produção de conhecimento. Proposta similar a esta é observada na história arqueológica de Foucault (2008, p. 28-29):

Essas formas prévias de continuidade, todas essas sínteses que não problematizamos e que deixamos valer de pleno direito, é preciso, pois, mantê-las em suspenso. Não se trata, é claro, de recusá-las definitivamente, mas sacudir a quietude com a qual as aceitamos [...]. Não me apoiarei nelas senão o tempo necessário para me perguntar que unidades formam; com que direito podem reivindicar um domínio que as especifique no espaço e uma continuidade que as individualize no tempo [...]. Aceitarei os conjuntos que a história me propõe apenas para questioná-los imediatamente; para desfazê-los e saber se podemos recompô-los legitimamente; para saber se não é preciso reconstituir outros; para recolocá-los em um espaço mais geral que, dissipando sua aparente familiaridade, permita fazer sua teoria.

Logo, o historiador, seguindo esse caminho, deve partir das inquietações provocadas pela diferenciação social dos fenômenos na história e confrontar seus conceitos explicativos (hipóteses) com as práticas para produzir novos conceitos e explicações. A história



se torna, assim, como que uma tradução das diferenças das práticas. Uma busca por suas singularidades últimas.

### **3 História e a constante do direito**

Tendo discutido a teoria de Paul Veyne, convém por fim utilizar as reflexões proporcionadas para pensar a história do direito como área do saber. Nesse contexto, convém questionar se a história do direito é história ou direito? Acreditamos que sim, na medida em que ajuda a esclarecer de que modo essas duas áreas convergem no objeto de estudo deste trabalho.

As preocupações do direito enquanto área do conhecimento são eminentemente práticas. Estuda-se o ordenamento jurídico e o modo de utilizá-lo, para que as leis sejam operadas na solução jurídica dos conflitos. Ademais, tem na atualidade intrínseca ligação com o Estado, já que este se tornou o monopolizador da jurisdição, apesar das questões envolvendo o direito internacional. A história do direito, por outro lado, preocupa-se com o fenômeno jurídico no tempo. Parte-se da compreensão histórica de que o direito muda a cada momento e em cada sociedade, exigindo que seja entendido a partir de uma lógica social.

Considerando isso, o que chamamos de direito poderia ser traduzido como direito contemporâneo, se é que há uma lógica jurídica única para além das concentrações estatais. Assim, poderia ser considerado um possível objeto da história do direito, visto que é um fenômeno jurídico localizado no tempo. A principal mudança são as perguntas: uma área faria questionamentos mais pragmáticos, a outra mais preocupados com o detalhamento do fenômeno. Daí o jurista e historiador do direito Michael Stolleis entender que a história do direito é parte da história cultural ou social: “rodas destilam da *histoire total* dados relevantes à sua história específica e constroem algo que se pode narrar” (Stolleis, 2020, p. 17).

Desse modo, as questões propostas pelo historiador do direito é que vão formar a história do direito (Veyne, 1983, p. 6). Os acontecimentos jurídicos ou fenômenos jurídicos estudados pelos historiadores são recortes interessados em uma parte específica da história. Nesse sentido, funciona como o que Veyne chama de “análise conceitual”, uma vez que permite compreender melhor as especificidades dos subsistemas, ou seja, realça as individualidades dos fenômenos (Veyne, 1995, p. 73). Contudo, vale dizer que esse recorte não permite que a história do direito seja uma ciência histórica com causas e caminhos próprios apreensíveis. As práticas seguem uma lógica no tempo que é complexa e não permite a indicação de uma causa principal (Veyne, 1998, p. 217-222), mesmo quando a história se limita a estudar o direito.

Dito isso, o que se impõe como pergunta relevante de história do direito? Para responder essa indagação, convém mencionar um breve panorama de histórias do direito ocidental. Queremos dizer com isso que a preocupação no direito com a história já teve variados momentos. No fim da Idade Média e início da Idade Moderna, na cristandade, havia divergência no modo de exegese dos textos jurídicos romanos, entre o *mos italicus* e o *mos galicus* (Cabral, 2019, p. 219-228). Pode-se apontar, também, a reabilitação da história do direito como fonte de dogmática pela Escola Histórica Alemã (Hespanha, 2012, p. 383-388). Esses exemplos do contexto ocidental europeu servem para mostrar que a história do direito já teve seu papel pragmático. Isso, contudo, não se encerrou no passado, como pode ainda ser testemunhado em manuais de direito ou em algumas pesquisas jurídicas (Fonseca, 2009, p. 35-36; Oliveira, 2004). A história ainda é vista como valorosa ferramenta na retórica jurídica, seja para naturalizar o direito posto, seja para convencimento.

Diante disso, e considerando que o pesquisador parte sempre de inquietações de seu contexto, pode-se dizer, assim como Ricardo Fonseca (2009, p. 36), que a história do direito pode ter eminente papel de desnaturalização do discurso jurídico. Em contraponto aos manuais, a história do direito buscaria mostrar a historicidade dos fenômenos jurídicos, apontando as diferenças entre o passado e o presente. Seria uma história do direito preocupada com as discussões da historiografia dos últimos anos ou, de outro modo, de caráter genealógico, como acima comentado. Entretanto, acreditamos que Paul Veyne não se limitaria a isso.

Deveras, Veyne deixa de considerar as constantes, neste caso a constante do direito, como simples fontes das diferenças. A desnaturalização que o autor busca não é a dos exemplos de constantes no tempo, mas dos próprios objetos. Trazendo essa reflexão para a história do direito, seria afirmar a inexistência do direito enquanto um *a priori* ahistórico. O historiador não deve buscar o direito na história para desnaturalizá-lo, pois este sequer existe enquanto objeto natural. Na verdade, é discurso e, portanto, formado em um tecido social complexo historicamente localizado. Antes, deve se preocupar com as práticas, que podem, em maior ou menor grau, corresponder ao que se pensa como direito.

Tal pensamento se traduz na teoria como o abandono de um referencial positivista ou apriorístico do direito. A fim de ilustrar esta questão, convém apontar o teórico do direito H. L. A. Hart. Para Hart, a partir de uma perspectiva linguística, deve-se perguntar o que é direito em determinado contexto. Isso levará o observador a buscar a compreensão do direito nas pessoas, o que elas seguem como direito. Nesse diapasão, a última instância que diria o direito seriam os julgadores. A essa prática social complexa Hart dá o nome de regra de reconhecimento (Hart, 2009, p. 112-141). Embora essa teoria sirva para contrapor uma teoria do direito positivista com

uma perspectiva hermenêutica do direito enquanto prática social (Lopes, 2016, p. 203-226), bem como possa ser usada para repensar paradigmas muito restritos de o que seja o fenômeno jurídico<sup>5</sup>, ela continua partindo do pressuposto de que a busca é por essa categoria.

Indo adiante com a desnaturalização, é possível dizer que fazer a pergunta onde está o direito pode funcionar em contextos ocidentais não muito anteriores à contemporaneidade, em decorrência da conveniente constância desse vocábulo nos idiomas. Contudo, isso deve ser visto como um falso cognato. Apesar do mesmo nome, ou melhor dizendo, da tradução em comum, o direito é constituído por práticas diferentes em cada local que é vivido (Veyne, 1998, p. 103-110). Um exemplo é a dificuldade de se diferenciar religião, costume e direito nas colônias ibéricas na Idade Moderna (Cabral, 2021, p. 17-52; Premo; Yannakakis, 2019, p. 28-55).

Porém, sabemos que não é possível produzir conhecimento sem conceitos. Então, entendemos que a metodologia de Veyne se traduz em quatro posturas epistemológicas principais, que podem ser seguidas na história do direito: primeiramente, o uso dos conceitos e das constantes deve servir como hipótese. O pesquisador analisa as fontes para poder confrontar suas categorias com a prática, que deve guiar a criação de novos conceitos menos anacrônicos; além disso, as constantes devem ser pensadas como “pontes” que ligam os leitores dos trabalhos produzidos aos documentos do passado. Fugindo de uma história narrativa, a história do direito deve utilizar os conceitos jurídicos para explicar as individualizações das categorias em cada momento da história, funcionando como uma tradução das singularidades; ademais, as constantes devem ser meio para a desnaturalização delas mesmas. Uma análise diacrônica de um conceito jurídico, por exemplo, não deve ressaltar sua constância, mas suas rupturas. Seguindo a lógica da genealogia da história de Foucault, a história do direito deve mostrar que os nomes jurídicos, como sujeito, propriedade e capacidade, não são naturais, mas singularmente individuais em seus contextos; por fim, a proposta de ampliação dos conceitos utilizados. O próprio nome história do direito limita sua área de atuação. A ampliação para termos mais gerais e menos culturalmente enviesados<sup>6</sup> pode ser oportuna. A título de ilustração, pode-se pensar em história das normatividades.

---

<sup>5</sup> O uso da teoria do direito para melhor compreender as várias formas de fenômenos normativos na história se mostra, então, oportuno e possível, para entender como isso pode se aplicar, por exemplo, no estudo da realidade jurídica da América Portuguesa na Idade Moderna (Cabral, 2021).

<sup>6</sup> Em sentido similar de emancipação de categorias, Thomas Duve (2022) propõe a história do direito como observação de regimes de normatividade. Este termo mais amplo seria mais adequado para a história do direito global, na medida em que é menos culturalmente enviesado e anacrônico, comportando as diferenças dos fenômenos normativos de locais e tempos diferentes.

#### 4 Considerações finais

Percebeu-se que o historiador francês Paul Veyne pensa a história, entre outros pontos, a partir da sua relação com as constantes. Embora sua opinião sobre a cientificidade da história e sobre as constantes trans-históricas varie entre os textos, não deixa de apresentar a explicação e a explicitação como partes essenciais dessa área do conhecimento. Esta não deve apenas narrar os fatos, mas explicá-los em suas singularidades. Nos primeiros textos aqui tratados, as constantes trans-históricas ou os conceitos seriam o meio para se atingir esse fim, uma vez que permitem destacar as individualidades dos acontecimentos. Essas constantes não equivalem aos fenômenos analisados, mas são o meio pelo qual o historiador pode produzir seu conhecimento.

Outrossim, viu-se que em *Foucault revoluciona a história* Veyne expõe sua interpretação da teoria de Foucault, mais especificamente a genealogia da história. Afirma a inexistência de objetos naturais e a prevalência das práticas como produtoras dos objetos. Dessa forma, não se poderia pensar os objetos antes das práticas, seguindo uma lógica de conceitos ideais que são materializados no tempo, o que demonstra sua rejeição às constantes trans-históricas. Contudo, não entendemos esse posicionamento como uma contradição. Na verdade, este último texto complementa a teoria de Paul Veyne, organizando melhor sua metodologia já trabalhada nos outros escritos. As constantes ainda são usadas para a explicação das individualizações, porém devem ser contrastadas com as práticas que as informam. Não se pode produzir conhecimento sem o discurso, mas é possível trabalhar com ideias menos anacrônicas partindo das práticas para os objetos. A possível cientificidade da história implica seu rigor, mas não sua capacidade de explicar os fenômenos, como em uma correspondência metafísica. A mudança principal em sua teoria se dá, assim, com a transição do uso de constantes trans-históricas para o uso de seminomes próprios baseados nas práticas.

Por fim, foram utilizadas as reflexões de Paul Veyne para pensar a história do direito enquanto área do conhecimento. Esta seria um recorte da história que estuda os fenômenos jurídicos no tempo. Entretanto, a teoria de Veyne permite uma emancipação do paradigma essencialista e positivista do direito. O historiador não deve buscar compreender o fenômeno jurídico, pois este não existe como categoria abstrata natural. As práticas nem sempre corresponderão às categorias jurídicas do pesquisador. A partir daquelas, o historiador buscará entender o que se pode conceituar, para fins explicativos, como normatividades no tempo, utilizando-se de um termo mais vago e apropriado. Dessa maneira, admite as limitações da explicação humana, sempre realizada por meio dos discursos, o que exige constantes e conceitos, mas os utiliza para desnaturalizá-los, mostrando as diferenças das práticas no tempo.

## Referências

- ALBERTTI, Luiz Antonio. **Apresentação da epistemologia de Paul Veyne**: entre a história e a filosofia. 2007. Dissertação (Mestrado em História) — Faculdade de Ciência e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/5ba4f938-1e80-4bab-ae57-387f8fbfbf71/content>. Acesso em: 5 jan. 2024.
- CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius commune**: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- CABRAL, G. C. M. Uma teoria do direito para a América Portuguesa (Séculos XVI-XVIII). In: CABRAL, G. C. M.; FARIAS, D. X. de; PAPA, S. K. L. **Fontes do direito na América Portuguesa**: estudos sobre o fenômeno jurídico no Período Colonial (Séculos XVI-XVIII). Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 17-52.
- CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault**: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Trad. Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.
- DUVE, Thomas. Legal History as an Observation of Historical Regimes of Normativity. **Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research Paper Series**, 2022. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID4229345\\_code2139335.pdf?abstractid=4229345&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID4229345_code2139335.pdf?abstractid=4229345&mirid=1). Acesso em: 9 jan. 2024.
- FONSECA, R. M. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 13. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012.
- HESPANHA, António Manuel. Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime. **Poder e instituições na Europa do Antigo Regime**, p. 7-90, 1984.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do Direito como prática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 212, p. 203-226, 2016. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril\\_v53\\_n212\\_p203.pdf](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p203.pdf). Acesso em: 2 out. 2023.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **História**. Org. Florestan Fernandes. Trad. Florestan Fernandes *et al.* São Paulo: Ática, 1984.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica. **Letra Legal**, Rio de Janeiro, p. 137-167, 2004. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213526/mod\\_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213526/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf). Acesso em: 5 jan. 2024.

PREMO, Bianca; YANNAKAKIS, Yanna. A court of sticks and Branches: Indian jurisdiction in colonial Mexico and beyond. **The American Historical Review**, v. 124, n. 1, p. 28-55, 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/ahr/article/124/1/28/5305479>. Acesso em: 5 jan. 2024.

STOLLEIS, Michael. **Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção?**. Trad. Gustavo Cabral. São Paulo: Contracorrente, 2020.

VEYNE, P. A história conceitual. *In*: LE GOFF, J.; NORA, P. (org.). **História: novos problemas**. 4. ed. Trad. Theo Santiago. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995.

VEYNE, Paul. **Como se escreve a história; Foucault revoluciona a história**. Trad. Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kneipp. 4. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998.

VEYNE, Paul. **Foucault, o pensamento, a pessoa**. Trad. Luís Lima. Lisboa: Texto & Grafia, 2009.

VEYNE, Paul. **O inventário das diferenças: história e sociologia**. Trad. Sônia Salzenstein. São Paulo: Brasiliense, 1983.

# A REGULAÇÃO JURÍDICA DO AMBIENTE URBANO DE CURITIBA DURANTE O SÉCULO XVIII

*THE LEGAL REGULATION OF THE URBAN ENVIRONMENT OF CURITIBA DURING THE 18TH CENTURY*

*LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE URBANO DE CURITIBA DURANTE EL SIGLO XVIII*

*LA REGOLAMENTAZIONE GIURIDICA DELL'AMBIENTE URBANO DI CURITIBA NEL XVIII SECOLO*

Gusttavo Guth<sup>1</sup>

## Resumo

O objetivo da pesquisa é examinar como ocorria a regulação jurídica da construção e da reparação de casas na vila de Curitiba entre os anos de 1721 e 1789. Para tanto, são avaliados os provimentos elaborados por dois ouvidores régios da Capitania de Paranaguá, Raphael Pires Pardini e Francisco Toledo Rendon, assim como os termos de vereança produzidos pela câmara local nos anos de 1721, 1786, 1787 e 1789. Nesse cenário, evidencia-se, por um lado, a importante função desempenhada pelos ouvidores régios enquanto profissionais que difundiam o direito letrado português nas câmaras das mais distantes regiões do império ultramarino. Por outro lado, o crescente controle do ambiente urbano colonial, a partir da criação de significativa gama de regras jurídicas, serve como indicativo de um contexto mais amplo: o momento de transição entre as culturas jurídicas do Antigo Regime e da Modernidade, pelo qual passava a Coroa de Portugal no fim do século XVIII.

**Palavras-chave:** cultura jurídica; urbanização; América Portuguesa; Curitiba.

## Abstract

The objective of this investigation is to examine the legal regulations governing the construction and maintenance of dwellings in the village of Curitiba during the period of 1721 to 1789. The study evaluated the decisions formulated by Raphael Pires Pardini and Francisco Toledo Rendon, two *ouvidores* (royal judges) of the Capitania de Paranaguá, as well as the records compiled by the assembly man in 1721, 1786, 1787, and 1789. In this scenario, the significant contribution of the royal *ouvidores* is evident, as the specialized individuals responsible for disseminating Portuguese legal doctrine in the distant regions of the overseas empire. On the other hand, the growing control of the colonial urban environment through the creation of regulations points to a broader context: a model of transition from the legal culture of the old system to modernity, a process that the Portuguese Crown undertook in the eighteenth century.

**Keywords:** legal culture; urbanization; Portuguese America; Curitiba.

## Resumen

El objetivo de la investigación es examinar cómo sucedía la regulación jurídica de la construcción y de la reparación de casas en la villa de Curitiba entre los años de 1721 y 1789. Para tanto, se evalúan las instrucciones normativas elaboradas por dos oidores reales de la Capitanía de Paranaguá, Raphael Pires Pardini y Francisco Toledo Rendon, así como los términos de concejalía producidos por el ayuntamiento municipal en los años de 1721, 1786, 1787 y 1789. Em ese panorama, se vuelve evidente, por un lado, la importante función desempeñada por los oidores reales en cuanto profesionales que difundían el derecho letrado portugués en los ayuntamientos de las más lejanas regiones del imperio ultramarino. Por otro lado, el creciente control del ambiente urbano colonial,

---

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná.

a partir de la creación de significativo rango de reglas jurídicas, sirve como indicativo de un contexto más amplio: el momento de transición entre las culturas jurídicas del Antiguo Régimen y de la Modernidad por lo cual pasaba el Reino de Portugal en el final del siglo XVIII.

**Palabras clave:** cultura jurídica; urbanización; América Portuguesa; Curitiba.

### **Riassunto**

L'obiettivo della ricerca è esaminare come si svolse la regolamentazione giuridica della costruzione e della riparazione delle case nella città di Curitiba tra gli anni 1721 e 1789. A questo scopo, i provimentos redatti da due ouvidores della Capitania di Paranaguá, Raphael Pires Pardino e Francisco Toledo Rendon, e i termos de vereança prodotti dal consiglio locale negli anni 1721, 1786, 1787 e 1789 vengono valutati. In questo scenario è evidente, da un lato, l'importante ruolo interpretati dai ouvidores come professionisti che diffondono il diritto portoghese nelle camere delle regioni più lontane dell'impero d'oltremare. D'altro canto, il crescente controllo dell'ambiente urbano coloniale, a partire dalla creazione di un ventaglio significativo di norme giuridiche, serve come indicazione di un contesto più ampio: il momento di transizione, tra le culture giuridiche dell'Antico Regime e della Modernità, che passava attraverso Portogallo alla fine del XVIII secolo.

**Parole-chiavi:** cultura giuridica; urbanizzazione; america portoghese; Curitiba.

## **1 Introdução**

António Manuel Hespanha indicou pioneiramente a existência de um modelo “informal” de colonização portuguesa, representado por uma rede heterogênea entre a metrópole e os seus territórios, com contornos fluídos e uma gradação fina entre a submissão política formal e a simples influência nas áreas não sujeitas (2019). Essa colonização “espontânea” marcou a administração político-jurídica portuguesa, no Brasil, durante o século XVIII, caracterizada por estruturas de administração variáveis, com amplo espaço para a autogestão e a autonomia dos grupos sociais, e, conseqüentemente, com pouco controle formal por parte do centro político (Hespanha, 2019).

Com base nessas premissas, esta pesquisa pretende examinar como eram reguladas a construção e reparação das casas, na pequena vila de Curitiba, durante o século setecentista. Para tanto, analisam-se os provimentos deixados na vila por dois ouvidores régios da Capitania de Paranaguá, Raphael Pires Pardino e Francisco Toledo Rendon, que, nos anos de 1721, 1786, 1787 e 1789, formularam as regras que serviam, à época, como pano de fundo para a regulação do espaço urbano local. De igual modo, examinam-se os termos de vereança elaborados pela câmara de Curitiba, nos anos referenciados, a fim de verificar como essas regras foram aplicadas pelos oficiais locais em específicas obras realizadas na região.

A documentação consultada, por sua vez, foi transcrita do original pelo historiador paranaense Francisco Negrão, entre os anos de 1906 e 1932, mediante a publicação de “*Boletins do Archivo Municipal de Curityba*”, dos quais essa pesquisa se serviu para acessar as fontes primárias. A partir disso, por um lado, com base na historiografia corrente, ressalta-se o importante papel dos ouvidores enquanto oficiais régios responsáveis por levar o direito letrado



português para as regiões mais distantes do império. Por outro lado, relacionam-se as específicas regras de construção e reparação de casas com um contexto político-jurídico mais amplo: o momento de transição entre uma cultura pré-moderna, ligada à sociedade plural e corporativa do Antigo Regime<sup>2</sup>, e uma cultura moderna, atrelada a um Estado centralizado e absoluto, cuja base era a ideia de um sujeito livre e proprietário.

Nesse cenário, o artigo divide-se em três partes: primeiro, apresentam-se as linhas gerais da monarquia corporativa portuguesa do Antigo Regime, com destaque para as funções exercidas pelos ouvidores régios nessa estrutura político-social; depois, há a descrição das regras de construção e reforma de casas na vila de Curitiba durante o século XVIII; finalmente, relacionam-se as normas selecionadas com a transição que se deu na Europa, no século XVIII, entre a monarquia corporativa e o Estado moderno.

## **2 A figura do Ouvidor Régio na monarquia corporativa portuguesa**

Durante o medievo europeu, entre os séculos V e XV, a ideia de que o mundo se regulava a partir de uma ordem objetiva, natural e indisponível estava no centro da imaginação política e jurídica, de modo a dominar o sentido da vida, as representações e as ações das pessoas (Hespanha, 2008). A sociedade era vista como um corpo, cujos órgãos possuíam diferentes funções, que estavam hierarquizadas de acordo com a sua importância para a subsistência do conjunto. Tratava-se de um todo ordenado com partes autônomas, mas desiguais, sendo que cada indivíduo ocupava uma posição fixa nessa disposição natural do mundo, estabelecida pela Criação (Hespanha, 2008).

O soberano estava vinculado à cabeça do corpo social, representando o vértice de uma ordem já dada e necessária. Sua função residia na tutela e conservação da base social, sendo-lhe proibido perturbar arbitrariamente as suas estruturas. Cabia-lhe simplesmente declarar o direito e não o criar. Nesse sentido, o monarca representava o “espelho da *ratio* imanente na ordem objetiva” (Costa, 2010, p. 225). O pensamento medieval, portanto, entendia existir uma “preeminência simbólica” do poder monárquico: não se exigia que o centro controlasse e absorvesse as partes autônomas do corpo social, mas apenas que regulasse as suas autonomias, no sentido de garantir que a harmonia do todo não fosse ofendida e que as jurisdições dos diferentes grupos sociais não fossem afetadas. O soberano representava a unidade, mas, nesse

---

<sup>2</sup> Entende-se por Antigo Regime “a dinâmica das sociedades ocidentais entre os séculos XVI e XVIII”, sendo, assim, o “conceito-chave para se compreender a especificidade da sociedade colonial e suas instituições de poder” (Vainfas, 2001, p. 43).

período, a noção de unidade era compatível com uma grande autonomia dos demais poderes políticos (Hespanha, 1994).

Importa ressaltar que a autonomia do direito em relação ao poder soberano era relativa, visto que, de um lado, significava que o direito não era expressão de determinados regimes políticos, mas, ao contrário, estava deles desvinculado. De outro lado, essa desvinculação representava uma profunda imersão na estrutura social do período, isto é, em costumes, representações, sentidos e tradições em voga na sociedade. Com isso, a experiência jurídica marcava-se tanto por uma pluralidade de valores quanto por uma pluralidade de tradições e fontes de produção (Grossi, 2014). Em síntese, segundo Paolo Grossi, a chave interpretativa para se compreender a ordem medieval é a ideia de que “os detentores do poder constituem *uma* fonte entre as muitas chamadas a edificar essa ordem; sem dúvida, não a única e tampouco a predominante” (2014, p. 67).

Nos séculos XVII e XVIII, a imaginação política e jurídica do medievo ainda permanecia na Europa. Especificamente em Portugal, nesse período, a monarquia possuía um caráter corporativo (Hespanha, 2001), porquanto o poder real compartilhava espaço com poderes de diferentes hierarquias. Esses outros poderes, legitimados pela ordem natural das coisas, tinham capacidade de autogoverno e de criação do direito, sem que existissem regras que delimitassem o âmbito de vigência de cada uma delas. O direito português, antes de ser um sistema fechado de níveis normativos, constituía uma “constelação aberta e flexível de ordens cuja arquitetura só podia ser fixada em face de um caso concreto” (Hespanha, 2006a, p. 62, 70).

Para Nuno Camarinhas (2010), no período, a justiça portuguesa dividia-se em jurisdições letradas e não letradas, sendo exercida em duas escalas: a central, por meio dos conselhos ligados ao rei, dos tribunais de relação e da Casa da Suplicação, e a periférica, a partir dos juízes de fora, dos superintendentes, dos provedores e dos ouvidores. Em Portugal, portanto, preservava-se o caráter policêntrico da política no Antigo Regime, já que essas jurisdições, embora se comunicassem, gozavam de considerável autonomia.

Nas cidades e vilas, a jurisdição era exercida por concelhos locais, nos quais coexistiam a justiça letrada e as justiças da própria região, com caráter consuetudinário (Camarinhas, 2010). Enquanto unidades administrativas, os concelhos eram dirigidos por uma câmara, composta em geral por um juiz-presidente, um procurador, alguns vereadores e outros oficiais, tais como almotacés e escrivães. Seus integrantes eram eleitos pela população local e confirmados pela administração central da Coroa (Fragoso; Bicalho; Gouvêa, 2001). Assim, os concelhos conservavam a competência para dizer o direito e, além disso, tinham outras funções,

por exemplo, regular os preços dos produtos, fiscalizar a cobrança de impostos e ordenar as construções nas vilas (Pereira, 2013).

Nesse cenário, cada câmara, tanto em Portugal quanto em suas colônias, possuía uma configuração própria e um equilíbrio estabelecido ao longo do tempo, conforme as diferentes conjunturas políticas, econômicas e sociais, que se sucediam em cada localidade (Fragoso; Bicalho; Gouvêa, 2001). A estrutura camarária dava coesão à sociedade local, por meio especialmente da administração da justiça, a sua função primordial, com isso é possível perceber que a organização judiciária portuguesa se dava prioritariamente em nível local (Pereira, 2013).

Por conta da distância entre a metrópole e as colônias, bem como das dificuldades práticas inerentes às realidades locais, o direito em Portugal não era praticado exatamente como nas regiões mais distantes do império. Desse modo, proliferavam diversas experiências jurídicas, as quais eram consideradas como “abuso” pelos magistrados reais, mas que, como aponta António Manuel Hespanha, constituíam o próprio direito colonial (2006b). Assim, nos séculos XVII e XVIII, como uma tentativa para obter maior controle nos territórios ultramarinos, a coroa passou a nomear, pela primeira vez, ouvidores para fiscalizar as jurisdições exercidas nos concelhos das colônias, apesar de que, na prática, esses oficiais exerciam funções mais próximas das dos corregedores (Camarinhas, 2010).

No Brasil, especialmente no século XVIII, os ouvidores desempenharam a significativa função de levar as formas e procedimentos do direito dos letrados para os mais distantes domínios portugueses na América, afinal, a justiça, enquanto conservadora da ordem das coisas, era o primeiro objetivo da coroa. No entanto, além das funções de aplicação do direito, possuindo jurisdição própria e, em alguns casos, atribuição para julgar em segunda instância os feitos dos juízes ordinários (Pereira, 2020), os ouvidores tinham variadas funções no domínio político e no domínio da polícia (Camarinhas, 2010).

Dessa forma, exercendo as atribuições dos corregedores, os ouvidores exerciam a fiscalização e administração das vilas na colônia, em conformidade com as Ordenações Filipinas, Livro I, Título 58, mas também a partir de atribuições criadas por legislação extravagante e, ainda, por providências isoladas vindas diretamente do rei (Hespanha, 1994). Destacam-se das Ordenações Filipinas, por exemplo: no item 33, o dever de verificar se havia médicos e cirurgiões exercendo a profissão nas vilas; no item 43, o dever de construir e reparar benfeitorias públicas, como calçadas, pontes, poços e caminhos; e no item 46, o dever de plantar árvores com frutos nos locais com circulação de pessoas (Almeida, 1870).

É notável que, dado o amplo rol de funções que os ouvidores possuíam, o papel político da camada burocrática e letrada, por eles representada, intensificou-se no Brasil. Assim, tornava-se possível misturar a roupagem formal e jurídica que vinha da metrópole com as necessidades e contingências locais, de tal forma que o poder régio se reforçava e com isso se estabelecia certo controle sobre as populações locais (Pereira, 2016).

Nesse sentido, esta pesquisa pretende, no capítulo seguinte, evidenciar a forma pela qual esses oficiais de justiça organizavam e fiscalizavam a vida cotidiana das pessoas. Isso será feito pela análise dos provimentos deixados pelos ouvidores na pequena Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba, durante o século XVIII, especialmente em relação às regras de construção e reforma de casas na região. O objetivo é demonstrar, assim, a presença de indícios, ainda no Antigo Regime, de um controle mais incisivo da coroa nos extremos da colônia, por meio de um direito letrado e profissional.

### **3 Os provimentos dos Ouvidores Régios na Vila de Curitiba**

#### **3.1 Ouvidor Raphael Pires Pardini (1721)**

No ano de 1711, Marques de Cascais vendeu a Capitania de Paranaguá, localizada na região sul do Brasil, junto com as demais terras da doação feita a Pero Lopes de Souza em 1534, à Coroa por 40.000 cruzados. Com isso, elas foram incorporadas ao patrimônio e jurisdição metropolitanos, sendo vinculadas ao Governo da Capitania de São Paulo, de modo que passaram a sofrer “interferência direta das autoridades régias, em particular dos Governadores de capitania e dos Ouvidores” (Pereira, 2020, p. 17, 20). Mais tarde, em 1723, foi criada a Ouvidoria de Paranaguá, por Carta Régia de 17 de junho de 1723, a partir de proposta do ouvidor Raphael Pires Pardini (Negrão, 1924b). De 1711 até 1723, as vilas da Capitania de Paranaguá, incluindo a de Curitiba, foram controladas e fiscalizadas por esse ouvidor.

Raphael Pires Pardini foi o primeiro ouvidor e corregedor que deixou provimentos na Capitania de Paranaguá (Negrão, 1924b). Formado bacharel em leis na Universidade de Coimbra, ele foi aprovado no Desembargo do Paço para exercer a magistratura no final do século XVII. Em 1717, recebeu a nomeação para o cargo de ouvidor da Capitania de São Paulo, quando tinha mais de cinquenta anos de idade e possuía assento na Relação do Porto (Pereira, 2020). Anteriormente, Pardini havia sido juiz criminal no bairro da Mouraria, na cidade de Lisboa, assim como juiz de fora das vilas de Santiago de Cacém e Sines, também em Portugal (Pegoraro, 2007).

Em 26 de janeiro de 1721, na vila de Curitiba, Pardinho apresentou 129 provimentos aos oficiais da câmara e outros moradores da região que estavam presentes na ocasião, para o “bom Regimen da Republica e bem comum d’ella” (Negrão, 1924b, p. 5). Nesses provimentos, ele ordenou, de início, que as pessoas da vila não seguissem as ordens de outros capitães donatários, tendo em vista que Curitiba e seus arredores, agora, pertenciam à Coroa: “assim se verão livres das opresões que em multas Terras d’este Estado padecem seus moradores com os capitais mores, Lugares Tenentes que os donatarios mandão” (Negrão, 1924b, p. 6). Ao afirmar a autoridade régia, portanto, o ouvidor pretendia criar regras para as mais diversas áreas de Curitiba, com o objetivo de fortalecer, organizar e controlar a povoação estabelecida na região.

Em relação às regras que tratam das obras construídas no espaço urbano local, Raphael Pardinho ordenou, inicialmente, que nenhuma pessoa fizesse casas sem licença da câmara, sob pena de pagamento de seis mil réis. A partir de então, a câmara determinaria os terrenos onde as próximas casas seriam construídas, de forma alinhada e unidas umas às outras<sup>3</sup>. De igual modo, estabeleceu-se que os moradores seriam obrigados a cercar seus quintais e a manter sempre fechadas as portas das suas casas<sup>4</sup>.

No provimento seguinte, Pardinho determinou que os juízes e oficiais da câmara não permitissem a venda de casas para posterior desfazimento e aproveitamento dos materiais obtidos, como madeiras, portas e telhas, sob pena de pagamento de multa à coroa. A vedação justificava-se porque, segundo o ouvidor, a prática de venda e desconstrução de casas prejudicava a organização e o alinhamento das ruas existentes<sup>5</sup>. Estabeleceu-se, ainda, o dever dos moradores de reparar quaisquer danos sofridos em suas casas, de modo que, se em um ano não houvesse reparação, elas seriam dadas a outras pessoas pelos oficiais da câmara<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> “37. – Proveo que daqui por diante nenhũa pessoa com pena de seis mil reis para o conselho faça casas de novo na villa sem pedir licença a Camera, que lha dará e lhe assignará chãos em que as faça continuando as ruas que estão principiadas e em forma que vam todas direitas por corda, e unindo-se huas com as outras, e não concintão que daqui por diante, se fação casas separadas e sós como se acham alguás, porque alem de fazerem a villa e Povoação disforme ficão os vezinhos nellas mais expostos a insultos e desviados dos outros visinhos para lhe poderem acudir em coalquer necessidade quer de dia ou de noite lhe sobrevenha” (Negrão, 1924b, p. 16).

<sup>4</sup> “39. – Proveo que dando o conselho chãos para quintaes aos vesinhos será conforme a testada das suas casas, e com tanto fundo como as mais tiverem, e serão obrigados os vezinhos a fazerem nelles seus cercados para ficarem fechados e livres de desacatos e ofensas de Deos que resultão dos quintaes estarem abertos e mal tapados. E por esta mesma razão obrigarão aos vezinhos a que tenham todas as portas das suas casas fechadas sempre, e que não aja na villa pardieiros e ranchos abertos de que se seguem os descerviços de Deos que se tem visto neste povo: sobre o que farão suas posturas e acordãos” (Negrão, 1924b, p. 16).

<sup>5</sup> “40. – Proveo para evitar o damno que muitas villas desta comarca tem padecido na sua povoação de muitos vizinhos venderem as suas casas a outros para as desfazerem e se aproveitarem das madeyras, portais e telha não só para fazerem outras casas na mesma povoação mais ainda para as conduzirem para fora: que os juizes, e officiaes da Camera não concintão nesta villa semelhante destruição de casas nem ahinda com o pretexto de se fabricerem outras, pois he melhor conservarem-se as feitas nas ruas continuadas que ficarem entre estes pardieiros para se fabricarem outras em diferentes ruas: e o que fizer o contrario condenarão ao vendedor no preço por que vender as casas e ao comprador em outra tanta pena em que tem emcorrido, e os juizes e officiaes da Camera devem cobrar para o fisco real, na forma da Ord. Lb.º 2.º Titulo 26 § 27” (Negrão, 1924b, p. 16).

<sup>6</sup> “41. – Proveo que quando os donnos das casas as deyxarem cahir e arruinar sem as mandarem e quererem reparar, ficando em pardieiros os officiaes da Camera os farão citar e a suas mulheres para que dentro de hum anno as reparem e aproveitem

No último provimento sobre a temática, Pardinho determinou que todas as pessoas, às quais fossem concedidos terrenos, construíssem as suas casas em até seis meses, sob pena de os perder. A medida era pertinente, pois, para o ouvidor, as ruas da vila estavam desorganizadas e em mau estado de conservação<sup>7</sup>.

As novas regras estabelecidas, portanto, evidenciam a criação de exigências e obrigações para as pessoas que pretendiam construir casas em Curitiba. A partir de então, cada indivíduo passou a depender de autorização formal da câmara para obter terrenos próprios, além disso, a manutenção desses terrenos tornou-se sujeita ao cumprimento de uma gama de regras específicas de organização urbana. Nesse panorama, observa-se que o aparelho jurídico, formal e letrado, estabelecido em Curitiba pela figura de Raphael Pardinho, fortaleceu os poderes concedidos aos juízes e oficiais da câmara, na medida em que esses passaram a ser responsáveis pelo controle e pela fiscalização do espaço urbano local. Ao mesmo tempo, as novas regras fixadas reforçaram a autoridade régia na região.

Oportuno ressaltar, porém, que apenas pela análise dos provimentos não é possível saber com exatidão se, na prática, eles foram executados e cumpridos por toda a população local. Como exemplo, consta em termo de vereança de 1721 que, após solicitação de Pardinho, elegeu-se João Alves Martins como depositário da arca dos órfãos, porque ele era, à época, o único integrante da câmara com casa no centro de Curitiba (Negrão, 1924a). Trata-se de um indício de que as regras de urbanização, nesse período, não valiam para parcela significativa da população, que não morava ou pretendia morar na região central da vila.

Ainda assim, o interesse de Pardinho em elaborar e tornar públicos esses provimentos parece ser um sinal relevante de que o poder régio aumentava o seu controle sobre a região. Não é à toa que, logo após concluir os provimentos, no ano de 1721, o ouvidor encaminhou cópias para análise diretamente para o rei de Portugal, que, a partir de provisão datada no mesmo ano, confirmou e aprovou as ações que Pardinho empreendia na região sul da América portuguesa (Negrão, 1925).

---

*e não o fazendo assim passado o anno dará a conselho os ditos pardyeiros com os materiaes que nelles houver, para quem os aproveite na forma da Ord. Lb.º 4.º Tit. 43 § 1.º* (Negrão, 1924b, p. 16-17).

<sup>7</sup> “42. – Proveo que ainda que o conselho de annos atras tenha dado chãos na villa a muitas pessoas para fazerem casas que não tem fabricado, antes se acham devolutos, daqui por diante não guardem os officiaes da Camera, as ditas datas de chãos antigos, salvo as pessoas a quem foram dadas dentro nestes primeiros seis mezes vierem, fazer nelles casas, alias os darão as primeiras pessoas que lhos pedirem, e nelles edificarem logo casas. E os chãos que daqui por diante derem na villa sempre será com a condição, de que dentro dos primeiros seis mezes as ham de edificar, e ainda que lhe não ponhão a dita condição sempre se entenderá serem dados com ella, porque não edificando as casas nos chãos que pedirão, se darão a outro que os pedir, e quizer edificar. Em nenhũ caso poderã o que pedio chauns e lhe foram dados vendellos sem ter nelles feito bemfeitorias, pois não é justo que aja quem se atravesse a pedir chãos em que não pode, ou não quer fabricar casas e impeça ao que pode, e as quer fabricar, de que resulta verem-se nas povoações muitas ruas, meyas por fazer e mais emjusto he que pedindo hum chão ao conselho que lhos dê de graça, os venda a outro que as quer fabricar” (Negrão, 1924b, p. 16-17).

### 3.2 Ouvidor Francisco Toledo Rendon (1786-1789)

Décadas mais tarde, a partir do ano de 1786, novas regras para a construção de casas foram criadas em Curitiba, intensificando o poder régio nos extremos do império. Nesse período, Francisco Leandro de Toledo Benidos Rendon estava no cargo de ouvidor da Comarca de Paranaguá. Natural da Capitania de São Paulo, filho do guarda-mor Agostinho Delgado Arouche, Francisco Rendon formou-se na Universidade de Coimbra em 1779, sendo nomeado para o cargo de ouvidor em 1783 e tendo iniciado o seu exercício no ano de 1785 (Pegoraro, 2007). Entre 1785 e 1790, ano em que deixou o cargo, procurou regular a concessão e construção de casas na região por meio de três provimentos, elaborados nos anos de 1786, 1787 e 1789.

Inicialmente, em janeiro de 1786, Rendon deixou seis provimentos em Curitiba, a fim de “prover com justiça a favor do bem cumum do Povo” (Negrão, 1924b, p. 109-110), com expressa menção de que os provimentos elaborados por Pardinho deveriam ser rigorosamente observados e cumpridos. Quanto à edificação das moradias, no provimento 2º, estabeleceu-se que todas as casas fossem construídas unidas umas às outras, sendo proibido que fossem estruturadas com “tacanissas”<sup>8</sup>, sob pena de pagamento de seis mil réis à câmara<sup>9</sup>. Ainda, no provimento 4º, preocupado com a organização e limpeza da vila, Rendon determinou que os moradores fizessem calçada na frente de seus terrenos, sendo obrigação da câmara construir as calçadas nos lugares onde não existissem residências<sup>10</sup>.

Da análise dos termos de vereança registrados no ano de 1786, é possível identificar indícios de que os provimentos estavam sendo cumpridos. Por exemplo, no dia 21 de janeiro desse ano, Pedro Antonio Francisco de Lemos havia apresentado uma petição à câmara solicitando a concessão de “quatro brassas de terras p.a formar huas – cazas na rua nova – que se pertende faser pello amorada de casas de Dominguos Cordr.o”, sendo-lhe autorizada as construções, desde que “sem prejuizo de treceiro edentro no tempo de seis mezes esem que esta

<sup>8</sup> De acordo com o dicionário da língua portuguesa composto pelo padre D. Rafael Bluteau, em 1712, e reformado e acrescentado por Antonio de Moraes Silva em 1789, “tacaniza” significava “lanço do telhado, que cobre os lados do edificio, chamados cabeceiras” (Bluteau; Silva, 1789, p. 439).

<sup>9</sup> “2º Proveo que a Camara não consinta que as casas que se edificarem daqui em diante nesta Villa, sejam de tacanissas, mas sim que sejam de outão inteiro, p.a se não verem os vesinhos obrigados a sofrer ou receber as aguas nos seus telhados, ou não unirem as suas casas a aquellas, como devem estar unidas confr.e a determinação do Cap.o 37 dos Provim.tos do Dezemb.or Rafael Pires Pardinho, e que toda a pessoa que o contr.o fizer seja condemnado em seis mil reis p.a o Conc.o e obrigado a sua custa a desmanchar o pavimento q.e tiver feito de tacaniza” (Negrão, 1924b, p. 111).

<sup>10</sup> “4º Proveu mais que a Camara obrigue aos moradores desta Villa a mandarem calçar as suas testadas mandando a mesma Camara fazelas nos lugares por onde não houverem moradores, assim como deve cuidar no conserto das fontes, pontes e caminhos, e que intime os Almotaceis que na primeira Correição se lhes ade proceder m.to rigorosam.te se cumprirão com a sua principal obrigação de cuidarem da Limpeza desta Villa” (Negrão, 1924b, p. 111).

referida casa tenha Tacanissa alguma na rua prejudicando as mais morada, das cazas circumvizinhas” (Negrão, 1927, p. 8).

Além disso, no dia 4 de março de 1786, registra-se que Gabriel Narcizo requereu à câmara “oito brassas de chans para faser cazas na <Rua Nova> que agora se principia”, sendo-lhe também autorizada as obras “com condição de levantallas dentro de seis mezes pena de os não tendo feito findo elle sedarem aquem os pedir” (Negrão, 1927, p. 11).

Vale ressaltar, ainda, o termo de vereança de 17 de junho do mesmo ano, afirmando que os oficiais da câmara saíram pelas ruas da vila em correição, a fim de verificar se as ruas e casas estavam corretamente edificadas, sendo registrado que eles “acharão estar tudo corrente”, exceto na Rua do Fogo, onde as casas de João da Costa Rosa estavam “prencipiadas amuito tempo”. Com isso, a câmara determinou que ele concluísse as suas obras em quatro meses (Negrão, 1924b). Mais tarde, em 14 de outubro, João da Costa Rosa apresentou uma petição, na qual havia a declaração do ouvidor concedendo-lhe mais dois meses para finalizar as edificações, sendo que os oficiais da câmara aceitaram o documento (Negrão, 1924b).

Ademais, ao longo de 1786, identificaram-se outros termos de vereança que fazem referência ao deferimento de petições de moradores que solicitavam terrenos para a construção de casas. Há exemplos de 6 de maio, 11 de novembro e 18 de novembro (Negrão, 1924b), embora sem apresentar os nomes dos requerentes e outras informações específicas sobre as obras. Nesse contexto, percebe-se que já no segundo ano como ouvidor, Francisco Rendon pôde intensificar o controle e a fiscalização da construção de casas em Curitiba, contribuindo para o aumento do poder régio na região.

Na sequência, em fevereiro de 1787, Rendon elaborou novos provimentos, a partir dos quais parece ter reforçado ainda mais o cumprimento dessas regras. No provimento 2º, determinou que em três meses os moradores de Curitiba fizessem calçadas tanto na frente quanto nos fundos de suas casas, sob pena de os oficiais da câmara obrigarem a concluir essas obras “a custa dos rebeldes sem excepção de pessoas”<sup>11</sup>.

Da mesma forma, ordenou, no 3º, que somente fossem concedidos terrenos na vila com a condição de que neles fossem edificadas casas, feitas de “oitão inteiro” e com calçadas em suas frentes, dentro de seis meses, sob pena de serem devolvidas à câmara, o que reforçava as

---

<sup>11</sup> “1º Proveo que se observem os seus Provimentos da Correição passada, e que em virtude delles mandem os officiais da Camara concluir o Caminho p.a a Freguezia de S. José, e tãobem obriguem aos moradores desta Villa a acabarem de fazer as calçadas das suas testadas, tanto as q’ ficão na frente das cazas, como na dos quintaes, se o muro destes fizer face p.a a rua; assignando-lhes o espaço de tres mezes p.a as concluirem, com a pena delles off.es as mandarem fazer a custa dos rebeldes sem excepção de pessoas, o que farão publico por seu Edital” (Negrão, 1924b, p. 113-114).



regras anteriormente criadas por Pardinho<sup>12</sup>. Por exemplo, nos termos de vereança datados de 13 de julho e 20 de dezembro de 1787, verifica-se que os oficiais da câmara foram às ruas de Curitiba para fazer correições e, assim, identificar eventuais irregularidades nas construções existentes. Nas duas ocasiões, não foram identificados problemas (Negrão, 1927).

Por fim, em 1789, o ouvidor Rendon elaborou dez provimentos sobre variados assuntos da vila, como disposições sobre arrecadação de subsídios, arrematação de gêneros alimentícios e construção de pontes e estradas. Quanto à edificação de casas, no provimento 10º, o ouvidor ordenou que fossem concedidas casas na região somente por meio de carta, elaborada pelo escrivão da câmara, com expressa menção a todas as cláusulas envolvendo a concessão e, ainda, com as assinaturas dos oficiais presentes no ato, sendo que, em caso contrário, a concessão perderia seu efeito<sup>13</sup>. Portanto, houve um incremento na formalização dos atos praticados na vila. A linguagem jurídica e formal ganhou importância e tornou-se determinante na vida cotidiana de seus moradores. Francisco Rendon, com isso, fortaleceu o poder régio, representando o elo entre as comunidades locais e o soberano (Pegoraro, 2007).

Em síntese, a partir da análise das atuações dos ouvidores da Comarca da Paranaguá, durante o século XVIII, ainda que com um recorte específico – as regras sobre construções de casas na vila de Curitiba –, identificaram-se indícios do papel desempenhado por esses oficiais no aparelho jurídico implantado pela Coroa portuguesa no Brasil. Os ouvidores foram agentes profissionais que, a partir do direito letrado, contribuíram para o aumento do controle da metrópole sobre as populações locais, defendendo os interesses do rei e conservando a sua autoridade na colônia, mesmo nas áreas mais remotas.

Conforme será visto no capítulo seguinte, a análise dos provimentos que estabeleceram as regras para a construção de casas em Curitiba fornecem, também, sinais de que uma mudança mais ampla estava por vir: a transição de uma cultura político-jurídica ligada às representações da sociedade corporativa do Antigo Regime, composta por entes autônomos e coletivos, para

---

<sup>12</sup> “3º Proveo mais que daqui em diante se não dem chãos nesta Villa, sem ser com a condição de se edificar nelles cazas dentro aos primeiros seis mezes, fazendose as de oitão inteiro, e calcandose logo as testadas na frente sobre dita; e que não estando as casas dentro do dito tempo ao menos cubertas, e com as paredes alevantadas e acabadas, fiquem logo os chaons devolutos, e se dem a outras pessoas, q’ os pedirem, pagando por sua avaliação alguma bemeitoria q’ nelles se tiver feito; sem que em nenhum tempo os que pedirão chaons, e lhes forão consed.os de graça os possuem vender a outras q’ nelles queirão fazer casas na fr.a do Provim.to 42 do D.or Raphael Pires Pardiniho: E que a respeito dos chaõs, que ja se concederão, e que com grande prejuizo da povoação desta Villa se achão devolutas e por edeficar, os Off.es da Camara farão notificar aos Donatarios por seu Edital, p.a que dentro do d.o tempo, e na fr.a referida, edifiquem nelles as suas casas, pena de ficarem devolutas” (Negrão, 1924b, p. 114-115).

<sup>13</sup> “10º Proveo que os Officiaes da Cam.a não concedão chaons nesta Villa para nelles se construirem casas sem ser por carta passada pelo Escr.am da Camara e por elles assignada na qual irão insertas todas as clausulas que se achão determinadas pelos Provim.tos de Correição e sendo registada no Livro comp.e E se forem Conced.os de outra sorte ficara sendo nenhuma e seu efeito a concessão” (Negrão, 1924b, p. 121).

uma cultura propriamente moderna, vinculada à noção central de comunidade, composta por indivíduos com interesses particulares, objeto de controle e domínio pelo Estado.

#### **4 A transição entre o Antigo Regime e a modernidade**

António Manuel Hespanha assinala que, a partir do final do século XVIII, a ideia de Estado incorpora elementos muito diferentes em relação àqueles que caracterizavam a noção de monarquia corporativa no Antigo Regime. Antes, como visto, o soberano representava simplesmente um poder dentre vários outros que existiam na sociedade, que, hierarquizada e indisponível, representava a tradução da ordem natural do mundo (Hespanha, 2009). Em fins do século XVIII, porém, começou a se desenvolver um projeto político que pretendia reduzir os polos periféricos de poder à apenas um: o Estado, que constituiria o centro único e absoluto da ordenação social (Hespanha, 1987).

Desde então, o poder soberano centralizado reagiu contra todas as manifestações e experiências particulares de pluralismo político, reduzindo-as a meras delegações do poder estatal. A sociedade passou a ser regida por normas abstratas, que seriam produto direto de uma razão humana natural e universal, visando a proteção dos interesses de todos os indivíduos que faziam parte dessa nova disposição social (Hespanha, 2006a). Com o fim do Antigo Regime, portanto, a imagem do soberano sobrepõe-se às demais. As razões do Estado justificam suas ações, cabendo-lhe a organização da sociedade, a fim de protegê-la de ameaças internas e externas (Hespanha, 2006a).

Pietro Costa, no mesmo sentido, destaca que, nesse período, cria-se “uma nova antropologia política, uma nova visão do ser humano e de sua relação com a ordem política” (2010, p. 228), visto que a cultura político-jurídica do século XVIII começa a entender o indivíduo enquanto ponto de origem e destinação final da ordem social. A propriedade, então, passa a compor a principal expressão jurídica da subjetividade, sendo tanto a base da sociedade como a condição de legitimidade do esquema político-jurídico, afinal esse seria legítimo enquanto respeitasse e garantisse os direitos naturais de cada indivíduo (Costa, 2010).

Utilizando como pano de fundo o modo pelo qual os interesses dos moradores da vila de Curitiba eram tratados nos provimentos, quando pretendiam construir e reformar as suas próprias casas, pode-se notar que, tal como observam os autores citados no processo de origem da modernidade, a proteção e o reconhecimento desses bens pelo poder político-jurídico local estavam condicionados a uma série de obrigações e exigências. Essas, embora limitassem as

vontades e o livre arbítrio das pessoas, contribuía para a preservação de seus próprios interesses.

Assim, por exemplo, quando em 1721 o ouvidor Raphael Pardinho estabeleceu, no provimento 37º, que fossem construídas casas unidas umas às outras, conforme o traçado retilíneo das ruas, a fim de que os vizinhos não ficassem sozinhos e “nellas mais expostos a insultos e desviados dos outros visinhos para lhe poderem acudir em coalquer necessidade quer de dia ou de noite lhe sobrevenha” (Negrão, 1924b, p. 16), pode-se inferir que, embora se tratasse de limitações estabelecidas pelo ouvidor, tais exigências refletiam a intenção de proteger os próprios moradores. Isso porque, caso as obrigações não fossem cumpridas e cada pessoa estabelecesse moradia distante uma da outra, todas elas estariam potencialmente sujeitas a infortúnios que ocorressem na vila. Com isso, não se trata de avaliar a eficácia da medida pensada por Pardinho, isto é, de determinar se a construção de casas unidas umas às outras poderia de fato resguardar a vida dos moradores, mas simplesmente de perceber que essa restrição do direito de edificação das pessoas servia especialmente para garantir os interesses coletivos.

No mesmo sentido, destaca-se o provimento 2º, deixado por Francisco Rendon, em 1786, na vila de Curitiba. O ouvidor, por meio desse provimento, além de determinar também que as casas fossem construídas unidas umas às outras, ordenou que elas não fossem erguidas com “tacanissa”. Aparentemente, esse era um material menos resistente, já que o intuito do provimento era evitar que os vizinhos fossem “obrigados a sofrer ou receber as aguas nos seus telhados” (Negrão, 1924b, p. 111). Ou seja, todas as pessoas que construíssem casas na vila deveriam sujeitar-se à restrita determinação de usar um tipo de material já definido, porém, mais uma vez, tal exigência, em princípio, não beneficiava o ouvidor ou os oficiais da câmara, mas era constituída exatamente para proteger os interesses de todos os habitantes com casas na vila.

É o que se denota também do termo de vereança de 21 de janeiro de 1786, segundo o qual Pedro Antonio Francisco de Lemos havia apresentado petição na câmara para que lhe fossem concedidas “quatro brassas de terras p.a formar huas – cazas na rua nova – que se pertende faser pello amorada de casas de Dominguos Cordr.o” (Negrão, 1927, p. 8). Os oficiais, diante do pedido, autorizaram a realização das obras desde que fossem feitas “sem prejuizo de treceiro edentro no tempo de seis mezes esem que esta referida casa tenha Tacanissa algua na rua prejudicando as mais morada, das cazas circumvizinhas” (Negrão, 1927, p. 8).

Assim, é possível perceber que o motivo das obrigações impostas ao morador requerente era a preservação das casas próximas ao terreno que lhe seria concedido, de modo a não afetar

os bens controlados pelos demais indivíduos da vila. Portanto, é razoável pensar que, mesmo se tratando de um contexto muito específico – uma pequena vila colonial no sul do Brasil –, verificam-se indícios da transição apontada entre as culturas pré-moderna e moderna.

Os moradores de Curitiba, embora não fossem propriamente indivíduos modernos, livres e proprietários, já se deparavam com um poder político-jurídico que tinha a pretensão de controlar a população local, evitar conflitos e, com isso, desenvolver a colonização da região. Assim, ainda que os provimentos analisados sejam sinais muito incipientes, são prova de um período de transição em que o poder soberano passa a compreender a sociedade como um conjunto de indivíduos sujeitos a um domínio cada vez mais amplo e totalizante.

## 5 Considerações finais

O século XVIII, como se viu, representou um período de transição entre a sociedade corporativa, marcada pelas representações de mundo do Antigo Regime, e o Estado moderno, caracterizado por um poder soberano centralizado e absoluto. Nesse contexto, a vila de Curitiba já apresentava alguns sinais de que o poder régio pretendia controlar e fiscalizar com maior afinco os territórios coloniais.

No Brasil, especialmente durante o século XVIII, os ouvidores desempenharam a importante função de levar as formas e técnicas do direito letrado aos mais distantes domínios portugueses na América, afinal, a justiça, enquanto conservadora da ordem das coisas, era o objetivo primeiro da coroa. Os provimentos analisados, portanto, evidenciam que os ouvidores régios reconheciam e protegiam juridicamente os bens dos moradores da vila, notadamente as suas casas e terrenos. Ao estabelecer uma série de obrigações e exigências, essas regras tinham como finalidade principal a prevenção de conflitos e o controle da comunidade local.

Extraí-se do específico contexto de Curitiba do século XVIII, em síntese, os primeiros indicativos de uma mudança que já dava os primeiros passos no cenário político-jurídico europeu: formava-se uma nova sociedade pautada na liberdade individual de seus cidadãos; liberdade essa que era, ao mesmo tempo, garantida e limitada pelo nascente poder estatal.

## Referências

ALMEIDA, C. M. de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal:** recopiladas por mandado d'el-Rey D. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

BLUTEAU, R.; SILVA, A. de M. **Diccionario da lingua portugueza composto pelo padre D. Rafael Bluteau, reformado, e accrescentado por Antonio de Moraes Silva natural do Rio de Janeiro**. Lisboa: Officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1789. v. 2.

CAMARINHAS, N. **Juízes e administração da justiça no Antigo Regime**: Portugal e o império colonial, séculos XVII e XVIII. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

COSTA, P. Democracia política e Estado Constitucional. *In*: COSTA, P. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 223-256.

FRAGOSO, J.; BICALHO, M. F. B.; GOUVÊA, M. de F. S. (org.). **O Antigo Regime nos trópicos**: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GROSSI, P. **A ordem jurídica medieval**. Trad. Denise Rossato Agostinetti. Revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

HESPANHA, A. M. **As vésperas do Leviathan**: instituições e poder político; Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.

HESPANHA, A. M. Da “iustitia” à “disciplina”: textos, poder e política penal no Antigo Regime. **Anuario de historia del derecho español**, Madrid, n. 57, p. 493-578, 1987. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134530>. Acesso em: 23 jan. 2024.

HESPANHA, A. M. **Filhos da terra**: identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa. Lisboa: Tintas da China, 2019.

HESPANHA, A. M. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista; o caso português. Curitiba: Juruá, 2009.

HESPANHA, A. M. **Imbecillitas**: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. Belo Horizonte: FAFICH-UFMG, 2008. p. 26-41.

HESPANHA, A. M. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006a.

HESPANHA, A. M. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Milano, n. 35, p. 59-81, 2006b. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188085>. Acesso em: 23 jan. 2024.

NEGRÃO, F. (org.). **Boletim do Archivo Municipal de Curityba**: documentos para a história do Paraná. Curitiba: Livraria Mundial, 1924a. v. 7.

NEGRÃO, F. (org.). **Boletim do Archivo Municipal de Curityba**: documentos para a história do Paraná. Curitiba: Livraria Mundial, 1924b. v. 8.

NEGRÃO, F. (org.). **Boletim do Arquivo Municipal de Curitiba**: documentos para a história do Paraná. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1925. v. 12.

NEGRÃO, F. (org.). **Boletim do Arquivo Municipal de Curitiba**: documentos para a história do Paraná. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1927. v. 33.

PEGORARO, J. W. Ouvidores Régios e centralização jurídico-administrativa na América Portuguesa: a comarca de Paranaguá (1723-1812). 2007. 123 f. **Dissertação** (Mestrado em História) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/19466/dissertacao\\_jonaswilsonpegoraro\\_completa2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/19466/dissertacao_jonaswilsonpegoraro_completa2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 19 jan. 2024.

PEREIRA, L. F. L. Cultura jurídica dos rústicos da América Portuguesa: juízes ordinários da vila de Curitiba no século XVIII. In: SANTOS, A. C. de A. (org.). **Ilustração, cultura escrita e práticas culturais educativas**. Ponta Grossa: Estúdio Texto, 2016. p. 69-87. v. 1

PEREIRA, L. F. L. Direito dos letrados nos confins da expansão portuguesa: Ouvidores Régios de Paranaguá/São Paulo em Curitiba (1711-1738). **História do Direito: RHD**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 12-32, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/78718/42924>. Acesso em: 19 jan. 2024.

PEREIRA, L. F. L. O Império Português: a centralidade do concelho e da cidade, espaço da cultura jurídica. In: FONSECA, R. M. (org.). **As formas do direito: ordem, razão e decisão**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 577-633. v. 1.

VAINFAS, R. (org.). **Dicionário do Brasil Colonial (1500-1808)**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

# A NAÇÃO IMAGINÁRIA: CONSTRUÇÃO DA NAÇÃO BRASILEIRA NA DÉCADA DE 1930<sup>1</sup>

*IMAGINED NATION: CONSTRUCTION OF NATIONAL IDENTITY IN THE 1930S*

*LA NACIÓN IMAGINARIA: CONSTRUCCIÓN DE LA NACIÓN BRASILEÑA EN LA DÉCADA DE 1930<sup>2</sup>*

Kamylla Padilha<sup>3</sup>  
Heloísa Fernandes Câmara<sup>4</sup>

## Resumo

O presente trabalho buscou analisar como o conceito de nação foi pensando e articulado ao longo dos anos, com intuito de manter a ordem estabelecida, expondo sua relação com o patriotismo, e a construção da ideia do que viria a ser o povo brasileiro a partir dos anos 1930. Observamos a utilização de discursos de pátria enquanto família homogênea, provindas da civilização cristã e visualizadas como grande patrimônio a ser protegido pelo Estado. Abordamos no artigo como foram adotadas diversas medidas de propaganda institucional e tentativa de cooptação da população para as ideias revolucionárias. As propagandas exaltavam o presidente como o chefe da nação, a urgência do Estado Novo para se estabelecer a ordem e incentivavam o amor à pátria. O artigo foi dividido em três partes, sendo abordados os problemas nacionais, posteriormente foram apresentadas as discussões, o papel do Direito e dos juristas na mudança da ordem estabelecida na República Velha. Por fim, foi apresentada a construção de uma identidade nacional abordando os discursos e mecanismos utilizados para a construção da ideia de unidade nacional e permitir a consolidação e manutenção de discurso autoritário.

**Palavras-chave:** Revolução de 1930; construção da nacionalidade; unidade nacional; discurso autoritário.

## Abstract

This paper aims to examine the evolution and articulation of the concept of the nation throughout the years, with a focus on its role in sustaining the existing order. It delves into the interplay between the notion of nation, patriotism, and the formation of the Brazilian identity from the 1930s onward. The study scrutinizes the utilization of discourses portraying the homeland as a cohesive family rooted in Christian civilization, deemed a significant heritage safeguarded by the State. The analysis also explores the deployment of institutional advertising strategies to enlist public support for revolutionary ideals. These advertisements glorified the president as the nation's leader, emphasized the Estado Novo's imperative to establish order, and fostered a sense of patriotism. The paper is structured into three segments: it initially addresses national issues, followed by discussions on the role of law and jurists in challenging the established order of the "Old Republic." Finally, it presents the construction of a national identity, elucidating the discourses and mechanisms employed to forge the concept of national unity and facilitate the consolidation and perpetuation of authoritarian discourse.

**Keywords:** 1930 Revolution, construction of nationality; national unity; authoritarian discourse.

---

<sup>1</sup> Considerando o elo entre comunidade “imaginada” e “imaginária” o título é inspirado na obra clássica de Benedict Anderson, *Comunidades Imaginadas* (Anderson, 2020). Embora o autor analise o tema do nacionalismo afastando que seja apenas uma atividade desempenhada pelos Estados, de forma que a nação seria uma comunidade política imaginada, em sentido antropológico. Entretanto, o que queremos frisar nesse artigo é parte dos esforços estatais para construção de mecanismos de aglutinação que permitiram a manutenção de discurso autoritário.

<sup>2</sup> Considerando o elo entre comunidade “imaginada” e “imaginária” o título é inspirado na obra clássica de Benedict Anderson, *Comunidades Imaginadas* (Anderson, 2020). Embora o autor analise o tema do nacionalismo afastando que seja apenas uma atividade desempenhada pelos Estados, de forma que a nação seria uma comunidade política imaginada, em sentido antropológico. Entretanto, o que queremos frisar nesse artigo é parte dos esforços estatais para construção de mecanismos de aglutinação que permitiram a manutenção de discurso autoritário.

<sup>3</sup> Universidade Federal do Paraná. E-mail: kamyllapadilha92@gmail.com

<sup>4</sup> Universidade Federal do Paraná. E-mail: heloisafcamara@yahoo.com.br

## Resumen

El presente trabajo buscó analizar cómo el concepto de nación fue pensando y articulado a lo largo de los años, con intuito de mantener el orden establecido, exponiendo su relación con el patriotismo y la construcción de la idea de lo que vendría a ser el pueblo brasileño a partir de los años 1930. Observamos la utilización de discursos de patria mientras familia homogénea, provenientes de la civilización cristiana y visualizadas como gran patrimonio a ser protegido por el Estado. Abordamos en el artículo cómo fueron adoptadas diversas medidas de propaganda institucional e intento de cooptar la población para las ideas revolucionarias. Las propagandas enaltecían al presidente como el jefe de la nación, la urgencia del Estado Novo para establecerse el orden y alentaban el amor a la patria. El artículo fue dividido en tres partes, planteándose los problemas nacionales. Luego, se presentaron las discusiones, el rol del Derecho y de los juristas en el cambio del orden establecido en la República Velha. Por fin, se presentó la construcción de una identidad nacional tratando de los discursos y mecanismos utilizados para la construcción de la idea de unidad nacional y permitir la consolidación y mantenimiento de discurso autoritario.

**Palabras clave:** Revolución de 1930; construcción de la nacionalidad; unidad nacional; discurso autoritario.

## 1 Introdução

No Brasil, a década de 1930 pode ser compreendida como complexa em razão de sua alta produção jurídica, acadêmica, e das mudanças na ordem estabelecida. Este período se iniciou com a chamada revolução de 1930, passou por um processo constituinte advindo de uma demanda “constitucionalista” e terminou em um golpe de Estado. Diante de tantas mudanças jurídico-políticas, estudos sobre a década de 1930 são essenciais para compreender a construção do ideal de unidade e identidade nacionais no contexto brasileiro. O processo de forjamento da identidade nacional brasileira deve-se aos acontecimentos políticos e divergências ideológicas desta época.

Nos limites do presente artigo, não é possível se ater a cada uma das divergências políticas, contudo é necessário compreender que havia extenso número de demandas pairando sob a sociedade e que a construção de um sentimento uniforme de nação serviu como ponto de aglutinação de interesses. Durante a pesquisa, constatou-se que os conceitos de nação e pátria foram frequentemente utilizados enquanto conceitos conexos, e que não havia consenso acerca de seu significado. Ressalta-se que o pensamento político se modifica ao longo do tempo e que havia pluralidade de abordagens teóricas à época.

Adicionalmente, utilizamos fontes primárias, como jornais, cartilhas elaboradas no período do Estado novo e discursos proferidos neste período. Os trechos de jornal foram consultados na Hemeroteca Nacional, com destaque aos jornais *O Malho*, escolhido em razão das críticas e sátiras representadas em charges que descrevem o período estudado, e *A Razão*, escolhido por se tratar de espaço disseminador da ideologia integralista, com fortes representações do ideal nacional.

A pesquisa com fontes primárias possui limitação prática, uma vez que não é possível mapear precisamente e ler todas as fontes existentes tendo em vista a quantidade de acervos no



país. Com isso em mente, as fontes foram sistematizadas com base na disponibilidade e pertinência temática. O objetivo do trabalho é compreender, com base nas fontes apresentadas, como foi articulado o conceito de nação brasileira, e como esse conceito foi operacionalizado nos debates da época. Em outras palavras: a análise de como o conceito de nação homogênea foi forjado para justificar a consolidação e a manutenção de discurso autoritário.

Para a observação histórica de maneira coesa, alguns pontos são determinantes: (i) o regime político brasileiro era baseado em uma construção constitucional liberal e excludente; (ii) a modernização passou pela transição de uma organização rural para urbana e trouxe diversas questões, o que demandava maiores ações diretivas por parte do Estado — havia insatisfação popular com o regime que pode ser observada nas diferentes reivindicações demonstradas no artigo —, traduzidas na Revolução de 1930; (iii) a Revolução veio para extinguir a “velha ordem” liberal, momento em que a arte e a educação foram utilizadas para inculcar os sentimentos nacionalistas; (iv) a ideia do que viria a ser a nação brasileira foi forjada como identidade homogênea, privilegiando a unidade e não as particularidades regionais, inclusive como forma de substituí-las<sup>5</sup>.

A pesquisa foi fracionada em três partes, primeiramente abordarmos os “problemas nacionais”, apresentando qual era o cenário da Primeira República (1889-1930), bem como suas reivindicações e os questionamentos decorrentes do liberalismo excludente vigente à época. Posteriormente, foram apresentadas as discussões, o papel do Direito e dos juristas na mudança da ordem estabelecida na *República Velha* e as mudanças advindas do golpe de estado. Por fim, especificamente sobre a construção de uma identidade nacional, abordamos de que maneira o discurso jurídico foi mobilizado e quais os mecanismos foram utilizados para formar o ideal de unidade nacional e permitir a consolidação e a manutenção de discurso autoritário.

Por discurso autoritário, referimo-nos às práticas e concepções representadas pelo governo de Getúlio Vargas, opostas à tradição partidária e à democrática corrente, criando-se uma ideia de “democracia autoritária” de prisma corporativista com controle do Estado sob as relações sociais (Rosenfield, 2021). Como podemos afirmar que o governo era autoritário? O uso de expedientes extraordinários, em refutação à política calcada na separação das funções de Estado fornece uma chave importante, embora nesse período a própria concepção de democracia e autoritarismo fossem nuançadas.

---

<sup>5</sup> Conforme José Murilo de Carvalho, “[a partir da década de 1930] houve progresso na formação de uma identidade nacional, na medida em que surgiram momentos de real participação popular. Foi o caso do próprio movimento de 1930 e das campanhas nacionalistas de 1950. O nacionalismo incentivado pelo Estado Novo, foi o principal instrumento de promoção de uma solidariedade nacional, acima das lealdades estaduais. A esquerda salientou-se na defesa das teses nacionalistas.” (Carvalho, 2015, p. 92).

Nesse sentido, pode-se observar o uso exacerbado do estado de sítio para suspender as garantias constitucionais; a decretação de *estado de guerra intestina*; a criação do Tribunal de Segurança Nacional pela consagração das polícias políticas (Rosenfield, 2021). Buscando a consagração do projeto autoritário, os discursos de pátria — enquanto família homogênea — formulados pelo governo Vargas traziam aos cidadãos as ideias de conforto e de proteção. As instituições *família* e *sociedade*, provindas da civilização cristã, seriam o grande patrimônio a ser protegido pelo Estado.

O projeto de nação foi idealizado e realizado sem considerar as particularidades regionais, rechaçando a pluralidade para dar lugar à unidade, motivo pelo qual o título do artigo refere-se a uma construção imaginária de nação, em razão da impossibilidade de se visualizar o caráter homogêneo de tal conceito. Em suma, o projeto autoritário não buscou significado nas raízes profundas da realidade brasileira, mas focou na construção de símbolos e heróis nacionais. Como resultado, durante esse processo de construção da identidade nacional, grande parte da população foi excluída, atendendo às necessidades dos grupos dominantes em nome da ordem e do progresso.

## **2 Problemas nacionais**

Contextualizar os problemas nacionais e reivindicações populares é o passo inicial da pesquisa, partindo do pressuposto de que é fundamental investigar quais discussões faziam parte dos debates, como era o cotidiano da população, quais eram as demandas que o Estado precisava administrar e se esses conflitos são capazes de representar o conceito de nação empregado pelos autores no período estudado.

Na década de 1930 houve grande produção jurídica em áreas diversas, incluindo a importante sistematização do Direito Administrativo no Brasil. A alta produção traduziu-se na elaboração de diversos códigos e regras da Administração Pública, como a Constituição de 1934 e códigos conservacionistas (Florestal, Águas, Minas, Pesca e Caça) e o Código Eleitoral de 1932. Essa construção teve vários responsáveis, que pretendiam modificar o panorama marcado por fraudes eleitorais, esquema de escolha de candidatos, hipertrofia do Poder Executivo, assim como concentração de poder entre as oligarquias e falhas no processo de modernização (Oliveira, 1986).

As revistas jurídicas e as discussões presentes nos jornais da época apontam para o papel relevante do Direito — especialmente com a consolidação do Direito Administrativo brasileiro — e o destaque dos juristas na década de 1920 nos debates públicos. As grandes questões

nacionais passavam pelos debates jurídicos, nesse sentido a questão clássica sobre o que é (e o que deveria ser) a constituição, a organização do Estado e dos poderes, direitos fundamentais têm relevância no espaço público.

Muitas revistas foram inauguradas nesse período, como Revista de Crítica Judiciária (1924); Paraná Judiciário (1925); Revista da Faculdade de Direito da Bahia (1925); Arquivo Judiciário (1927); Revista de Jurisprudência Brasileira (1928). Os motivos são variados, incluindo o aumento dos cursos de Direito e a da imprensa. (Silveira, 2014). Isso nos permite mapear alguns dos principais debates, junto com os autores decisivos do período, a fim de demonstrar o papel de relevância do Direito no debate público.

A década de 1930 foi cenário de vários debates: influenciados pelos movimentos nacionalistas, tenentistas, modernistas artísticos e católicos. Nessa conjuntura, surge a indagação sobre o a possível influência das revistas jurídicas sobre o espaço público durante esse período, marcado por divergências políticas expressivas e profundas (Silveira, 2014, p. 106). A intensa década de 1930 e a “ampliação autoritária” (Lamounier, 1977 *apud* Rosenfield, 2021, p. 42) só pode ser compreendida com um passo atrás de mirada da década anterior:

As fortes greves da virada da década, a fundação do Partido Comunista Brasileiro, a emergência do tenentismo, os debates em torno dos diversos modernismos artísticos e literários, a consolidação do pensamento católico em espaços como o Centro Dom Vital, os variados movimentos de caráter nacionalista, os manifestos de intelectuais, entre outros, explicitaram o clima de crescente decepção com as “promessas não cumpridas” do regime instaurado em 1889. Fortaleciam-se, assim, os intuítos de “conhecer a realidade nacional” para superar o “atraso brasileiro”, bem como de fortificar os laços de pertencimento à nação pela via da cultura e da ação dos intelectuais. (Silveira, 2014, p. 106).

O liberalismo consagrou-se como o princípio orientador do Estado durante a Primeira República, época marcada por uma tradição de juristas liberais como Rui Barbosa, que defendia o liberalismo político brasileiro enquanto sistema ideológico voltado à pacificação social com freios e contrapesos (Rosenfield, 2021). Diferentemente da Europa, no Brasil a luta era contra as elites coloniais, moldando-se no discurso do liberalismo, com sentidos diferentes dados à liberdade e à igualdade para combater os monopólios e privilégios impostos pela metrópole (Costa, 1999).

Inicialmente, grupos sociais como os escravos, população livre com poucos recursos, também foram atraídos pelo discurso liberal, almejando a extinção dos privilégios dessas elites coloniais, ainda que suas reivindicações não fossem as mesmas (Costa, 1999). Nesse sentido, Emília Viotti Costa afirma: “Enquanto o liberalismo continuava a ser uma utopia para as elites,

para a grande maioria da população brasileira enredada num sistema de patronagem e clientelismo, o liberalismo não era senão retórica vazia” (Costa, 1999, p. 167).

Dado o contexto, a política não era propriamente uma ideologia, mas sim um produto de alianças e rivalidades por trás da fachada liberal; o que representava o poder eram os favores e influências pessoais (Costa, 1999). O viés nacionalista do liberalismo brasileiro era relacionado a certa aversão à Portugal, enquanto no contexto europeu o liberalismo era uma forma de oposição aos excessos da nobreza e buscava ampliação da democracia. No Brasil, sequer havia essa ideia de burguesia (Teixeira, 2021).

A Primeira República foi retratada na obra *Coronelismo, Enxada e Voto*, em que se estabelece que naquele momento o elemento primário de liderança municipal era a figura do coronel, que comandava conjunto de votos de cabresto. O prestígio político advinha de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras em um contexto eminentemente rural (Leal, 2012). A Constituição de 1891 definia o sufrágio, consignando como eleitores os cidadãos maiores de vinte e um anos que se alistassem, excluídos os analfabetos e as mulheres, pois estes não eram consideradas pelo Estado como cidadãos e, portanto, eram desprovidos de direitos políticos.

A ausência do poder público fazia com que os coronéis exercessem grande número de funções do Estado em relação aos seus dependentes. Devido à maneira como se deu a organização agrária no Brasil, a maior parte da população durante a Primeira República dependia dos fazendeiros e latifundiários. Em decorrência da falta de contato direto dos partidos com essa parcela majoritária do eleitorado, o partido do governo estadual não podia dispensar a intermediação do dono de terras (Leal, 2012).

Havia um sistema de reciprocidade: de um lado, os chefes municipais e os coronéis, que conduziam os eleitores; e do outro, a situação política dominante no estado, que dispunha do erário, dos empregos, dos favores e da força policial. Essa codependência era vantajosa. Com ela, o coronel poderia deter para si uma parcela da autoridade pública (Leal, 2012).

Os funcionários públicos — professoras primárias, serventuários da justiça, inspetores do ensino primário, servidores da saúde pública etc. — eram escolhidos por indicação do chefe local. No interior dos estados, os serviços públicos eram escassos e as municipalidades não dispunham de recursos para muitas de suas necessidades, de modo que dependiam do auxílio do estado para a construção de infraestrutura e fornecimento de água, esgoto e energia elétrica (Leal, 2012).

Aos grupos dominantes em cada região, não interessava o projeto de um só país necessariamente. Foi atribuída ao Campos Sales a “Política dos Governadores”, em que se

construiu uma máquina de depuração de candidatos da oposição, tendo como base o domínio dos governadores sobre o voto e compromisso com os chefes locais. Após a abolição da escravidão e incorporados os trabalhadores rurais aos eleitores, os donos de terras obtiveram maior influência (Leal, 2012).

Como consequência dessa política, havia a manipulação de votos pelos chefes locais, resultando no domínio dos votos pelos governadores que decidiam da composição das câmaras federais e da eleição do Presidente da República. Assim, assentou-se na estrutura agrária do país o compromisso entre o governo estadual e federal. Os grupos formados pelo sistema colonial no Brasil eram heterogêneos, contudo, a identidade lusitana da elite branca era predominante (Dolhnikoff, 2003). Não havia sistema bem desenvolvido de abastecimento de água, de modo que a população usava poços, também não havia mecanismo de esgoto e a iluminação era precária (Costa, 1999).

Com o aumento da população nas cidades, houve também o aumento do número de jornais e revistas em circulação, assim como o incentivo à música e à arte. Um claro indicativo do processo de urbanização no Brasil é o salto vertiginoso do número de pessoas registradas como operários. Em 1880, havia 18.100 pessoas registradas como operários. Em 1907, o número subiu para 136.420 (Costa, 1999).

Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador, Recife e Belém eram as maiores cidades do país. Quatro delas possuíam portos, enquanto São Paulo tinha à disposição o porto de Santos para o escoamento da produção cafeeira (Costa, 1999). O crescimento populacional e a maior aglomeração nas cidades desencadearam a passagem da lenha à eletricidade e do poço à água encanada, exigindo do Estado a prestação destes serviços públicos (Teixeira, 2021).

A pobreza era associada ao sujeito e um conceito relevante para à época era o de *hygiene* conectado aos tópicos de “interesse público”, o que justificou uma série de medidas discriminatórias (Seelaender, 2021). Teixeira afirma que “Pobreza e imoralidade estavam no discurso das elites. Essas opções do higienismo combinava com os discursos de embelezar as cidades vitrine e do progresso nacional” (Teixeira, 2021, p. 41).

Os higienistas alertavam sobre as condições de vida no Rio de Janeiro e propunham intervenções estatais com objetivo regulamentar a vida nas cidades (Teixeira, 2021). Esse tipo de intervenção estatal não diminuiria as desigualdades, ao contrário, sob a justificativa de ordem social, houve vitória de um sanitarismo republicano, provocando a destruição de cortiços e a expulsão de moradores pobres do centro (Seelaender, 2021).

Um dos nomes relevantes da época era Oswaldo Gonçalves Cruz, Diretor-Geral de Saúde Pública do Rio de Janeiro (1903), popular por estabelecer medidas de prevenção para

febre amarela. Havia resistência ao combate à doença, de modo que as medidas mais severas, como a vacinação compulsória, não foram bem aceitas pela população e até para juristas da época (Guandalini Junior; Teixeira, 2021)<sup>6</sup>. Rui Barbosa foi um dos juristas que direcionaram severas críticas à vacinação obrigatória, referindo-se a esta política como um novo tipo de despotismo, considerando que não havia na Constituição disposição que tornasse possível o ato de invadir casas e vacinar corpos compulsoriamente (Seelaender, 2021).

Oswaldo Cruz foi responsável pela campanha preventiva, dividindo a cidade em dez distritos sanitários com delegacias responsáveis por receber notificações de doentes, aplicar soros e vacinas, intimar proprietários e identificar focos epidêmicos (Teixeira, 2021). A figura de Oswaldo Cruz passou a ser associada ao despotismo, inclusive com representações caricatas publicadas nos jornais, a exemplo da Charge do jornal *O Malho*<sup>7</sup>, representando-o como o “Luiz XIV da Seringação” e “Oswaldo, o Cruz”, inclusive com a frase “*L'état c'est moi*” escrita de maneira errada, fazendo alusão a “tas” como possível amontoado/bagunça<sup>8</sup> e ao Rei Sol da França:

**Figura 1:** Charge publicada no jornal *O Malho*. Rio de Janeiro, 19 de março de 1904



**Fonte:** Luiz XIV, 1904.

<sup>6</sup> Pesquisa feita por Guandalini Junior e Teixeira traz várias obras de Direito Administrativo e a discussão sobre a intervenção estatal e as medidas sanitárias (Guandalini Junior; Teixeira, 2021).

<sup>7</sup> A revista foi criada em 1902 pelo pintor e desenhista Crispim do Amaral no Rio de Janeiro e ganhou notoriedade pelas críticas à vida política do país, formuladas por meio de charges.

<sup>8</sup> Ao buscar a palavra “tas” no dicionário encontramos a seguinte definição: Accumulation, amoncellement de choses, matériau ramassé sur lui-même : Un tas de sable (Dictionnaire de français Larousse). De modo que os autores da charge podem ter trocado a palavra “état” por “tas” para formular a frase “esse amontoado/bagunça sou eu” ironizando a memorável frase do Rei Sol.

O período também foi marcado por reivindicações de grupos diversos, uma vez que o país era regido por uma constituição em que foram ignoradas as propostas de ampliação de direitos políticos, operando um liberalismo excludente característico da Primeira República, criando-se a distinção entre a sociedade civil e a sociedade política, pelo grande contingente da população excluída do processo eleitoral.

Podemos observar o quão conturbado era o cenário na Primeira República com reivindicações das oligarquias estaduais, tenentistas, trabalhadores, integralistas e movimentos feministas. Como mencionado, havia muitas reivindicações sociais, sendo válido mencionar que havia demandas de movimentos feministas gerando fricção sobre os padrões estabelecidos, com discussão sobre voto e participação na política. A questão social do país era outro impasse, uma vez que não era mais possível deixar a classe trabalhadora fora das discussões políticas, em razão da insuficiência de políticas de proteção a esses trabalhadores, havia crescente insatisfação com as condições insalubres das fábricas e os maus tratos (Francisco, 2011).

Na pesquisa de Guandalini Junior e Teixeira (2021) foram apresentadas diversas obras de Direito Administrativo, com destaque à obra de Viveiros de Castro com capítulos dedicados às ações realizadas pelo Estado diante das necessidades físicas da sociedade (segurança pública, saúde pública, polícia sanitária, higiene etc.), tratando a sociedade como um organismo vivo, com necessidades físicas. A questão do domínio econômico também veio à tona, englobando a tutela do trabalho, indústria, comércio e sindicatos. Por fim, apresenta-se como outra ação fundamental a promoção da cultura e o desenvolvimento científico (Guandalini Junior; Teixeira, 2021).

Dessa forma, a fotografia da Primeira República reflete múltiplas reivindicações, conflitos de interesse, liberalismo excludente, organização rural com posterior transição para urbanização, e concentração do poder nas oligarquias, o que contribuiu para o surgimento de demandas de maior intervenção estatal. Tais demandas eram compatíveis com o discurso justificante da Revolução de 1930, trazendo a alcunha da Primeira República para “República Velha”. Diante do cenário apresentado, a tarefa da Revolução de 1930 seria engendrar novo sistema político, distante da “República Velha” e suas circunstâncias regionais, e sobretudo buscar maior eficiência do aparato administrativo aliado aos interesses nacionais.

### **3 Da revolução ao golpe de estado**

A candidatura de Júlio Prestes à presidência da República para o quadriênio 1930-1934 rompeu com o esquema de revezamento político entre São Paulo e Minas, considerando que

não houve indicação de candidato mineiro. A cisão entre os estados de Minas Gerais e São Paulo gerou aproximação entre Minas e Rio Grande do Sul, em oposição a Washington Luís.

As candidaturas de Getúlio Vargas — presidente do Rio Grande do Sul — e João Pessoa — presidente da Paraíba — à presidência e à vice-presidência da República foram lançadas pelo Partido Republicano Mineiro (PRM). Após a derrota nas eleições <sup>9</sup>, a “causa revolucionária” articulou movimentos em vários estados que culminou na Revolução de 1930 (Brandão; CPDOC, 1980). “Em 31 de outubro, precedido por três mil soldados gaúchos, Vargas desembarcou no Rio, de uniforme militar e com grande chapéu gaúcho, e foi recebido com uma manifestação de apoio apoteótica” (Abreu, 2011). Assim, Getúlio Vargas tomou posse como chefe do governo provisório.

A Revolução rompeu com a estrutura jurídico-política da Primeira República, sendo objetivo de Vargas derrubar os alicerces liberais, e criar desenvolvimento econômico, estabilidade institucional sob um prisma autoritário e corporativista. Esse ideal diretivo estatal traduz o pensamento de juristas como Francisco Campos<sup>10</sup> e a necessidade de organização do Estado, frente às crises entre os poderes criando um poder institucional forte como expressão da soberania nacional. Segundo Francisco Campos, o sistema não era só antiquado e inútil, mas se tornava mais um instrumento de divisão do país, ele citava, por exemplo, que o orçamento era utilizado muito mais para fazer favores do que realizar atos relevantes ao interesse nacional e que havia uma incapacidade de o legislativo legislar (Campos, 2001).

Em 1932, iniciou-se a campanha nacional da Assembleia Constituinte: foram meses de articulação e disputa política entre as lideranças tenentistas e oligarquias estaduais. As lideranças tenentistas, defendiam mudanças nos campos social, político e econômico, oligarquias que acreditavam que a nova constituição deveria assegurar aos Estados um papel de relevo. Tendo em vista a insatisfação com a República naquele momento, a constituinte era aguardada e vista por alguns desses grupos como uma possibilidade de resolver de uma vez por todas os problemas nacionais. Como é exemplo de charge publicada no jornal *O Malho* ilustrando um recém-nascido como o ano de 1932 com a frase “Ora viva, meu menino! Vamos ver se você resolve o problema da Constituinte...”:

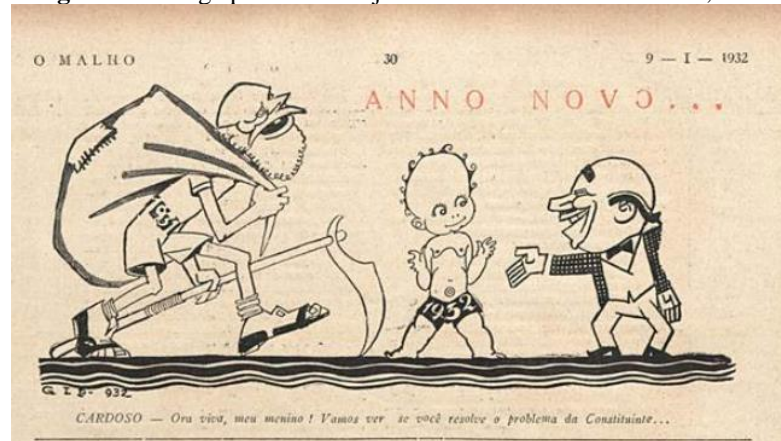
---

<sup>9</sup> Verifica-se a possibilidade de fraude nas eleições, considerando a derrota de Vargas no Rio Grande do Sul com 298 mil votos contra 982 dados a Júlio Prestes. REVOLUÇÃO DE 1930, CPDOC FGV.

<sup>10</sup> Campos foi jurista e professor de Filosofia do Direito, Deputado Federal consultor-geral da República, de 1933 a 1937, Ministro da Justiça, de 1937 a 1941, um dos principais ideólogos do Estado Novo, redator da Constituição de 1937 e redator do Ato Institucional da Ditadura Militar em conjunto com Carlos Medeiros Silva.



**Figura 2:** Charge publicada no jornal O Malho. Rio de Janeiro, 1932



Fonte: Gil, 1932.

Francisco Campos foi ministro da justiça de Vargas. Enquanto ministro, podia colocar em prática seus escritos<sup>11</sup>, uma vez que compreendia que a função dos juristas não seria mais defender direitos espiritualistas, mas sim olhar para problemas práticos da sociedade (notadamente economia política) e, a partir de então, criar instituições jurídicas, sem copiar o que vem lá de fora, mas sim olhando para dentro e produzindo as próprias instituições como reflexo dos próprios problemas. Campos não considerava a Constituição de 1934 como resposta aos problemas nacionais, ao contrário, entendia seu texto enquanto não adaptado à realidade brasileira e que continha ainda os antigos vícios da velha ordem estabelecida (Campos, 2001).

A Constituição de 1934 teve papel fundamental na promoção de direitos sociais e surgiu no contexto da tentativa de industrialização no Brasil. Foi a primeira Constituição a trazer um congresso corporativista, no qual a representação de classe era vista como o futuro da democracia (de 200 representantes, 100 eram eleitos por sindicatos e categorias).

Frisa-se que a ordem constitucional de 1934 era tida como democrática, baseada na tripartição dos poderes, porém com grande utilização de estado de sítio do período de 1934 a 1937. Foram 658 (seiscentos e cinquenta e oito) dias com supressão de garantias constitucionais (Biblioteca, 1964, p. 199)<sup>12</sup>. Após a promulgação da Constituição de 1937, o Estado de Sítio não foi utilizado nenhuma vez, por tratar-se de ditadura aberta. O eleitorado era diminuto, apenas 4% da população. Em 1937, o sistema “democrático” liberal deu lugar ao sistema regulatório autoritário, conservador e corporativo, com expoentes como Oliveira Viana e

<sup>11</sup> A exemplo, Campos elaborou o projeto Organização Nacional da Juventude, reformulado por Gustavo Capanema, cujo objetivo era propor uma educação cívica e consciência patriótica na juventude brasileira.

<sup>12</sup> Em 1937 foi outorgada a constituição amparada no discurso de representação dos verdadeiros anseios populares contra as ameaças de golpe, que tornavam a democracia liberal frágil, de forma que essa foi a uma medida preventiva, consideração a necessidade de manter a ordem.

Francisco Campos (Rosenfield, 2021, p. 47). Esse “dirigismo estatal”, trazido pela Constituição de 1937, principalmente, simboliza a vitória do pensamento de Francisco Campos:

*O 10 de novembro não inventou um sentido nem forçou uma diretiva política ao país. Apenas consagrou o sentido das realidades brasileiras. Aceitou, exprimiu e fortaleceu, defendendo-o contra desvios perigosos, o rumo traçado pela evolução e que, de certo modo, já se manifestava, mesmo no antigo regime, como expressão da própria vida social, cujas energias não se deixam contrariar pelas fórmulas, quando estas faltam ao seu destino de configurá-las e discipliná-las. O 10 de novembro realizou, efetivamente, a Revolução de 30, porque respondeu, de modo positivo e definido, aos profundos anseios, às razões primeiras, aos graves motivos inspiradores que lhe deram a força, a grandeza e o triunfo, não como movimento partidário, mas como movimento nacional (Campos, 2001, p. 72, grifo nosso).*

Campos considerava haver contradição na democracia que depois de algum tempo abandona as próprias premissas liberais e recorre ao Estado Totalitário. O novo Estado brasileiro seria resultado de um imperativo de “salvação nacional” (Campos, 2001, p. 39). A literatura que concebeu o Estado Novo exaltava o dirigismo estatal como a chave para superar as disfuncionalidades existentes no país, que estariam ligadas ao idealismo e à cópia de instituições de outros países. Somente a ordem garantiria a prosperidade (Rosenfield, 2021).

Frisa-se que o despreço pela democracia era um movimento mundial, já que essa não era uma aspiração de muitos movimentos da época, mesmo os de oposição, a exemplo a ascensão de Hitler na Alemanha, Mussolini na Itália, Franco na Espanha, Salazar em Portugal e o aprofundamento do stalinismo na ex-União Soviética (Paixão, 2011).

Para teóricos influentes como Francisco Campos (Ministro da Justiça e autor do texto da Constituição de 1937), democracia significava um governo forte, um Estado profissionalizado, uma burocracia técnica, enfim, não haveria contradição entre um “governo democrático” nesta acepção e uma modernização autoritária — que era o principal objetivo. Seria necessário esperar o desfecho da segunda guerra mundial para que ficasse clara, no horizonte da política e do direito, a importância da democracia (Paixão, 2011, p. 151).

Conforme se depreende do discurso-manifesto de 10 de novembro de 1937:

A organização constitucional de 1934, vazada nos moldes clássicos do liberalismo e do sistema representativo, *evidenciara falhas lamentáveis*, sob esse e outros aspectos. *A Constituição estava evidentemente atrasada em relação ao espírito do tempo*. Destinava-se a uma realidade que deixará de existir. Conformada em princípios cuja validade não resistira ao abalo da crise mundial, expunha as instituições por ela mesma criada à investida dos seus inimigos, com a agravante de enfraquecer e anemizar o poder público (Vargas, 2002, p. 267, grifo nosso).

A justificativa presente nos discursos de Getúlio Vargas trazia a ideia de que o momento histórico clamava por medidas mais severas, incumbindo ao “homem do estado o dever de

tomar uma decisão excepcional” (Campos, 2001, p. 39-40). Com a Revolução de 1930, a nação ganhou destaque, em uma tentativa de abandonar o histórico de elites regionais, de modo que a nação brasileira foi construída de maneira intencional como identidade homogênea (Schulze, 2014). Por outro lado, a construção da nação brasileira tem traços excludentes inspirados na realidade europeia e norte-americana, em que pese as diferenças dessas nações, contraditoriamente as elites intelectuais procuravam uma singularidade nacional (Santos, 2009).

O conceito de nação, como a maior parte dos conceitos políticos centrais, permite múltiplos sentidos. Uma tentativa de análise pode ser encontrada nos seguintes termos: “concebida como um grupo de pessoas unidas por laços naturais e, portanto, eternos — ou pelo menos existentes *ab immemorabili* — e que, por causa destes laços, se torna a base necessária para a organização do poder sob a forma do Estado nacional” (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1998, p. 796). Entretanto, deve ser considerado que mesmo os laços naturais são imaginados na construção de uma comunidade política. Ou seja, os laços naturais são apropriados e desenvolvidos politicamente, ressaltando semelhanças e reduzindo ou afastando as diferenças.

François Xavier Guerra afirma que toda identidade coletiva implica em diferentes dimensões e influência no modo como o seu vínculo social é construído em sua fundamentação histórica ou filosófica (Guerra, 2003). Aponta ainda que a etimologia de nação "nascor" remete aos indivíduos nascidos em uma mesma época ou lugar dividindo, por consequência, características como a língua. Além disso, “embora pátria possua sentido geográfico concreto seu vínculo com a nação tornará possível aplicá-la a todos os significados políticos de nação” (Guerra, 2003, p. 34-36).

O conceito de pátria e nação estão interligados. Eliana Dutra entende a nação na década de 1930 como o grande coletivo da época e pátria como um dos valores a serem seguidos para que seja aplicado o melhor interesse da coletividade. A idealização de um corpo social homogêneo ganha força quando o conceito de pátria surge como ideal comum e desejado por toda a coletividade, na afirmação da identidade da nação (Dutra, 1997). Em 1930, o eleitorado urbano cresceu, assim como a produção industrial; tais fatores influenciaram na mudança da estrutura social oligárquica, contudo, segundo Leal (2012), a mudança não foi completa, já que o coronelismo se adaptou para sobreviver.

Dentro de um contexto de desprezo pela democracia, a Revolução de 1930 deu lugar ao estabelecimento de um novo regime, que inicialmente seria provisório. Inclusive, houve a promulgação de uma Constituição advinda de processo “democrático” que, em seguida, foi

suprimida pela Constituição de 1937, momento que foi apropriado no desenvolvimento de conceito de unidade nacional e fortalecimento do Estado brasileiro.

#### **4 A nação imaginária: Deus Pátria e Família**

O conceito de nação e quais seus critérios de definição apresentam diferentes respostas, a depender do espaço geográfico e do período histórico. Desta feita, o que se pretende é analisar a partir das fontes como o conceito foi tratado e mobilizado. Nos discursos da década de 1930, encontram-se várias menções à pátria enquanto provocadora de um sentimento de conforto.

Na construção da nação, as áreas da cultura e educação foram utilizadas pelo governo na busca pela legitimidade de suas ações, nas quais se definiram as estratégias da consolidação e a redefinição da identidade do brasileiro (Silva, 2016). Desse modo, foram mobilizadas as concepções de juristas autoritários. Ademais, houve a instrumentalização da arte e da educação, com enfoque na educação de séries iniciais e da juventude.

Em relação à arte e ao patrimônio cultural, a intenção do Governo Vargas era construir uma “memória nacional” a partir de uma identidade nacional única, compreendendo a arte enquanto instrumento relevante tanto para a formação da identidade nacional quanto para a difusão ideológica em favor de projeto autoritário. Museus foram criados a partir de narrativas factuais e de culto a personalidades nas décadas de 1920 e 1930, assim como a narrativa das elites era presente no cenário global da época (Carmo; Gabardo; Hachem, 2021).

Durante a Era Vargas eram incluídos valores morais e patrióticos no material didático das escolas públicas, com lições cívicas para as crianças, de forma que a escola levasse à conexão com conceitos de lealdade e amor à pátria (Silva, 2016). Eliana Dutra afirma que o culto à pátria traz semelhança com a concepção nazista de comunidade e povo, trazendo motivos que explicam a razão de os sentimentos que apelam ao patriotismo serem tão fortes (Dutra, 1997). As inseguranças dos sujeitos são manipuladas para que tenham temores arcaicos direcionados ao espaço público, em que se pretende encontrar segurança e proteção. Na década de 1930 a insegurança dos cidadãos era incentivada por meio de pregações que, ao mesmo tempo que geram medo, também acalmam (Dutra, 1997).

Esse sentimento disseminado através do discurso anticomunista tem caráter político e se pauta na construção da identidade comum e do inimigo. O alvo utilizado pelo nacionalismo, culpado pelas mazelas da sociedade e que traz ao povo consciência da sua unidade (Dutra, 1997). O culto aos elementos emblemáticos da nacionalidade era utilizado pelos conservadores, definidos por meio da emoção e do reconhecimento do povo brasileiro sobre si mesmo,

desprezando os princípios democráticos não só na política, mas também na constituição do caráter nacional (Santos, 2009).

A unidade nacional revela o sonho escondido de uma sociedade indivisa, uniforme e homogênea, e, portanto, de ausência de oposição. Demonstrações patrióticas, desfiles e paradas militares fizeram parte da construção do sentimento de nacionalidade (Dutra, 1997). Em seus discursos, Vargas afirmava a necessidade de firmeza para enfrentar os perigos da nação. Getúlio Vargas tinha como objetivo deter a pregação do comunismo, tendo em vista que os comunistas são interpretados como impatriotas.

Diante da necessidade de se construir um símbolo representativo dessa unidade enquanto solo e povo, costume e instituições, a constituição de 1937 instituiu o culto à bandeira. Esses discursos colocaram a bandeira como algo sentimental e que representa o patrimônio geográfico do Brasil, na construção de algo fraterno de que todos são acolhidos pela bandeira, e assim se constrói o “espírito da nação” (Dutra, 1997):

Há qualquer coisa de místico e de sentimental na evocação da Bandeira em cujo retângulo se espelha, nítida e grandiosa, a perspectiva colorida da terra em que nascemos e à qual por isso mesmo ficamos eternamente ligados pelos laços de indestrutível amor e emoção. O Brasil, esse imenso conjunto geográfico de vales, montanhas, rios, planícies, tem o seu símbolo que é o Pavilhão Nacional, e é através dele que se perpetuam os nossos sentimentos patrióticos, manifestados de maneira diferente e variada, mas que, no fundo, nos exalta ante os olhos do mundo.

*E a Bandeira Nacional outra coisa não representa senão o nosso imenso patrimônio geográfico num símbolo sentimental que revigora a nossa fé patriótica*<sup>13</sup> (Dutra, 1997, p. 172, grifos nossos).

Cerimônias cívicas foram patrocinadas pelo regime varguista para a construção de uma nova cultura política, em uma tentativa de unificar as elites e as massas, reinventando uma harmonia social (Parada, 2009). O discurso de caráter nacional e totalitário foi também utilizado pelo integralismo, que tem como base o nacionalismo, antiliberalismo, o anticomunismo, o anticapitalismo, oposição à década de 1930 e aproximação com o fascismo (Oliveira, 2016).

Plínio Salgado foi um dos principais pensadores da Ação Integralista Brasileira (AIB). Redator do jornal *A Razão*, inicialmente apoiador de Júlio Prestes e depois de Vargas, demonstrando a complexidade dos ajustes políticos da época. Para Salgado, o Estado liberal democrático, embasado em preceitos individualistas, comandados por uma minoria, seria o entrave para a criação de um “Brasil Integral” (Oliveira, 2016).

A memória do passado deveria ser cultivada para que, de fato, o nacionalismo se concretizasse, tornando o culto um elemento de agregação social. Para Plínio Salgado, deveria

---

<sup>13</sup> Menciona discurso: Como será comemorado nesta Capital o “Dia da Bandeira”.

haver uma coesão nacional, fruto de uma reestruturação que salvaria o Brasil de seus inimigos (Oliveira, 2016). Apesar da semelhança do discurso com o propagado pelo Estado Novo, Vargas decretou o fechamento de todos os partidos políticos, AIB inclusa.

O destaque trazido por esse plano sentimental não é capaz de camuflar discurso um nacionalismo de tipo fascista “a sedução pela solução de um Estado forte, sonho de uma pureza racial, fé no papel das elites e na peculiaridade brasileira, o desconforto com a diversidade de interesses, oposição de classes e pluralidade de pensamento” (Dutra, 1997, p. 176-177) com vistas à moralização do corpo, eugenia, disciplina do trabalhador. A bandeira era símbolo não apenas no Brasil, mas também na Argentina, em 1920, comemorava-se o dia do centenário da morte de um oficial Manuel Belgrano como criador da bandeira nacional, o símbolo supremo da emancipação:

El primer día se destinaron todas las horas a recordar la vida y acción del prócer, su relieve moral y su compromiso con la causa de la independencia. El patriotismo era concebido como un tema transversal que debía estar presente en todo momento y la materialidad de la bandera nacional fue el vehículo para enseñar el sentido simbólico profundo de la noción de patria. En los tres años inferiores de la escuela primaria, la obra recordada de Belgrano era esta creación, dejando de lado otras facetas de su intensa trayectoria. La actividad del día culminaba con una conferencia sobre el significado de la creación de la bandera. El obsequio de emblemas a cada alumno -un escudo nacional, el reglamento escolar escrito por Belgrano en 1813 y un cuento infantil-, garantizaba una llegada también a sus hogares. El protagonismo y compromiso moral de los docentes con la conmemoración debía confirmarse con la firma de un álbum, que luego sería depositado en el mausoleo del prócer (Ascolani, 2020).

O moralismo foi incluído como elemento essencial, tendo em vista que se vislumbrava a destruição da heterogeneidade, tornando a família como seu suporte, a família é a pátria e a pátria é a família. A título de exemplo, o discurso dessexualizador atribuído à maternidade transformaria a mãe em procriadora, refutando ser um ser sexual. A igreja e a religião reforçavam essa moralidade, além de censurar a arte (Dutra, 1997).

A propaganda tinha papel fundamental na consolidação do Estado Novo, especialmente sob a responsabilidade do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), e do Ministério de Educação e Saúde, de forma que a escola agia na educação formal construindo ideais patrióticos e cívicos e a imprensa buscava influenciar o restante da população (Silva, 2016). Nesse contexto, foi criada a cartilha Juvenil no Estado Novo com mensagem e imagens relacionadas ao culto à pátria, êxito do Estado brasileiro governado por Getúlio Vargas:

Crianças!  
Aprendendo no lar e nas escolas o culto da Pátria, trareis para a vida prática todas as probabilidades de êxito.

Só o amor constrói e, amando o Brasil forçosamente o conduzireis aos mais altos destinos entre as Nações, realizando os desejos de engrandecimento aninhados em cada coração brasileiro (Getúlio, 1940).

**Figura 3:** Caricatura de Getúlio Vargas sorridente junto a crianças



**Fonte:** A juventude, 1940.

O que se extrai da imagem e da cartilha mencionada é que a educação consistia em assentir com a cabeça e reproduzir o que ultrapassava a compreensão infantil, como os conceitos de pátria e de nação. Os materiais eram elaborados com foco em estudos sobre nacionalidade brasileira, organização nacional, deveres para com a pátria e as conquistas do Estado Novo (De Luca, 2011).

Sobressai nesse texto a orientação autoritária e paternalista do governo e da sociedade. Os alunos aprendiam que precisavam de um líder forte, supostamente masculino, para manter o equilíbrio social e garantir o progresso. Os livros didáticos faziam do Estado Novo um sinônimo da Pátria. No tema mais comum, o próprio presidente, Getúlio Vargas, era apresentado como uma figura inspirada e heroica, para as crianças venerarem. Os alunos aprenderam que Vargas uniu a “Grande Nação Brasileira” e restabeleceu “a direção na busca da glória e da unidade nacional” (Nava, 2013 *apud* Silva, 2016, p. 63-64).

Outra cartilha produzida pelo DIP foi a *Getúlio Vargas, o amigo das crianças* (Getúlio, 1940). A cartilha menciona que as escolas ficavam reféns do regionalismo e que não era ensinado exaltar a pátria. Em várias ocasiões, também, trata da beleza da bandeira e reúne

imagens do presidente com crianças no colo, jovens em marchas sempre uniformizados e carregando a bandeira nacional. A cartilha realiza uma troca de palavras entre maternidade do Estado para com a infância e a juventude:

A Maternidade, a infância e a própria adolescência eram enteadas do Estado... com o advento do Estado Novo, entretanto, tudo se apresenta radicalmente diferente. Defendendo a maternidade com assistência constante, o Governo zela pela defesa da raça, sistematizando “preceitos necessários à conservação e ao desenvolvimento das futuras gerações, que deverão assumir compromissos com os destinos nacionais” (Getúlio, 1940).

Além de heroicizar o presidente, a cartilha fazia menção à fragmentação da pátria e a diminuição de um país — tão grande e com uma bandeira tão bonita — diante da grande competição das vinte e uma bandeiras estaduais, na defesa de um Estado cada vez mais centralizador. Menciona, ainda, o “esquecimento” do Brasil ao dar voz às expressões regionais: “na alma da criança, essa cera sensível, como a chamou o Presidente Getúlio Vargas se plasmavam somente as vozes e as expressões regionais, e o Brasil imenso ia ficando esquecido” (Getúlio, 1940).

O discurso era estrategicamente direcionado às personalidades ainda não formadas, com forte apelo emocional sob o mote de amor de Vargas pelas crianças, que consistia na formação de culto ao presidente “salvador da pátria”, sempre tratado com adjetivos positivos brilhante, constante, iluminado, sábio etc. (Costa; Schmitz; Remedi, 2017, p. 256-257).

**Figura 4:** Desfile da Juventude Brasileira. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1940



**Fonte:** Getúlio, 1940, p. 17.



**Figura 5:** Desfile da Juventude Brasileira. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1940



**Fonte:** Getúlio, 1940, p. 21.

Além da primeira infância, houve cooptação da juventude aos ideais do governo, com educação cívica, moral e física, traduzida pela criação de instituição nacional denominada Juventude Brasileira. O projeto inicial da organização proposto por Francisco Campos previa a criação da “Organização Nacional da Juventude”, vinculada ao Ministério da Justiça em sua divisão de serviço pré-militar, o intuito do projeto seria preparar os jovens física e moralmente para exercer a função de soldados (Stein, 2008).

A proposta de Campos tinha caráter paramilitar e inspiração nas organizações da juventude em países europeus, como a Juventude Fascista (Itália), Juventude Hitlerista (Alemanha) e a Mocidade Portuguesa (Portugal). Havia perspectiva higienista no projeto da organização, pois previa o preenchimento por parte dos candidatos de um formulário com dados como grau de instrução, informações pessoais e estado de saúde, índice de robustez, idade mental, natureza da alimentação etc. (Stein, 2008).

Quanto às mulheres, o projeto inicial da organização previa a educação doméstica, para que as meninas tivessem consciência do seu dever enquanto donas de casa e boas mães. Contudo, ao final, houve uma pequena mudança incluindo ambos os sexos como responsáveis por estudar e deter o conhecimento para serem bons pais, com a ênfase na consciência das mulheres em suas obrigações vinculadas ao lar, assim como o “gosto” pelos serviços domésticos, criação e educação dos filhos (Stein, 2008).

Art. 3º A educação moral visará a elevação espiritual da personalidade, para o que buscará inculcar nas crianças e nos jovens a confiança no próprio esforço, o hábito da disciplina, o gosto da iniciativa, a perseverança no trabalho, e a mais alta dignidade em todas as ações e circunstâncias.

*Parágrafo único.* A educação moral procurará ainda formar nas crianças e nos jovens de um e outro sexo os sentimentos e os conhecimentos que os tornem capazes da missão de pais e de mães de família. Às mulheres dará de modo especial a consciência dos deveres que as vinculam ao lar, assim como o gosto dos serviços domésticos, principalmente dos que se referem à criação e à educação dos filhos (Brasil, 1940, grifo nosso).

Ao fim, o projeto proposto por Campos recebeu severas críticas do ministro da Guerra, general Eurico Gaspar Dutra, que encaminhou correspondência ao Presidente da República denunciando a influência externa de países alheios à realidade brasileira como inspiradores do referido projeto, sendo citados os exemplos da Alemanha, da Itália e de Portugal. Segundo verbete publicado pela Fundação Getúlio Vargas, o projeto visava transformar a mocidade brasileira em organização de feição militar e miliciana (Bomeny, 1984).

O movimento cívico foi criado no período do Estado Novo pelo Decreto-Lei nº 2.072, de 2 de março de 1940, com o seguinte preâmbulo: “Dispõe sobre a obrigatoriedade da educação cívica, moral e física da infância e da juventude, fixa as suas bases, e para ministrá-la organiza uma instituição nacional denominada Juventude Brasileira” (Brasil, 1940). Em busca da validação do sentimento de amor e servidão à Pátria e da formação da “consciência patriótica”, o movimento previa a utilização de símbolos, uniformes, emblemas e até mesmo monumentos instituídos para a Juventude Brasileira (Stein, 2008). Foi criado o Dia da Juventude Brasileira, 19 de abril, não por acaso o dia do aniversário do presidente Getúlio Vargas.

O esforço da nacionalização era observado nas diretrizes do Ministério da Educação, cujo caráter pedagógico deveria levar à população os pilares do nacionalismo em três aspectos: inicialmente, por meio das escolas, o conteúdo nacional era transmitido, com natureza nunca bem definida. Por óbvio, não havia preocupação em buscar as raízes da cultura brasileira em sua complexidade e profundidade, mas sim na mística de grandes heróis nacionais, culto às autoridades e à grandeza do verde e amarelo (Schwartzman; Bomeny; Costa, 2000).

Em segundo lugar, havia interesse na padronização e centralização do currículo e livros didáticos das escolas e universidades para possibilitar a fiscalização federal da homogeneidade do ensino. Em terceiro lugar, havia preocupação em erradicar as minorias étnicas, linguísticas e culturais, de modo que não se admitia formas de organização que não fossem alinhadas e recebessem a benção do Estado, demonstrando seu caráter excludente (Schwartzman; Bomeny; Costa, 2000):

O episódio da nacionalização do ensino mostra bem o conteúdo do projeto nacionalista brasileiro do período pós-1937. De feição conservadora e autoritária, foi ele marcado pelo caráter excludente, avesso à convivência pluralista e diversificada. Seu ponto de partida era o diagnóstico de uma absoluta ausência de integração nacional, em função da “prática degenerado do liberalismo” predominante da história a decomposto, o que se desagregara por uma política regionalista com acentuados vícios oriundos da disputa por interesses privatistas. Esta parecia ser a única forma de edificar a sociedade nacional e conferir à política de caráter público, acima de interesses particulares de grupos privilegiados da sociedade civil (Schwartzman; Bomeny; Costa, 2000, p. 181).

A instrumentalização da arte passou pela criação de instituições de regulação e promoção, como por exemplo a Superintendência de Educação Musical e Artística (SEMA)<sup>14</sup>, presidida por Villa-Lobos, cujo objetivo era promover o estudo musical nas escolas, conjugando disciplina, civismo e educação artística.

Não havia mais espaço para artistas sem opinião. O foco era o orgulho cívico e as questões internas da nação provocadas pelo clima de segunda guerra. “[...] era necessário construir novas estratégias, motivar a população a acreditar em símbolos e marcos, forçar um orgulho nacional, mudar datas comemorativas, ocupar a população através de eventos, impor o poder do Estado” (Santos, 2019, p. 4).

Vargas incluiu na educação o ensino da música através do projeto de Canto Orfeônico de Villa-Lobos, cuja proposta era parte da política do DIP, com objetivo de concretizar uma educação nacionalista (Santos, 2019). As canções reproduziam representações sociais construindo uma visão idealizada da pátria, difundindo fraternidade e renúncia à individualidade (Monti, 2009). A título ilustrativo, destacamos a canção *Invocação em Defesa da Pátria*, letra escrita por Manuel Bandeira e música composta pelo Maestro Villa-Lobos:

**Invocação em Defesa da Pátria** (Canto cívico religioso)

Ó, Natureza do meu Brasil!  
Mãe altiva de uma raça livre,  
Tua existência será eterna E teus filhos velam tua grandeza,  
Ó meu Brasil! És a Canaan!  
És um Paraíso para o estrangeiro amigo  
Clarins da aurora! Cantai vibrantes a glória do nosso Brasil!  
Ó Divino! Onipotente!  
Permiti que a nossa terra  
Viva em paz alegremente!  
Preservai-lhe o horror da guerra!  
Zelai pelas campinas, céus e mares do Brasil!  
Tão amados de seus filhos!  
Que estes sejam como irmãos sempre unidos,  
Sempre amigos!  
Inspirai-lhes o sagrado Santo amor da liberdade!

---

<sup>14</sup> Na década de 1930 houve a criação de diversos institutos como o Instituto Nacional de Cinema Educativo (INCE), Instituto Nacional do Livro (INL) e o primeiro Conselho Nacional de Cultura.

Concedei a esta pátria querida  
Prosperidade e fartura!  
Ó Divino! Onipotente!  
Permiti que a nossa terra  
Viva em paz alegremente!  
Preservai-lhe o horror da guerra!

A letra anuncia a existência de um inimigo oculto e ressalta a beleza natural do Brasil, bem como a união dos brasileiros. Citamos também a canção Cantar para Viver letra de Sylvio Salema e Música de Heitor Villa-Lobos:

**Cantar Para Viver** (canção patriótica)

Letra de Sylvio Salema e Música de Heitor Villa-Lobos  
Brasil!  
Teu povo é forte.  
Como é grande a tua terra. Brasil!  
Em tuas grandes matas verdes,  
Canta a passarada  
Em gorjeios mil!  
Queremos com alegria  
Do trabalho e do saber, Saudar,  
O céu, nossa linda terra,  
Nosso verde mar,  
Queremos com prazer cantar.  
As nossas praias brancas,  
Que as ondas vêm beijar,  
Lembram os homens fortes,  
Que vivem a pescar.  
Cantar é saber  
Viver pelo Brasil,  
Para ensinar ao povo varonil  
Que esta terra forte  
Há de ser nossa até morrer,  
Porque nos viu nascer!

A marcha enalteceu as belezas naturais do Brasil e sinalizou a força da terra e do povo como valores da pátria com frases como “que esta terra forte há de ser nossa até morrer”, criando uma conexão do povo com a terra igualando o país ao aconchego do lar. (Monti, 2009). As canções patrióticas traziam representações com visão idealizada de pátria de país e da nação (Monti, 2009). Por fim, apresentamos a Marcha Escolar de Villa-Lobos, representando a organização da rotina escolar, com imposição de comportamento e uniformes e associando os alunos a bons soldados:

**Marcha Escolar (Ida para o recreio)**

Vamos colegas,  
Findo é o estudo  
Esqueçamos tudo  
Vamos recrear

Todos em alas  
Como bons soldados  
Bem perfilados  
Já marchar, marchar!  
Todos alerta,  
De cabeça erguida,  
Posição correta,  
Vamos dois a dois Em linha certa,  
Todos aprumados,  
E bem ritmados,  
Caminhemos, pois!  
Todos em fila,  
Num alegre bando,  
À voz do comando,  
Marchemos, assim!  
No campo aberto,  
Como é bom a gente  
Ir livremente,  
Recrear, enfim!

Das letras e de sua inclusão na grade escolar, extrai-se que o canto orfeônico cumpria função político-educacional no governo de Vargas, inculcando conteúdos nacionalistas nas grandes massas, favorecendo as representações sociais com objetivo de criar uma nação ideal, diferente da velha república. Para sua difusão as rádios, passaram a transmitir programas de canto orfeônico, discos foram adquiridos para serem utilizados como material didático com o objetivo de apoiar a construção da concepção estética musical (Monti, 2009).

Os meios de comunicação eram vistos como instrumento formulador da opinião pública, utilizando-se da emoção e da irracionalidade do público (Santos, 2007). Durante a celebração do *réveillon* de 1938, Getúlio Vargas justificou a necessidade do novo regime e do fim dos partidos políticos por meio do rádio. Nesse sentido, o governo deveria se conectar com a nação (Santos, 2007). A unidade refletiu no discurso anticomunista que era utilizado sob viés de que era ideologia estrangeira e de invasores, como uma doença que acomete a saúde pública como um vírus, peste, contaminação e infecção, com uma concepção orgânica da realidade social:

O corpo social brasileiro, enquanto um “todo orgânico”, é visualizado nas falas anteriores como enfermo e a sua totalidade como ameaçada pela maléfica doença comunista. Daí a ênfase na profilaxia social, na terapêutica após a intervenção cirúrgica (repressão pela força), no saneamento, como bem frisou Getúlio Vargas ao afirmar após as insurreições de 1935: “Impõem-se agora sanear o ambiente e afastar os elementos cuja atividade antissocial vem perturbando a vida do país (Dutra, 1997, p. 50).

No Jornal integralista *A Razão* de 28 de março de 1937 há menção para que o povo brasileiro não meça esforços para se livrar da praga bolchevista:

Brasileiros, verdadeiros patriotas, nós vos incitamos à guerra de extermínio contra o comunismo. Uni-vos, e firmes resolutos, fiéis guardas avançadas de vossas famílias, das instituições, do governo constituído, enfrentai impavidamente o inimigo número um, o comunismo! (Neto, 1937, p. 11).

Na denominada “Página de Cultura Católica”, o texto *A vida*, escrito pelo padre Mario Couto, da União do Rio, também no jornal *A Razão*, trouxe frases desconexas acerca da miséria e a ordem econômica, mencionando o comunismo com verminação, podridão, doutrinarianismo e o culpado pelo relaxamento dos valores morais:

Que barreiras morais se opuseram à podridão comunista? Muito frágeis muros. Nas grandes cidades e nos centros populosos de operariado a sentinela que devia bradar às armas contra o inimigo ateu invasor, com forças naturais para o conter, era a família. Mas a família desde quando se acha enferma e desarticulada? Por isso mesmo abriu-se deus-se, entregou-se ao inimigo. *Ouviu as promessas ilusórias da serpente*. As inteligências, trabalhadas pelo maçonismo laicismo escolar fora também presa fácil dos europeus da literatura imaginativa, romântica fingidamente, crocodilamente, compassiva do doutrinarianismo comunista (Couto, 1937, grifo nosso).

Há, ainda, um trecho em que se questiona qual seria o “remédio” para essa doença “professada e infiltrada satanicamente” e como resposta afirma que a cura garantida é o Evangelho que atuará em todas as almas doentes. Ainda, afirma que os países bem governados buscam utilizar os meios de propaganda como meio de recondução das massas e que há apóstolos, legiões de mártires como Plínio Salgado que renovam o Brasil espiritualmente e que trazem esperança.

O motivo de se utilizar esse vocabulário vinculado à peste é por ser ligado à tradição cristã, e à ideia de pecado, que se amplia pra representações do mal, trazendo uma visão diabólica de qualquer representação comunista (Dutra, 1997). A política do inimigo foi utilizada no fascismo para criar sua própria religião política com culto ao líder escolhido, estabelecendo uma “verdade” ideológica (Finchelstein, 2020). Diante das fontes apresentadas, constatamos o empenho do Estado Novo em propor ações voltadas à educação, cultura e comunicação do governo para incutir os sentimentos nacionalistas e unificadores por meio de símbolos uniformes, cantos, cartilhas e propagandas.

## 5 Conclusão

O artigo buscou trazer algumas reflexões sobre como o conceito de nação foi pensado e articulado ao longo dos anos com o intuito de justificar uma ampliação autoritária, expondo sua relação com o patriotismo, a idealização de um sentimento de unidade com a consequente

exclusão do outro e a construção da ideia do que viria a ser povo brasileiro a partir dos anos 1930.

No início do artigo, apresentamos os problemas nacionais que pairavam sobre o Estado, considerando a passagem da lógica rural de organização para urbana e a necessidade de desenvolver os sistemas de abastecimentos de serviços à população, bem como os conflitos existentes em razão do liberalismo excludente. Tal abordagem foi necessária para compreender o contexto em que surgiram os problemas nacionais e as reivindicações populares, mais tarde administradas pelo Governo Vargas. O intuito foi analisar se esses conflitos foram capazes de representar o conceito de nação empregado pelos autores no período estudado.

Frisando a existência de um sistema político democrático, mas que englobava pequena parte da população, motivo pelo qual havia reivindicações de movimentos distintos como tenentistas, de trabalhadores, integralistas e movimentos feministas face à hegemonia das oligarquias estaduais e à organização do Estado na Primeira República. Na década de 1930, o objetivo de Getúlio Vargas era modificar a estrutura político-jurídica do país, que antes era voltado ao liberalismo como sistema político de separação de poderes, e as turbulências causadas pelos múltiplos interesses.

Para que o regime de viés autoritário fosse implantando com apoio da população na época foram adotadas diversas medidas de propaganda institucional. As propagandas exaltavam o presidente como o chefe da nação, a urgência do Estado Novo para se estabelecer a ordem e incentivavam o amor à pátria. Os discursos de pátria enquanto família homogênea eram levados aos cidadãos como uma ideia de conforto. As instituições família e sociedade provindas da civilização cristã eram o grande patrimônio a ser protegido pelo Estado. No Brasil, construía-se uma ideia de nacionalidade excluindo parte da população e com a idealização de ordem e progresso, substituindo o ideário romântico do direito pelo discurso autoritário (Santos, 2009).

Tal discurso autoritário não poderia assim ser chamado apenas por convicção, mas como uma resposta dos autores ao que eles entendiam como uma importação das ideias liberais, que remetiam a outro país de realidade diversa. Assim, o autoritarismo seria o caminho para modernização e construção de instituições mais estáveis, simplesmente importar o liberalismo seria desconhecer a realidade brasileira.

Constata-se um forte apelo emocional nos documentos elaborados pelo Estado Novo, visando sobretudo a cooptação da juventude e das crianças, cujas personalidades ainda estavam em formação, para enaltecer o presidente, o salvador da Pátria, o Homem da Nação. Para além disso, diversas foram as instituições criadas pelo Governo para promover a unidade e disciplina,

por meio da criação de símbolos e ritos que forjariam uma nação imaginária, permitindo a consolidação e manutenção de discurso autoritário.

A construção da identidade nacional deve ter coerência interna satisfazendo a necessidade de sentido do presente, e a forma pela qual os brasileiros se reconhecem, o que deveria representar continuidades e rupturas ao longo do tempo (Santos, 2006, p. 116-117), contudo, ao buscar o sentido da nação optou-se pelo verde e o amarelo, pátria e família e unidade/homogeneidade, excluindo minorias étnicas e culturais e nomeando aqueles de pensamentos não alinhados ao Estado Novo como impatriotas.

## Referências

A JUVENTUDE no Estado Novo. **Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP)**, 1940. Disponível em: [https://expo-virtual-cpdoc.fgv.br/sites/expo-virtual-cpdoc.fgv.br/files/documentos/gv-133f\\_1.pdf](https://expo-virtual-cpdoc.fgv.br/sites/expo-virtual-cpdoc.fgv.br/files/documentos/gv-133f_1.pdf). Acesso em: 15 jan. 2024.

ABREU, A. A. Aliança liberal. In: ABREU, A. A. (coord.) **Dicionário Histórico-Biográfico da Primeira República (1889-1930)**. Rio de Janeiro: Editora CPDOC/FGV, 2011. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/ALIAN%C3%87A%20LIBERAL.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ANDERSON, B. **Comunidades imaginadas**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ASCOLANI, A. Nacionalistas y libertarios: tensiones en torno de las conmemoraciones y símbolos patrios en la educación primaria (Argentina, 1910-1930). **Revista Brasileira de História da Educação**, 20, e129, 2020. DOI: [doi.org/10.4025/rbhe.v20.2020.e129](https://doi.org/10.4025/rbhe.v20.2020.e129). Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbhe/a/swkhwCCzd6YN3D39NntYm3R/?format=pdf&lang=es>. Acesso em: 11 jan. 2024.

BIBLIOTECA DA CÂMARA DE DEPUTADOS. Estado de Sítio. Bibliografia compilada pela Biblioteca da Câmara dos Deputados. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Universidade de Minas Gerais, n. 17, p. 193-210, jul. 1964.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política, v. I**. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOMENY, Helena. Juventude brasileira. **Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil**. 1984. Disponível em: <https://www18.fgv.br/CPDOC/acervo/dicionarios/verbeta-tematico/juventude-brasileira-1>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRANDÃO, Ana Maria; CPDOC/FGV (coord.). **A Revolução de 1930 e seus antecedentes**: coletânea de fotografias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.072, de 8 de março de 1940**. Dispõe sobre a obrigatoriedade da educação cívica, moral e física da infância e da juventude, fixa as suas bases, e para ministrá-



la organiza uma instituição nacional denominada Juventude Brasileira. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2072-8-marco-1940-412103-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 jan. 2024.

CAMPOS, F. **O Estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CARMO, P. G.; GABARDO, E.; HACHEM, D. W. Diálogos museológicos: o regime jurídico brasileiro e o Código de Ética do Conselho Internacional de Museus. **Revista de Direito Internacional**, v. 18, n. 3, p. 390-417, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/7041/pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

COSTA, E. V. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 6. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COSTA, M. A. S. ; SCHMITZ, Z. I. ; REMEDI, J. M. R. Cartilhas escolares e doutrinação infantil no contexto do Estado Novo (1937-1945). **Educação Unisinos**, v. 21, n. 2, p. 252-264, maio/ago. 2017. DOI: [doi.org/10.4013/edu.2017.212.10477](https://doi.org/10.4013/edu.2017.212.10477). Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/educacao/article/view/edu.2017.212.14/6116>. Acesso em: 12 jan. 2024.

LUCA, T. R. de. A produção do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) em acervos norte-americanos: um estudo de caso. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 31, n. 61, p. 271-296, 2011. DOI: [doi.org/10.1590/S0102-01882011000100014](https://doi.org/10.1590/S0102-01882011000100014). Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbh/a/Nm9ZFdXP6Gf3vzzGBH458RR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 jan. 2024.

COUTO, Padre Mario. Perguntas Oportuníssimas. **A razão**, Fortaleza, 24 de junho de 1937. Disponível em: <https://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=764450&pasta=ano%20193&pesq=&pagfis=9423>. Acesso em: 15 jan. 2024.

DICTIONNAIRE de Français Larousse. Disponível em: <https://www.larousse.fr/>. Acesso em: 25 set. 2023.

DOLHNIKOFF, M. Elites regionais e a construção o estado nacional. *In*: JANCSÓ, István. (org.). **Brasil**: formação do Estado e da Nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p. 431-468.

DUTRA, E. de F. **O ardil totalitário**: imaginário político no Brasil dos anos 30. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1997.

FINCHELSTEIN, F. O líder fascista como encarnação da verdade. Trad. Ari Roitman e Paulina Wacht. **Serrote**, São Paulo, p. 36-45, jul. 2020. Disponível em: <https://www.revistaserrote.com.br/wp-content/uploads/2020/07/serrote-especial-em-quarentena.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2024.

FRANCISCO, H. S. Assembleia Nacional Constituinte de 1891. In: ABREU, A. A. (coord.). **Dicionário Histórico-Biográfico da Primeira República (1889-1930)**. Rio de Janeiro: Editora CPDOC/FGV, 2011. Disponível em: [cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/ASSEMBLEIA%20NACIONAL%20CONSTITUINTE%20DE%201891.pdf](http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/ASSEMBLEIA%20NACIONAL%20CONSTITUINTE%20DE%201891.pdf). Acesso em: 20 ago. 2023.

GETÚLIO Vargas, o amigo das crianças. **Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP)**, 1940. Disponível em: [https://expo-virtual-cpdoc.fgv.br/sites/expo-virtual-cpdoc.fgv.br/files/documentos/gv\\_149\\_1.pdf](https://expo-virtual-cpdoc.fgv.br/sites/expo-virtual-cpdoc.fgv.br/files/documentos/gv_149_1.pdf). Acesso em: 15 jan. 2024.

GIL (Carlos Leon). Anno Novo... **O Malho**, Rio de Janeiro, ano 1932, ed. 1516, 9 de janeiro de 1932. Disponível em: <https://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=116300&pasta=ano%20193&pesq=&pagfis=75909>. Acesso em: 15 jan. 2024.

GUANDALINI JUNIOR, W.; TEIXEIRA, L. S. P. L. Um Direito Administrativo de Transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930). **Direito, Estado e Sociedade**, n. 58, p. 422-459, jan./jun. 2021. DOI: [doi.org/10.17808/des.58.1193](https://doi.org/10.17808/des.58.1193). Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1193/692>. Acesso em: 11 jan. 2024.

LUIZ XIV da seringaço (charge). **O Malho (RJ)**, n. 79, 19 de março de 1904. Disponível em: <https://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=116300&pagfis=2335>. Acesso em: 11 jan. 2024.

LEAL, V. N. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MONTI, E. M. G. **Canto orfeônico**: Villa-Lobos e as representações sociais da Era Vargas. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) — Centro de Teologia e Humanidades, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, 2009.

NETO, Lopo. Depoimento Que E' Uma Advertencia. **A razão**, Rio de Janeiro, 28 de março de 1937, p. 11. Disponível em: [http://memoria.bn.br/pdf/764450/per764450\\_1937\\_00252.pdf](http://memoria.bn.br/pdf/764450/per764450_1937_00252.pdf). Acesso em: 15 jan. 2024.

GUERRA, François-Xavier. A nação moderna: nova legitimidade e velhas identidades. In: JANCÓS, István. (org.). **Brasil**: formação do Estado e da Nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p. 33-60.

OLIVEIRA, R. S. O jornal *A Razão*: o ventre fecundo que criou o modelo de totalitarismo integralista. **Historiæ**, Rio Grande, v. 7, n. 2, p. 129-159, 2016. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/hist/article/view/6724/4419>. Acesso em: 15 jan. 2023.

OLIVEIRA, L. L. Revolução de 1930: uma bibliografia comentada. In: **O que se deve ler em ciências sociais no Brasil**. v. 1. São Paulo: Cortez; ANPOCS, 1986.

ROSENFELD, L. **Revolução conservadora**: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945). Porto Alegre: EdIPUCRS, 2021.

PAIXÃO, C. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria**, [S. l.], v. 13, n. 26, 2011. Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1379/1259>. Acesso em: 8 jul. 2023.

PARADA, M. O calendário Cívico do Estado Novo / As cerimônias cívicas como objeto: o conceito de “cerimônias sintéticas. *In*: PARADA, M. **Educando corpos e criando a nação: cerimônias cívicas e práticas disciplinares no Estado Novo**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio/Apicuri, 2009.

SANTOS, K. A. A institucionalização da música erudita na Era Vargas. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 30., 2019, Recife. **Anais [...]**. Recife: Associação Nacional de História ANPUH-Brasil, 2019. Disponível em: [https://www.snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1564522877\\_ARQUIVO\\_ARTIGOANPUH-AMUSICAERUDITA,PODER,MICROPODERESEAERAVARGAS.pdf](https://www.snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1564522877_ARQUIVO_ARTIGOANPUH-AMUSICAERUDITA,PODER,MICROPODERESEAERAVARGAS.pdf). Acesso em: 12 jan. 2024.

SANTOS, M. A. C. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. **Locus: Revista De História**, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 31-48, 2007. Disponível em: [periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20163/10743](http://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20163/10743). Acesso em: 11 jan. 2024.

SANTOS, M. S. Museu Imperial: A construção do Império pela República. *In*: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (org.). **Memória e Patrimônio: ensaios contemporâneos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009. p. 115-135.

SEELAENDER, A. O Direito Administrativo e a Expansão do Estado na Primeira República: notas preliminares a uma história da doutrina administrativista no Brasil. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, v. 485, p. 165-202, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-485/item/108719-o-direito-administrativo-e-a-expansao-do-estado-na-primeira-republica-notas-preliminares-a-uma-historia-da-doutrina-administrativa.html>. Acesso em: 11 jan. 2024.

SILVA, D. A. Construção da Pátria Amada: Educação, patriotismo e nacionalismo na Paraíba durante a segunda guerra mundial (1939-1945). 2016. Dissertação (Mestrado em História) — Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/9614/2/arquivototal.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

SILVEIRA, M. M. Revistas jurídicas brasileiras: "cartografia histórica" de um gênero de impressos (anos 1840 a 1940). **Caderno de Informação Jurídica**, Brasília. v. 1, n. 1, p. 98-119, 2014. Disponível em: <https://cip.brapci.inf.br/download/38444>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SCHULZE, F. A constituição global da nação brasileira: questões de imigração nos anos 1930 e 1940. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/7JSDC5tjHyLHDqmSk5Rp9tt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2023.

SCHWARTZMAN, S.; BOMENY, H. M. B.; COSTA, V. M. R. **Tempos de Capanema**. Rio de Janeiro: Paz e Terra: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

STEIN, C. A. **“Por Deus e pelo Brasil”**: a Juventude Brasileira em Curitiba (1938-1945). 2008. Dissertação (Mestrado em Educação) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/17280/completa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 jan. 2024.

TEIXEIRA, L. S. P. L. **Discursos sobre o Interesse Público na Primeira República**: análise da doutrina de Direito Administrativo entre 1889-1930. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

VARGAS, G. Discurso-manifesto de Getúlio Vargas – 10 de novembro de 1937. *In*: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil, v. V**: Segunda República (1934-1945), Estado Novo (1937-1945). 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Federal, 2002. p. 264-272.

# CONDENAÇÃO DO BRASIL NO CASO XIMENES LOPES: O CHAMAMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO ESFORÇO NACIONAL PARA O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*THE XIMENES LOPES CASE SENTENCE AGAINST BRAZIL: THE COOPERATION OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE IN THE COUNTRY'S EFFORTS TO COMPLY WITH THE DECISION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

*CONDENA DE BRASIL EN EL CASO XIMENES LOPES: EL LLAMADO DEL CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA EN EL ESFUERZO NACIONAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Túlio Macedo Rosa e Silva<sup>1</sup>  
André Ricardo Antonovicz Munhoz<sup>2</sup>

## Resumo

A presente pesquisa teve como escopo analisar a participação do Conselho Nacional de Justiça no cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é um importante instrumento de proteção dos direitos humanos, e a jurisdição contenciosa decorrente da adesão obriga os Estados a, além de aceitarem o julgado, enviaar esforços para o cumprimento das obrigações decorrentes. A garantia da não repetição constitui-se em uma peça fundamental do sistema. Para a realização do estudo, procedeu-se à pesquisa bibliográfica e documental, mediante os respectivos sítios virtuais, a consulta a julgados da Corte Interamericana e documentos do Conselho Nacional de Justiça. O objetivo foi alcançado ao constatar que passados mais de quinze anos desde a condenação internacional, além da declaração do não cumprimento de um determinado capítulo da sentença, outra ainda resta pendente de cumprimento pelo Estado brasileiro. Há cerca de um ano e meio o Conselho Nacional de Justiça integra mais ativamente o esforço nacional para o cumprimento do último ponto.

**Palavras-chave:** Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Caso *Ximenes Lopes versus Brasil*; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## Abstract

This research investigates the participation of the National Council of Justice in the execution of the sentence issued by the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Ximenes Lopes vs. Brazil*. The American Convention on Human Rights is a crucial instrument for protecting human rights, and, due its membership, contentious jurisdiction obliges States not only to accept sentences, but also to make every effort to fulfill the obligations arising from the commitment. The non-repetition guarantee is a crucial aspect of the system. For this study, a bibliographical and documentary research was conducted. Additionally, the sources consulted include the Inter-American Court's decisions and documents from the National Council of Justice accessed through their respective websites. The objective was achieved when the study verified that, fifteen years after the international conviction, the Brazilian State has yet to fulfill one of the sentence's chapters, despite a declaration of non-compliance with other parts and considering that it has been a year and a half since the National Council of Justice joined the national effort to resolve this situation.

**Keywords:** American Convention on Human Rights; *Ximenes Lopes vs. Brazil's* decision; Inter-American Court of Human Rights.

---

<sup>1</sup> Universidade Estadual do Amazonas.

<sup>2</sup> Universidade Estadual do Amazonas.

## Resumen

La presente investigación tuvo por objetivo analizar la participación del Consejo Nacional de Justicia en el cumplimiento de la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. La Convención Americana sobre Derechos Humanos es un importante instrumento de protección de los derechos humanos, y la jurisdicción contenciosa resultante de la adhesión obliga a los Estados, además de aceptar el juzgado, a esforzarse para el cumplimiento de las obligaciones resultantes. La garantía de la no repetición se constituye en una pieza fundamental del sistema. Para la realización del estudio, se procedió a la investigación bibliográfica y documental, y mediante los respectivos sitios web, la consulta a juzgados de la Corte Interamericana y documentos del Consejo Nacional de Justicia. El objetivo fue alcanzado al constatar que, tras más de quince años desde la condenación internacional, además de la declaración del no cumplimiento de un determinado capítulo de la sentencia, otra aún queda por cumplir por el Estado brasileño, siendo que hace alrededor de un año y medio el Consejo Nacional de Justicia integra más activamente el esfuerzo nacional para el cumplimiento de ese punto.

**Palabras clave:** Convención Americana sobre Derechos Humanos; Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 1 Introdução

A proteção dos direitos humanos em nível internacional surge da necessidade imperativa de se garantir que os direitos inerentes a cada indivíduo, reconhecidos ao longo da história, não sejam desguarnecidos devido à sua dependência exclusiva dos sistemas nacionais de proteção. O sistema global onusiano (da Organização das Nações Unidas) e os sistemas regionais, que constituem o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, não funcionam como instâncias recursais face ao sistema interno de cada Estado. Em vez disso, atuam com o propósito de complementar a proteção, a fim de não permitir que esta reste esvaziada ou ignorada, afora as circunstâncias do caso.

Nessa ordem de ideias, a rede internacional protecionista dos direitos humanos deve ser mais acionada quanto menos os Estados assim densifiquem a proteção no âmbito de sua competência interna. Portanto, da necessidade de acionamento da proteção internacional das pessoas presume-se a falta ou falha na proteção interna, cuja confirmação se tem com o pronunciamento do sistema em face do Estado que, de alguma forma, tenha descumprido tratados internacionais sobre direitos humanos e, com isso, violado direitos dessa categoria em determinado caso.

Emerge, então, a importância da decisão internacional, sendo reconhecida diante da comunidade internacional a responsabilidade do Estado que, de alguma forma, descumpriu previamente seus deveres de respeito, garantia e proteção dos direitos humanos no plano nacional, a demandar de forma complementar a declaração no plano internacional dessa violação estatal, e, como ela, impor-se o cumprimento de obrigação para a reparação.

Soma-se maior envergadura de importância, então, às obrigações impostas aos Estados decorrentes da declaração de violação dos compromissos internacionalmente assumidos e que

restaram incumpridos. Nesse mote é que se assenta o presente trabalho, com o estudo do Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconheceu a responsabilidade do país acerca dos fatos que substanciaram o caso analisado pelo tribunal.

Em decorrência da condenação sofrida pelo Brasil, diversas obrigações foram estabelecidas pelo tribunal Interamericano, entre elas: indenizar os familiares pelos danos materiais e morais suportados e ressarcir as custas processuais; dar ampliação à publicidade da condenação mediante a publicação do teor da sentença no plano interno; garantir a investigação e o sancionamento dos responsáveis pelos fatos em prazo razoável; promover programas de capacitação e de aperfeiçoamento aos profissionais que atuam no atendimento à saúde mental em consonância com os padrões internacionais.

Quanto a essas obrigações, algumas foram cumpridas pelo Brasil, outras ainda não. Dentre elas, há aquela que o país sequer tem a possibilidade de poder cumprir, culminando em nova violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Há também aquela que, passados mais de quinze anos, o governo brasileiro não conseguiu dar integral cumprimento, correndo-se o risco de, novamente, ver-se constrangido diante da comunidade internacional por não cumprir obrigação cogente nos termos da adesão.

Assim, tratar-se-á neste artigo do contexto do caso Ximenes Lopes, da condenação sofrida pelo país e das obrigações impostas. A ênfase é direcionada à fase de cumprimento das obrigações consignadas na sentença, com centralidade na inovadora participação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em integrar os esforços do Estado brasileiro para satisfazer obrigação pendente de cumprimento, bem como a forma e as perspectivas dessa atuação.

## **2 O Brasil no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos**

A proteção dos direitos humanos se realiza sob uma estruturação dimensional plural cujos âmbitos de operabilidade se comunicam em complementariedade. Nesse aspecto, tem-se como esferas protetivas a interna dos próprios Estados e a internacional. No plano internacional, ao lado de um sistema global da Organização das Nações Unidas (ONU), outros sistemas regionais se dispersam geograficamente, tendo o sistema africano, o europeu e o interamericano como os principais (Piovesan, 2021).

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) é estruturado fundamentalmente no conjunto formado por quatro instrumentos: a Declaração Americana de

Direitos e Deveres do Homem e a Carta da Organização dos Estados Americanos, instituidores da Organização dos Estados Americanos (OEA) — dos quais são signatários todos os 35 países da América e Caribe — e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Protocolo de San Salvador, ratificados por 24 dentre aqueles 35 países (Piovesan, 2021; Ramos, 2013).

A Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem tiveram aprovação na Conferência de Bogotá no ano de 1948, inclusive precedendo em alguns meses a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por sua vez, considerada um salto no aperfeiçoamento do sistema protetivo interamericano, a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos teve lugar em San José da Costa Rica em 1969, com a entrada em vigor apenas em 1978, após a ratificação de 11 países (Monterisi, 2009; Ramos, 2018).

Conforme Carlos Weis (2012, p. 138), “a Convenção Americana de Direitos Humanos é o texto fundamental do sistema americano de direitos humanos”. Nesse sentido, é importante destacar, como faz Ramos (2013), um aspecto de subsidiariedade dentro do sistema: se o país em questão tiver aderido à Convenção Americana de Direitos Humanos, a atuação da Comissão se pautará nesse instrumento; por outro lado, se integrar os outros 12 Estados que assim não procederam, a atuação será em conformidade à Carta da OEA e à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) trata-se de “órgão ao qual incumbe a promoção e averiguação do respeito e a garantia [dos] direitos fundamentais” (Ramos, 2013, p. 210). A CIDH é integrada por sete comissários, nacionais de Estados integrantes da OEA, de alta reputação moral e destacado saber na área de direitos humanos, escolhidos pela Assembleia da OEA para o mandato de quatro anos, com possibilidade de recondução limitada a uma (Piovesan, 2021).

Relativamente à Convenção Americana de Direitos Humanos, a CIDH está habilitada essencialmente a três funções. A primeira diz respeito à promoção dos direitos humanos, com publicações, conferências etc. A segunda é a elaboração de relatórios por coleta de informações encaminhadas pelos Estados ou obtidos por outras formas, além da formulação de recomendações para os governos, objetivando a proteção de direitos, como apontado. A terceira e mais destacada função corresponde à de recepcionar e processar denúncias de “qualquer pessoa, grupo de pessoas ou ‘entidade não-governamental legalmente constituída em um ou mais dos Estados-membros’” (Weis, 2012, p. 157).

A CorteIDH tem sede em São José, capital da Costa Rica. É composta de sete juízes, nacionais dos Estados membros da OEA indicados em lista pelos mesmos Estados, eleitos pela



Assembleia Geral a título pessoal, que gozem de alta reputação moral e competência em direitos humanos, além de reunirem as condições legais previstas para exercer a magistratura na mais alta corte judicial do país da nacionalidade do indicado ou do país proponente (Monterisi, 2009).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em sua parte final, como asseverado por Weis (2012, p. 146), “cria os mecanismos de monitoramento e proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Apesar de a constituição do sistema protetivo da Convenção Americana em dois órgãos — a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos —, a Corte IDH, “no exercício da jurisdição contenciosa”, não pode ser acionada diretamente por petição individual (Ramos, 2013, p. 220). O procedimento bifásico é “uma etapa, indispensável perante a Comissão e uma eventual segunda etapa perante a Corte IDH” (Ramos, 2013, p. 220).

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 9 de setembro de 1992, apresentando reserva acerca dos artigos 43 e 48, “d”, no sentido de não autorizar visitas e investigações da CIDH *in loco* sem sua anuência prévia. Relativamente ao artigo 62, em 10 de dezembro de 1998, o Estado brasileiro reconheceu submeter-se “de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...] para os fatos posteriores a essa declaração” (Weis, 2012, p. 146).

Não se pode deixar de observar a letargia do país tanto para ratificar a CADH quanto para aderir à jurisdição contenciosa da Corte IDH. Oportuno relembrar o período autoritário atravessado até a redemocratização e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), cujas reminiscências permaneceram encrustadas no seio sociopolítico. Após a adesão à jurisdição da Corte IDH para os fatos vindouros, o Brasil não tardou em sofrer a primeira condenação no ano de 2006, referente ao reconhecimento da violação de direitos humanos ocorrida em 2001.

### **3 O caso Ximenes Lopes**

O caso Ximenes Lopes *versus* Brasil se caracterizou como o primeiro julgado envolvendo o Estado brasileiro perante a Corte IDH e, igualmente, a primeira condenação do país (Rosato; Correia, 2011). Também é “paradigmático por ser o primeiro caso da Corte Interamericana relacionado aos direitos das pessoas com deficiência e, portanto, analisado à luz desta questão” (Puente, 2015, p. 35, tradução nossa). Tratou-se do primeiro pronunciamento

jurisdicional interamericano acerca da violação de direitos humanos contextualizado pela condição de sofrimento mental de uma pessoa.

Os fatos constituintes do caso referem-se a Damião Ximenes Lopes, filho de Albertina Viana Lopes e Francisco Leopoldino Lopes e irmão de Irene Ximenes Lopes Miranda e Cosme Ximenes Lopes. O paciente era acometido por uma deficiência mental de origem orgânica desde o fim da adolescência, tinha 30 anos de idade e vivia junto com sua mãe na pequena cidade de Varjota, próxima de Sobral, ambas no estado do Ceará. Nesta, localizava-se a Casa de Repouso de Guararapes, uma instituição psiquiátrica de natureza privada conveniada ao Sistema Único de Saúde (SUS), na qual Damião fora internado (OEA, 2006; Pereira, 2001).

Quando admitido pelo SUS no espaço de saúde em 1º de outubro de 1999, Damião apresentava-se em perfeitas condições físicas, sem apresentar lesões corporais externas. Em 2 de outubro de 1999, não foi medicado, constando registro de que o paciente se apresentava “calmo, desorientado [...] confuso” (OEA, 2006). Em 3 de outubro de 1999, teria apresentado uma crise de agressividade, entrado em um banheiro e se negado a sair, quando foi dominado por um funcionário auxiliado por outros pacientes, momento em que sofreu ferimento no rosto acima dos olhos, sendo em seguida submetido à contenção física e sendo-lhe administrada medicação específica por prescrição médica. Na mesma noite, apresentou novo evento de agressividade e novamente foi submetido à contenção física, que perdurou desde o domingo até segunda-feira de manhã (OEA, 2006).

Em 4 de outubro de 1999 próximo às 9h, ao visitar a Casa de Repouso, Albertina se deparou com o filho

sangrando, com hematomas, com roupas rasgadas, sujas e com cheiro de excremento, com as mãos amarradas, com dificuldade para respirar, em agonia, gritando e implorando ajuda à polícia. O Sr. Ximenes Lopes ainda estava sujeito à contenção física que havia sido aplicada desde a noite anterior, já apresentava escoriações e feridas, e estava deixado para andar sem supervisão adequada. Posteriormente, uma auxiliar de enfermagem o deitou em uma cama, da qual caiu. Então eles o deitaram em um colchonete no chão (OEA, 2006).

Albertina buscou atendimento médico imediato para Damião, encontrando o diretor clínico que, sem examinar o paciente, prescreveu algumas medicações e se retirou do hospital, não mais restando qualquer médico na instituição naquela oportunidade (OEA, 2006). Damião foi a óbito às 11h30, duas horas após receber a medicação receitada pelo diretor clínico da unidade. Faleceu desassistido de qualquer socorro médico, uma vez que não havia nenhum na instituição. Avisado do fato, o diretor clínico regressou ao estabelecimento, examinou o corpo,

documentou a inexistência de lesões corporais externas e deu como *causa mortis* uma parada cardiorrespiratória (OEA, 2006).

Na mesma data, os familiares se mobilizaram para requerer um exame de autópsia no corpo, sendo então trasladado para a cidade de Fortaleza para a realização. No trajeto, o corpo apresentou um intenso sangramento (OEA, 2006). Em 8 de novembro de 1999, o Ministério Público requisitou a instauração de um inquérito policial para a apuração dos fatos, sendo instaurado o procedimento na esfera policial em 9 de novembro de 1999, mais de trinta dias após a morte de Damião Ximenes Lopes (OEA, 2006).

A família, inconformada com a perda de Damião, passou a buscar o estabelecimento de justiça. Sua irmã, Irene, acionou todas as instâncias locais a que teve acesso, até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Paixão; Frisso; Silva, 2007).

Clamo Justiça! Justiça!!!

Quero que toda a imprensa, que todos os órgãos e entidades que defendem os direitos humanos, que todos aqueles que têm coração humano e são a favor da justiça, tomem conhecimento desta denúncia e ajudem-me a fazer justiça na morte de meu irmão. Meu irmão Damião foi morto segunda-feira, dia quatro de outubro de 1999, em Sobral, Ceará, na Casa de Repouso Guararapes, digo melhor, Casa de Tortura.

[...]

Quero tornar público que na Clínica Guararapes reina a humilhação, o desrespeito e a crueldade. Seres humanos são tratados como bichos. As famílias das vítimas são pessoas pobres, sem voz e sem vez e a impunidade continua. Conheço pessoas que já passaram por lá, hoje com saúde recuperada, que relatam casos horrendos. Elas dizem que aquele hospital é um verdadeiro inferno. Os principais agressores são os funcionários: monitores de pátio, carcereiros e auxiliares de enfermagem. Eles esnobam valentia e domínio (trecho da denúncia de Irene Ximenes Lopes Miranda, in: Pereira, 2001, p. 130-133).

Em âmbito local, apesar da instauração de algumas sindicâncias e auditorias, não se alcançou resultado prático algum. Constatou-se a mesma carência de resultados na apuração de responsabilidades individuais administrativa e penal dos envolvidos (Paixão; Frisso; Silva, 2007). Em contraponto à letargia das autoridades nacionais para dar respostas satisfatórias acerca da apuração dos fatos e definição das respectivas responsabilidades, o sistema regional interamericano de proteção de direitos humanos, inicialmente através da CIDH, recepcionou a representação, dando-lhe processamento, e, após superadas as oportunidades dadas ao Estado brasileiro para se desincumbir das alegações, acionou a CorteIDH.

#### **4 A primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Em 9 de outubro de 2002, a comissão reconheceu sua competência para conhecer o caso, destacando o cumprimento das condições de admissibilidade para o processamento da petição.

Diante da ausência de resposta do Estado brasileiro nas reiteradas oportunidades em que instado durante o processamento perante a Comissão, concluiu-se pela necessidade de apresentar a demanda à Corte IDH visando a responsabilização do Brasil por violação a direitos reconhecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, especificamente: “Direito à vida” (art. 4); “Direito à integridade pessoal” (art. 5); “Garantias judiciais” (art. 8); e “Proteção judicial” (art. 25), conjuntamente relacionados à obrigação consagrada da “Obrigação de respeitar os direitos” (art. 1) (OEA, 2002).

É relevante ressaltar que, pelo art. 1.1 da Convenção Americana, os Estados partes têm a obrigação de “respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos” sem prejuízo ao dever de “garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição”, vedada qualquer forma de discriminação, independentemente da natureza (OEA, 1969). Nesse sentido, como consequência à declaração de responsabilidade do Brasil, a Comissão pediu à Corte IDH que ordenasse ao Brasil:

- a. realizar uma investigação completa e imparcial e efetiva dos fatos relacionado com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes ocorrida na Casa de Repouso Guararapes em 4 de outubro de 1999. Tal investigação deve ser conduzida a fim de determinar a responsabilidade de todos os responsáveis, sejam tais responsabilidades por ação ou omissão, e a sanção efetiva dos responsáveis.
- b. Reparar adequadamente os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes pelas violações de direitos humanos cometidas, incluindo o pagamento efetivo de uma indenização.
- c. Adotar as medidas necessárias para evitar a ocorrência de eventos semelhantes no futuro.
- d. Pagar as custas e despesas legais incorridas pelos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes na tramitação do caso tanto a nível nacional, como as originadas na tramitação deste caso perante o sistema interamericano (OEA, 2004, tradução nossa).

No âmbito do processo jurisdicional contencioso, o Brasil apresentou como defesa preliminar de natureza peremptória a alegação de que não teriam sido esgotados os recursos jurisdicionais internos — como consignado no art. 46 da Convenção Americana — previamente ao acionamento do plano protetivo internacional, pugnando, por essa razão, à Corte pelo não conhecimento da demanda (OEA, 2005).

Em 30 de novembro de 2005, a Corte IDH conheceu da exceção preliminar manejada pelo Estado brasileiro. Consignou que sua jurisprudência é assente quanto à questão, fazendo inicialmente duas considerações: primeiro, a condição da esgotabilidade das vias internas pode ser renunciada expressa ou tacitamente pelo Estado que dela se aproveita; segundo, deve ser invocada oportunamente na primeira fase do procedimento enquanto tramita na Comissão, sem o que se tem estabelecida a presunção da renúncia tácita pelo Estado que dela poderia se valer.

Por conseguinte, como o Brasil teve a oportunidade, mas não apresentou tal alegação durante o processamento da demanda perante a CIDH, o Tribunal rejeitou a defesa (OEA, 2005).

Em 4 de julho de 2006 a Corte IDH proferiu-se a sentença de mérito. Sob a denominação de “Pontos Resolutivos” à semelhança do “Dispositivo”<sup>3</sup> da sentença no nosso ordenamento, a Corte

**DECIDE,**

Por unanimidade,

1. Admitir o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, nos termos dos parágrafos 61 a 81 da presente Sentença.

**DECLARA,**

Por unanimidade, que

2. O Estado violou, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, tal como o reconheceu, os direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 119 a 150 da presente Sentença.
3. O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 155 a 163 da presente Sentença.
4. O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 170 a 206 da presente Sentença.
5. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 251 dessa mesma Sentença.

**E DISPÕE,**

Por unanimidade, que:

6. O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença.
7. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII relativo aos fatos provados desta Sentença, sem as respectivas notas de pé de página, bem como sua parte resolutiva, nos termos do parágrafo 249 da presente Sentença.
8. O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente Sentença.
9. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, no prazo de um ano, a título de indenização por dano

---

3 Cf. Lei nº 13.105/2015 - Código de Processo Civil – art. 489, *caput*: São elementos essenciais da sentença: [...] III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

material, a quantia fixada nos parágrafos 225 e 226, nos termos dos parágrafos 224 a 226 da presente Sentença.

10. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e para os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, no prazo de um ano, a título de indenização por dano imaterial, a quantia fixada no parágrafo 238, nos termos dos parágrafos 237 a 239 da presente Sentença.
11. O Estado deve pagar em dinheiro, no prazo de um ano, a título de custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 253, a qual deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes, nos termos dos parágrafos 252 e 253 da presente Sentença.
12. Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento (OEA, 2006).

Com essa decisão, além de representar a primeira oportunidade para a Corte IDH manifestar-se sobre a violação dos direitos de uma pessoa com deficiência mental, coincidentemente, foi o primeiro caso em que o Estado brasileiro foi processado perante o Tribunal Interamericano, o que resultou também na primeira condenação do país por essa mesma Corte.

## 5 A execução dos pontos resolutivos da sentença

É importante destacar que, ao aderirem à CADH, os Estados “comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (art. 68.1); igualmente se dão por resignados com seu conteúdo, independentemente de refletir ou não o posicionamento defendido durante o processo contencioso, pois a tem previamente reconhecida como “definitiva e inapelável” (art. 67) (OEA, 1969). Como aduzem Érika Leahy e Maritza Leahy (2020, p. 1786) a partir do “texto legal, extrai-se que é obrigação dos Estados membros do SIDH cumprirem a decisão da Corte”, entretanto, ressaltam as autoras que os Estados não dispõem de ampla normatização quanto às formas de efetivar a execução internamente, obstáculo que pode implicar eventual nova responsabilização internacional, se não contornado.

A Corte IDH não se limita a proferir decisões meramente declaratórias, como se verifica com maior frequência na Corte Europeia de Direitos Humanos. Frequentemente, ao reconhecer a responsabilidade dos Estados, objetivando a reparação e restauração das violações com efetividade, impõe o cumprimento de medidas de diversas espécies, como: indenizações; a “adoção ou modificação de instrumentos regulatórios para adaptá-los à Convenção Americana; a investigação e punição de violações dos direitos humanos; a implementação de planos de educação e prevenção; a adoção de normas” (Corao, 2007, p. 137, tradução nossa).

Para Mazzuolli (2016), as decisões de natureza indenizatória não causam maiores problemas aos Estados para o respectivo cumprimento. A dificuldade se assenta nas de outras espécies. Segundo o autor, apesar de não explicitados no texto da Convenção, mas nela implícitos e reconhecidos na jurisprudência da Corte, estão suscetíveis os condenados aos deveres: a) de indenização da vítima ou dos familiares; b) de investigação dos casos de violação de direitos humanos; c) de punição aos responsáveis.

Em relação à indenização dos familiares no caso Damião Ximenes Lopes, o governo brasileiro cumpriu a obrigação com a expedição do Decreto nº 6.185/2007, autorizando a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a “promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, [...] em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos aos familiares ou a quem de direito couber [...]” (Brasil, 2007). Como previsto na sentença, o cumprimento da sua integralidade seria supervisionado pela Corte para a finalidade de se dar como concluído o caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Para tanto, consignou-se o prazo de um ano para o Estado estabelecer um programa de medidas destinadas à satisfação (OEA, 2006).

A supervisão do cumprimento de seus julgados consiste em faculdade derivada do art. 65 da Convenção Americana, da qual a Corte faz prática constante desde o seu estabelecimento, constituindo-se em “procedimento escrito em que solicita informes ao Estado e emite comunicações e resoluções sobre o cumprimento das sentenças, sempre com o fim último de garantir a aplicação íntegra e efetiva de suas decisões” (Monterisi, 2009, p. 443-444, tradução nossa).

A Corte IDH já fora demandada a se pronunciar sobre sua competência para supervisão do cumprimento de seus próprios julgados. Em decisão proferida no caso Baena Ricardo e outros *versus* Panamá, em 28 de novembro de 2003, o Tribunal respondeu à primeira interpelação dessa natureza formulada por um Estado parte.

Na oportunidade, afirmou sua competência, assentando, dentre outros fundamentos: que a jurisdição não se limita a declarar o direito, mas a efetivá-lo; b) a efetividade dos julgados demanda a sua execução, devendo o processo materializar o pronunciamento judicial; c) o cumprimento das sentenças interamericanas está intensamente ligado ao acesso à justiça, não bastando o acesso formal ao sistema, apartado das condições necessárias de efetivação da proteção internacional da pessoa face a violações estatais à Convenção; d) a execução das decisões considera-se parte do acesso à justiça em sentido amplo, compreendendo “também o cumprimento pleno da respectiva decisão, pois o contrário implicaria a própria negação desse direito”; e) tais postulados se aplicam ao processo internacional do SIDH além do processo

interno, portanto, devem os Estados partes cumprir internamente as decisões interamericanas, sem o que restariam por negar o direito de acesso à justiça internacional; f) a faculdade de supervisão dos seus julgados constitui-se como inerente à função jurisdicional da Corte (Monterisi, 2009, p. 444-446, tradução nossa).

Conforme Ayala Corao (2007, p. 140, tradução nossa), essa consignação nos seus julgados é prática rotineira da “Corte Interamericana em suas decisões de mérito e reparações [...] que supervisionará o integral cumprimento da sentença e dará por concluído o caso uma vez que o Estado tenha cumprido integralmente suas disposições”. No curso desse processo de “supervisão de cumprimento de sentença”, em 2 de maio de 2008, a Corte declarou cumpridas as seguintes medidas (OEA, 2008):

- a) a publicação da sentença interamericana em Diário Oficial;
- b) o pagamento no prazo de um ano da indenização por danos materiais a Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes (respectivamente, mãe e irmã de Damião Ximenes Lopes);
- c) o pagamento no prazo de um ano da indenização por danos morais a Albertina Viana Lopes, Irene Ximenes Lopes, Francisco Leopoldina Lopes e Cosme Ximenes Lopes (respectivamente, mãe, irmã, pai e irmão de Damião Ximenes Lopes);
- d) o pagamento das custas processuais quanto ao dispêndio no âmbito interno e no interamericano de proteção de direitos humanos.

Na mesma oportunidade da supervisão, em 2 maio de 2008, a Corte verificou os seguintes pontos da sentença como pendentes de cumprimento (OEA, 2008):

- a) em prazo razoável, em processo no âmbito interno, garantir a apuração das responsabilidades e respectivas punições em face dos responsáveis pelos acontecimentos violadores de direitos humanos do caso;
- b) dar prosseguimento ao processo estatal de desenvolvimento de um programa envolvendo os profissionais atuantes no tratamento de saúde mental e conexão aos princípios e padrões reconhecidos como *standards* no plano internacional e na sentença.

Ao final, na ocasião, a Corte declarou cumprido o primeiro grupo de medidas (publicação da sentença e pagamento das indenizações e custas), requerendo do Brasil, na forma do art. 68.1, cumprir os pontos pendentes (processo de investigação de responsabilidades e respectiva punição; desenvolvimento de uma remodelagem do programa estatal de atendimento em saúde mental), devendo informar as providências adotadas para tanto até 11 de julho de 2008 (OEA, 2008).



Em 21 de setembro de 2009, dando prosseguimento à supervisão de cumprimento da sentença interamericana, relatou o tribunal ter sido informado pelo governo brasileiro acerca da apuração de responsabilidades no âmbito criminal, sendo que na data de 29 de junho de 2009, nos autos da ação penal nº 2000.0172.9186-1/0 da Terceira Vara da Comarca de Sobral, foi proferida sentença condenatória em face de seis funcionários da Casa de Repouso, incluído seu diretor clínico, pela prática do crime de maus-tratos seguido de morte [art. 136, § 2º do Código Penal], ao cumprimento de pena privativa de liberdade de seis anos (OEA, 2009).

Acerca da obrigação do desenvolvimento dos programas voltados aos profissionais atuantes no tratamento da saúde mental, teriam sido comunicados pelo Brasil a progressiva capacitação distribuída por vinte e três núcleos no país, abertos “à participação dos profissionais da rede pública de saúde mental, incluindo-se também profissionais de hospitais psiquiátricos”; a criação de convênio interministerial entre os Ministérios da Educação e da Saúde para a adequação dos currículos da formação superior, além da criação da Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde (UnaSUS) para a formação do pessoal ligado à saúde mental; a instauração de cursos para atendimentos ligados ao uso abusivo de álcool e outras drogas; e a expansão das capacitações na área de saúde mental aos quadros do Programa Saúde da Família (OEA, 2009, tradução nossa).

Sem deixar de reconhecer a atuação do Estado brasileiro com vistas a possibilitar o cumprimento das pendências de cumprimento, pontuou a CorteIDH, acerca da apuração da responsabilidade penal, considerar moroso o transcurso do prazo de três anos desde proferida a decisão interamericana para se alcançar uma decisão interna ainda de primeiro grau; não era, portanto, possível declarar o cumprimento ou não da obrigação, e aguardaria novas informações atualizadas na próxima manifestação escrita, sobretudo quanto à gestão, para chegar-se a uma decisão definitiva e à respectiva execução das penas (OEA, 2009).

Por sua vez, a CorteIDH enalteceu as políticas públicas instituídas, como a da Lei nº 10.216/2001, que, mesmo anterior à condenação interamericana, sendo executada em conformidade, torna-se mecanismo importante para a não repetição das violações de direitos humanos; quanto aos programas de aperfeiçoamento profissional, foram considerados ações insuficientes, pois, apesar de contribuírem à efetivação da obrigação, não são suficientemente específicos para o atendimento dos comandos da sentença proferida pelo tribunal, por não haver um processo de formação e aperfeiçoamento permanente aos trabalhadores dos hospitais psiquiátricos como medida de não repetição de fatos como o do caso, já havendo notícia de novos maus-tratos e mortes em hospitais psiquiátricos (OEA, 2009).

Nesse contexto, a Corte rejeitou a pretensão do Estado brasileiro de ter esse ponto da decisão declarada cumprida, mantendo aberto o procedimento de supervisão. Além disso, destacou a necessidade de o Brasil se referir na próxima oportunidade única e exclusivamente quanto a: a) atividades de capacitação profissional posterior à condenação internacional, que versem sobre o tratamento das pessoas acometidas de deficiência mental como estabelecido na condenação; b) duração, periodicidade e quantidade de participantes; c) se as atividades são obrigatórias ou facultativas (OEA, 2009).

Em 17 de maio de 2010, retomando a fiscalização de cumprimento, o tribunal não constatou muitos avanços quanto à responsabilização em caráter definitivo e ao respectivo sancionamento penal. Reconheceu o estabelecimento de diversos diálogos interinstitucionais, visando a celeridade processual no âmbito interno, porém, constatou a pendência dos recursos interpostos pelos condenados quanto à decisão condenatória de primeira instância, contando apenas um deles já com data designada para julgamento. Nesse sentido, basicamente reiterou a ordem de, no próximo informe, o Brasil atualizar o estado do processo, especialmente com a resolução dos recursos (OEA, 2010).

Relativo ao outro ponto, informou o governo brasileiro, em parte reiterando relatos anteriores no desenvolvimento de programas de capacitação, tratando também da expansão das vagas de residências médica com priorização na especialidade de psiquiatria e geograficamente às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do país; a elaboração de uma lista de universidades que poderiam oferecer cursos na área de saúde mental a distância; a distribuição de recursos a estados e municípios para emprego direto nas ações de aprimoramento do respectivo pessoal. Relativamente à duração, periodicidade e quantidade de participantes, foi informada a carga horária de 360 horas para cursos de especialização, 120 para de aperfeiçoamento e 40 para de atualização. Houve capacitação de 9.112 profissionais entre 2002 e 2008. Ante essas informações prestadas, novamente o Brasil requereu a declaração de cumprimento da sentença (OEA, 2010).

O tribunal ressaltou haver nessa nova manifestação elementos mais específicos em relação à anterior, entretanto, ainda não a ponto de adimplir a integralidade do quanto especificado nas ocasiões anteriores da supervisão. Não se apresentou o conteúdo dos cursos para verificação se incluem ou não as diretrizes internacionais balizadas na sentença. Também não foram apresentados quantos e quais cursos especificamente foram realizados após a sentença interamericana, o quantitativo dos profissionais que participaram dos cursos e o quantitativo dos que trabalham em instituições psiquiátricas de características similares à Casa de Repouso Guararapes. Assim, negou a Corte declarar o cumprimento como requerido pelo

Brasil, reiterando que se apresente especificamente no informe posterior, de forma exclusiva e concreta: a) as modalidades de capacitação desenvolvidas após a sentença interamericana ao pessoal ligado às instituições com natureza igual à Casa de Repouso Guararapes, cujo conteúdo abranja as balizas internacionais do campo e os indicados na sentença (OEA, 2010).

Em 28 de janeiro de 2021, em novo pronunciamento da Corte acerca do cumprimento da sentença, informou-se sobre o julgamento dos recursos interpostos da sentença condenatória em 20 de novembro de 2012. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará entendeu como inexistente a prova de nexo causal entre a conduta dolosa dos acusados (pôr em risco a vida ou a saúde) e o resultado culposo (morte), razão pela qual julgou o recurso parcialmente procedente para desqualificar a conduta de maus-tratos com resultado morte [art. 136, § 2º do Código Penal] para maus-tratos, art. 136 do Código Penal Brasileiro. Assim, por consequência, reconheceu de ofício o advento da prescrição da pretensão acusatória em abstrato retroativa, ante a pena máxima prevista ao tipo ser de um ano, sujeitando-se então ao prazo prescricional de quatro anos na forma do art. 109 do Código Penal, e ter-se passado tempo superior entre o recebimento da denúncia em 07/04/2000 e a publicação da sentença em primeiro grau em 29/06/2009 (OEA, 2021).

Diante disso, a Comissão Interamericana manifestou-se, frisando ter observado com preocupação a morosidade da apuração que, aliada à reclassificação da conduta para a forma simples de maus-tratos, culminou na prescrição da ação penal. Destacou a presença de má-fé ou negligência para o direcionamento da apuração com lentidão e ao permitir impunidade, o que não pode aproveitar ao Estado, que não cumpriu sua obrigação de apurar e sancionar os responsáveis (CADH, 2021). O tribunal enfatizou que a intensidade de análise do conjunto probatório a fim de impor a responsabilidade de Estados por violação de direitos humanos difere daquela empregada nos sistemas judiciais internos dos países para formação da culpa pessoal de acusados. Não se pode confundir a proteção internacional de direitos humanos com a justiça penal, esta a cargo do sistema judicial interno. Como não pode a Corte caracterizar como tortura as condutas pessoais dos envolvidos no caso, e o sistema interno também não as classificou assim, não há como se impedir o reconhecimento do advento da prescrição como obstáculo à responsabilização individual (OEA, 2021).

Por outro lado, a responsabilidade do Estado é patente, como entendeu a Corte. “[A]s ‘graves falhas’ na devida diligência constatadas na Sentença, somadas ao excessivo e prolongado tempo que a investigação demorou, foram fatores determinantes da impunidade absoluta em que se encontra o presente caso” (OEA, 2021, tradução nossa). Destaca ainda o tribunal o descumprimento do protocolo para a autópsia do corpo de Damião Ximenes Lopes,

sem precisar as descrições completas das lesões externas e respectivos instrumentos que ocasionaram. E continua:

‘houve falta de devida diligência por parte das autoridades estatais ao não iniciarem imediatamente a apuração dos fatos, o que impediu, entre outras coisas, a tempestiva preservação e coleta de provas e identificação de testemunhas oculares’, e que ‘as autoridades estatais não preservaram nem realizaram uma inspeção na Casa de Repouso Guararapes, nem fizeram uma reconstituição dos acontecimentos para explicar as circunstâncias em que faleceu o senhor Ximenes Lopes’. O impacto destas deficiências constatadas pela Corte em sua Sentença fica evidenciado claramente na decisão judicial da Primeira Câmara Criminal, que reclassificou os fatos com base na indeterminação da causa da morte na prova pericial e na impossibilidade de estabelecer, além de qualquer dúvida razoável, o nexo de causalidade entre as lesões causadas ao senhor Ximenes Lopes e a sua morte. Por sua vez, a reclassificação afetou o patamar da pena aplicável e, portanto, o prazo de prescrição da ação penal, culminando na extinção da ação por prescrição e no arquivamento da causa (OEA, 2021, tradução nossa).

Ressaltou ainda a Corte IDH que as deficiências inaugurais foram agravadas no transcurso excessivo do tempo, já sendo reconhecido que casos de graves violações de direitos podem redundar em dificuldade de apuração e, por fim, impunidade. Já na sentença se tinha concluído pela violação da garantia a razoável duração do processo pois ao tempo, em seis anos não se tinha sequer sentença de primeira instância. “Além disso, ficou comprovado que o referido atraso não se deveu à complexidade do caso ou à atividade processual dos interessados, mas apenas à conduta das autoridades judiciais” (CADH, 2021, tradução nossa).

A própria Corregedoria Geral de Justiça posteriormente apurou e reconheceu ter havido demoras injustificadas em atos entre outubro de 2003 e junho de 2009. Recordou que, diante do procedimento instituído no contencioso interamericano, com esgotamento em regra de recursos internos, a sentença por natureza vem em prazo prolongado, não podendo pois o Estado parte conduzir a apuração interna ordenada sem preocupação prioritária com o prazo, sob pena de impunidade e reparação ilusória.

Em conclusão, destacando-se: a) a prescrição que atingiu o processo criminal; b) não configuradas as premissas extraordinárias de sua jurisprudência para afastamento dela; e c) ausente outra investigação em curso que pudesse levar à responsabilização pelos fatos do caso, foi reconhecida a impossibilidade de continuar exigindo do Estado brasileiro o cumprimento. Entretanto, ressaltou o tribunal a negligência do Brasil como causa exclusiva desse quadro, responsabilizando-o diretamente pela situação que impediu o cumprimento do capítulo da sentença, caracterizando violação ao art. 68.1 da Convenção Americana. Declarou então a Corte que o país não cumpriu sua obrigação de “garantir, em um prazo razoável, que o processo interno que visa investigar e punir os responsáveis pelos acontecimentos deste caso produz os

devidos efeitos” para dar efetividade interna às normas de proteção da Convenção Americana e deu por encerrada a supervisão neste capítulo específico (OEA, 2021).

Ainda durante os atos de supervisão de janeiro de 2021, a Corte também se manifestou quanto à outra parte da sentença ainda não cumprida. Asseverou que, entre 2011 e 2017, o Brasil apresentou informações quanto às ações desenvolvidas. Por outro lado, a Comissão Interamericana fez considerações para que não se declarasse o cumprimento; além disso, os familiares teriam solicitado a convocação de uma audiência pública, relatando que o Brasil se encontrava em processo de retrocesso na política de atendimento à saúde mental, em desconformidade com o modelo da reforma instituída pela Lei nº 10.216/2001, incluindo:

internações de longa duração; internações involuntárias fora dos casos previstos na lei do Brasil; uso de contenção mecânica, inclusive em alguns casos como punição; uso excessivo de medicamentos como forma de controle dos pacientes; uso de eletroconvulsoterapia sem consentimento; violência física e sexual contra as pessoas internadas; exploração das pessoas internadas como mão de obra; falta de monitoramento e avaliação eficazes dos hospitais psiquiátricos; bem como condições de construção inadequadas e equipamentos e condições trabalho insuficientes, entre outras questões. Acrescentam que novamente se estava utilizando ‘a internação como medida primária de tratamento para pessoas com transtornos mentais’ (OEA, 2021, tradução nossa).

Nesse contexto, a Corte determinou que o Estado deveria, na próxima manifestação, prestar esclarecimentos quanto ao cumprimento da sentença, como já indicado nas Resoluções anteriores do processo de supervisão, além dos fatos reportados pelos familiares de Damião Ximenes Lopes e a Comissão, designando a data de 23 de abril de 2021 para a realização de audiência pública virtual. Importante destacar que a Corte solicitou, expressamente nesta oportunidade, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fizesse um informe oral na audiência no que entenda relevante ao cumprimento da sentença, consignando que, na forma do art. 69.2 do Regimento da Corte, a participação se daria na qualidade de “outra fonte de informação” distinta das informações do Estado como parte (OEA, 2021).

Pela análise das Resoluções da Corte IDH expedidas no procedimento de supervisão da sentença, constata-se a dificuldade do Estado brasileiro em cumprir a obrigação convencional pendente. Já lhe pesa o fato de suportar a anterior declaração de não cumprimento de outra parte da sentença em razão de negligência do Brasil. Mesmo assim, após quinze anos desde a condenação, não conseguiu cumprir todas as obrigações consignadas na sentença. Nesse contexto é que o Tribunal Interamericano procede ao chamamento do CNJ como uma espécie de *amicus curiae*, aproveitando sua qualidade de órgão integrante do Estado com pretensa

capacidade de contribuir no processo de cumprimento da obrigação perante a comunidade internacional.

## **6 A contribuição do CNJ no esforço nacional para o cumprimento da sentença**

Importante rememorar que, no plano externo, a responsabilidade pela violação dos direitos humanos, a que o Estado parte se obrigou a respeitar e a garantir, recai sobre este, independentemente de sua organização interna em entes estatais diversos daquele dotado de personalidade jurídica internacional, ou ainda mesmo que praticada a violação por particulares no seu território. Ayala Corao (2007, p. 142, tradução nossa) aduz que não podem os signatários, “por razões de ordem interna, deixar de assumir a responsabilidade internacional já estabelecida”, e, ainda, ao fazer referência ao *Caso El Amparo*, alude Corao (2007, p. 142, tradução nossa) que “as obrigações convencionais dos Estados Partes vinculam a todos os poderes e órgãos do Estado”.

No mesmo sentido, Carlos Coelho de Andrade ressalta o caráter vinculante das decisões proferidas no exercício da jurisdição contenciosa pela CorteIDH por força do art. 68.1, para concluir que elas “devem ser cumpridas pelo país por intermédio de todos seus poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e do Ministério Público, por força do princípio da boa-fé (*pacta sunt servanda*)” (Andrade, 2020, p. 1292). É imprescindível destacar a imperiosa necessidade dos Estados partes em adimplir o compromisso internacional firmado, fundamentado que é no reconhecimento da fundamentalidade do valor da dignidade da pessoa humana. Dentre os caracteres informativos dessa rede de promoção, respeito e proteção dos direitos humanos no plano internacional, tem-se na garantia da não repetição das violações já reconhecidas pelo sistema um instrumento vital para o estabelecimento de uma progressiva cultura da efetivação dos direitos humanos, sem a experimentação dos percalços do retrocesso.

Para além de se caracterizar como mera obrigação contratual — decorrente do *pacta sunt servanda* aliado à boa-fé que reveste o assentimento à Convenção —, é crucial que os Estados signatários cultivem uma consciência ética voltada para o primado da efetivação dos direitos humanos no seu plano de soberania. Nessa conjuntura, não se pode olvidar da atuação dos Poderes, órgãos, autoridades públicas, que, em última análise, são aqueles encarregados da materialização dos atos em nome da Administração; ao fim, o Estado estará sujeito escrutínio internacional a respeito de todos eles, independentemente da esfera de repartição interna de competências adotada.

Portanto, como esse conjunto, no todo, forma o Estado, de forma que pode qualquer parcela do poder praticar ato que leve o ente central a ser responsabilizado, é importante que, além da consciência constante para a efetivação dos direitos humanos em cada âmbito de decisão estatal, tenha-se em conta a contribuição que essas parcelas do poder podem ofertar no adimplemento da obrigação do Estado ao cumprimento de uma decisão da CorteIDH. No chamamento realizado pela Corte ao CNJ para o fim de participar do procedimento de supervisão de cumprimento da sentença, consignou-se que

O Tribunal considera oportuno registrar que o cumprimento das sentenças da Corte pode ser beneficiado pelo envolvimento de órgãos, instituições e tribunais nacionais que, desde os âmbitos de suas competências e faculdades na proteção, defesa e promoção dos direitos humanos, exijam das autoridades correspondentes públicas a realização de ações concretas ou a adoção de medidas que conduzam à execução efetiva das medidas de reparação ordenadas. Este envolvimento pode constituir um apoio às vítimas a nível nacional, e resulta particularmente importante no que diz respeito a estas reparações de execução mais complexa, como pode ser a obrigação de investigar, e aqueles que constituem garantias de não repetição, que beneficiam tanto as vítimas do caso como a coletividade para propiciar mudanças estruturais, normativas e institucionais para garantir a proteção efetiva dos direitos humanos. Nesse sentido, a Corte realça o papel importante que a este fim poderia cumprir no futuro o Conselho Nacional de Justiça do Supremo Tribunal Federal do Brasil e, em particular, o Observatório de Direitos Humanos, que inclui o Grupo de Trabalho de Monitoramento e Fiscalização do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 2021, tradução nossa).

Não se pode perder de vista que, especificamente no caso Ximenes Lopes, quanto ao capítulo da sentença declarado como não cumprido pelo Brasil, em larga medida, deu-se em razão de “negligência” de autoridades judiciais que não conduziram ao desfecho do processo criminal em prazo razoável levando à prescrição e à impunidade, como destacado pela Corte, cujas providência no sentido de não repetição estão também sob o âmbito de gestão do CNJ. Além disso, deve-se ter em conta a gestão que o Poder Judiciário acaba por fazer por meio de seus órgãos na política pública instituidora do novo paradigma antimanicomial, estabelecido pela Lei nº 10.216/2001, em conformidade com as balizas internacionais mais aprimoradas para o tratamento das pessoas portadores de deficiência mental, como requerido pela Corte ao cumprimento da sentença proferida.

Este instrumento do novo paradigma é fundamentado no reconhecimento de direitos assegurados a todas as pessoas portadoras de enfermidade mental, vedado qualquer tipo de discriminação (art. 1º). A lei elenca diversos direitos, incluindo a abordagem terapêutica multidisciplinar específica à necessidade particularizada dos pacientes (art. 2º, parágrafo único, I) nos equipamentos de saúde do SUS em meio comunitário (art. 2º, parágrafo único, VIII e IX), reservando-se a internação para hipóteses excepcionalíssimas e temporárias (art. 4º, § 1º,

§ 2º), com a proibição de internação em hospitais com características manicomiais (art. 4º, § 3º) (Brasil, 2001).

Nesse novo quadro de humanização do atendimento, o Poder Judiciário, direta ou indiretamente, assume um papel relevante na efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em condição de sofrimento mental, que são as destinatárias da política pública. O fator fundamental para essa ascensão da importância do controle judicial na atenção à saúde mental reside nas hipóteses legais instituidoras das modalidades permissíveis da internação — a voluntária; a involuntária; e a compulsória; como previstas no rol do art. 6º a art. 9º da Lei nº 10.216/2001 — exigindo-se para a legalidade em todas as espécies, como requisito imprescindível, um “laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos”, de forma que deve, invariável e cumulativamente, na forma do art. 4º, demonstrar a insuficiência dos recursos extra-hospitalares (Brasil, 2001).

Assim, mesmo quando o Poder Judiciário não é o responsável direto pela internação — nos casos de internação voluntária ou involuntária — pode ser instado para exercer o controle de legalidade acerca da presença dos requisitos imprescindíveis que permitam a efetivação da medida excepcionalíssima da internação. Por outro lado, o Poder Judiciário ainda é responsável pelo não cumprimento da sentença interamericana pelo Estado brasileiro.

Isso ocorre porque, ao contrário do fechamento dos hospitais psiquiátricos destinados aos pacientes em sofrimento mental em geral, no contexto do processo de substituição pelo tratamento em meio comunitário, ainda persistem em funcionamento os manicômios judiciais na estrutura estatal. São locais destinados exclusivamente aos pacientes em estado de sofrimento mental que foram previamente selecionados pelo sistema de justiça criminal, a quem se impôs uma internação compulsória judicial sob o rótulo científico-penal de medida de segurança. Assim, esse quadro de persistência existencial dos manicômios judiciais é perpetuado pela demanda do Judiciário na manutenção do cumprimento das medidas de segurança nesses ambientes.

Tais unidades asilares não integram o SUS, mas as estruturas dos sistemas prisionais. Assim, esses equipamentos não são voltados ao tratamento da saúde da pessoa internada. Suas instalações sequer guardam relação com os direitos elencados na Lei nº 10.216/2001. A única característica ligada à natureza terapêutica é meramente simbólica e se encontra na sua denominação legal: hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Portanto, o CNJ tem um campo privilegiado para atuação no esforço do Estado brasileiro em cumprir a decisão do Tribunal Interamericano. Nesse contexto, vê-se com bons olhos a instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões da Corte IDH



(UMF) por meio da Resolução nº 364/2021, que “[d]ispõe sobre a instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça” (CNJ, 2021). Tal resolução estabelece ainda as seguintes atribuições para a UMF no art. 2º:

Art. 2º A Unidade de Monitoramento e Fiscalização terá as seguintes atribuições, dentre outras:

I – criar e manter banco de dados com as deliberações e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro, com informações relativas ao cumprimento ou a eventuais pendências na implementação integral das determinações proferidas;

II – adotar as providências para monitorar e fiscalizar as medidas adotadas pelo Poder Público para o cumprimento das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana envolvendo o Estado brasileiro;

III – sugerir propostas e observações ao Poder Público acerca de providências administrativas, legislativas, judiciais ou de outra natureza, necessárias para o cumprimento das decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro;

IV – solicitar informações e monitorar a tramitação dos processos e procedimentos relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em tramitação no país que tratem de forma direta ou indireta de obrigações relacionadas a decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral;

V – elaborar relatório anual sobre as providências adotadas pelo Estado brasileiro para cumprimento de suas obrigações internacionais oriundas das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos;

VI – encaminhar às autoridades competentes as decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro para apuração de eventual responsabilidade administrativa, cível ou criminal pelos feitos apontados;

VII – acompanhar a implementação de parâmetros de direitos fundamentais estabelecidos por sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas de Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro;

VIII – acompanhar a implementação de outros instrumentos internacionais pelos quais se estabeleçam obrigações internacionais ao Estado brasileiro no âmbito dos direitos humanos (CNJ, 2021).

Como se constata do elenco não taxativo das atribuições, no cumprimento do compromisso internacional assumido pelo Brasil relativo a direitos humanos, a contribuição do CNJ não se encerra com as providências passíveis de adoção nos limites estritos das suas atribuições constitucionais (art. 103-B, § 4º) como órgão e no âmbito do Poder Judiciário (art. 92, I-A), mas na conjugação de esforços com os demais órgãos e poderes integrantes da federação, como na apresentação de sugestões de propostas de providências das mais diversificadas ordens e naturezas a serem adotadas e que tenham a aptidão para cumprir as deliberações da Corte Interamericana.

Especificamente quanto ao esforço do CNJ no cumprimento da sentença no Caso Ximenes Lopes, como resultado do trabalho da UMF, tem-se pela Resolução nº 487/2023

instituída a “Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelecidos procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança” (CNJ, 2023). A Resolução como preambularmente expressa, nada inova na ordem jurídica pátria, mesmo porque assim não poderia tratando-se de ato administrativo. Apenas procura estabelecer vetores para a concretização das normas legais e convencionais que já integram nosso ordenamento jurídico, mas sofrem da falta de efetividade. Essa atuação visa colaborar na adequação do tratamento da saúde mental por todo o país e na sua completude em conformidade aos *standards* internacionais.

Pode o contributo já realizado pelo CNJ ser considerado um grande avanço do Brasil em demonstrar o cumprimento da garantia de não repetição das violações de direitos humanos. Mesmo após quinze anos desde a condenação do país na Corte IDH e a respectiva pendência do cumprimento da decisão, tem-se na iniciativa do CNJ a renovação de esperanças acerca da efetivação da Lei nº 10.216/2001 com a plenitude devida. Por consequência, há o cumprimento da decisão internacional pelo Estado brasileiro sem incorrer novamente no constrangimento de ter-se declarada pela comunidade internacional a incapacidade de cumprir uma decisão obrigatória.

## **7 Considerações finais**

Pela análise do caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, evidencia-se que as obrigações de mais fácil adimplemento corresponderam àquelas que envolveram dispêndio financeiro à publicação da sentença no Diário Oficial. Não foram verificados problemas no cumprimento da obrigação do país de indenizar os familiares e ressarcir as custas processuais, conforme determinado pela Corte Interamericana.

No entanto, quanto às duas obrigações restantes, a saber: a) garantir, em um prazo razoável, um processo interno para investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos apurados no caso; e b) continuar o desenvolvimento de programas de formação e capacitação dos profissionais que atuam na saúde mental em ambientes como o da Casa de Repouso Guararapes para a realização de atendimento em conformidade às normativas internacionais, como elencam os item 1, 8, 9 e 13 dos Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e a Melhoria da Assistência à Saúde Mental da Organização das Nações Unidas, constata-se a incapacidade de gestão em plano nacional ao efetivo cumprimento.

Nessa conjuntura, a CorteIDH já declarou como não cumprida a obrigação de processar e sancionar pessoalmente os envolvidos nos fatos do caso Ximenes Lopes, destacando a negligência do Estado como causa de impunidade, o que gerou uma nova violação pelo Estado perante o sistema de proteção de direitos humanos. Quanto à obrigação remanescente, passados mais de quinze anos desde a sentença, o Estado brasileiro não consegue se desincumbir dela, podendo, mais uma vez, ter contra si declarado o não cumprimento de mais uma obrigação.

Entretanto, há cerca de um ano e meio, o CNJ participa mais ativamente no esforço nacional para o cumprimento dessa pendência. Verifica-se a instrumentação desse empenho não apenas no âmbito do órgão e do Poder Judiciário ao qual integra, mas na concertação da gestão do débito com os demais Poderes, entes e órgãos da estrutura nacional. A partir da atuação interna ao Poder que integra, cujos efeitos práticos irradiam também para outras esferas da administração e correspondem a avanço no processo de humanização do atendimento, tem-se a edição pelo CNJ da Resolução nº 487/2023 como um instrumento fundamental e pavimentador à implementação do novo modelo de assistência psicossocial para o tratamento das pessoas em sofrimento mental.

Essa Resolução constitui-se em vetor concretizador da Lei nº 10.216/2001 e dos padrões internacionais para o tratamento humanizado da saúde dos pacientes em sofrimento mental no país. Portanto, direciona o sentido da atuação estatal pautada na boa-fé visando dar cumprimento à obrigação imposta e, por consequência, efetivar a garantia da não repetição da violação de direitos humanos.

Essas e outras iniciativas do CNJ, tanto no próprio âmbito do Poder Judiciário quanto na colaboração para a prospecção de alternativas e sugestões junto a outras esferas do Poder, somam como importantes contribuições para que o Estado supere as deficiências ainda presentes e possa obter perante a CorteIDH a respectiva declaração de cumprimento da obrigação, o que coincide com o fato de efetivar um atendimento em saúde mental mais humanizado e digno às pessoas que dele necessitam.

## Referências

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos. *In*: NORONHA, J. O. de; ALBUQUERQUE, P. P. de (org.). **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 1267-1297.

BRASIL. **Decreto nº 6.185, de 13 de agosto de 2007**. Autoriza a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Presidência da República, 2007.

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6185.htm#](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6185.htm#). Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm). Acesso em: 8 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 364, de 12 de janeiro de 2021**. Dispõe sobre a instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>. Acesso em: 12 set. 2023.

CORAO, Carlos M. Ayala. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, ano 5, n. 1, p. 127-201, 2007. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/hevila/Estudiosconstitucionales/2007/vol5/no1/6.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2023.

LEAHY, Maritza Costa; LEAHY, Érika. As condenações extrapatrimoniais do sistema interamericano de direitos humanos: violação da soberania estatal. In: NORONHA, João Otávio de; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (org.). **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 1773-1794.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: [proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F76385209%2Fv10.5&titleStage=F&titleAcct=i0ad82d5a00000185536a0cc17bdb8de7#](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F76385209%2Fv10.5&titleStage=F&titleAcct=i0ad82d5a00000185536a0cc17bdb8de7#). Acesso em: 12 set. 2023.

MONTERISI, Ricardo D. **Actuación y procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. La Plata, Argentina: Librería Editora Platense, 2009.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/convencion.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf). Acesso em: 1º set. 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Defesa preliminar do Estado brasileiro no caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. 2005. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ximenes/epintpo.pdf>. Acesso em: 3 set. 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso: Damião Ximenes Lopes, Caso 12.237, contra la República Federativa del Brasil**. Washington,

D.C., EUA, 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ximenes/dcidh.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Relatório nº 38/02 de Admissibilidade da Petição nº 12.237**, 2002. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/brasil12237.htm>. Acesso em: 5 ago. 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2008. Disponível: [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes\\_02\\_05\\_08.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_02_05_08.pdf). Acesso em: 3 set. 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2009. Disponível: [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes\\_21\\_09\\_09.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_21_09_09.pdf). Acesso em: 3 set. 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2010. Disponível: [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes\\_17\\_05\\_10.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10.pdf). Acesso em: 3 set. 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2021. Disponível: [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximeneslopes\\_28\\_01\\_21.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximeneslopes_28_01_21.pdf). Acesso em: 5 set. 2023.

PAIXÃO, C.; FRISSE, G.; SILVA, J. L. P. da. Ximenes Lopes versus Brasil. **Casoteca FGV**, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/casoteca/ximenes-lopes-versus-brasil>. Acesso em: 10 set. 2023.

PEREIRA, Milton dos Santos. Damião: um grito de socorro e solidão. *In*: SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira (org.). **A Instituição Sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil**: Conselho Federal de Psicologia, 2001. p. 115-221.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PUENTE, Sofía Galván. **Ximenes Lopes: decisión emblemática en la protección de los derechos de las personas con discapacidad**. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

RAMOS, A. de C. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Condenação do Brasil no caso Ximenes Lopes: o chamamento do Conselho Nacional de Justiça no esforço nacional para o cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 93-113, dez. 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16033944.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

# **A RESOLUÇÃO Nº 487 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A SITUAÇÃO DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO ASILAR NO COMPLEXO MÉDICO PENAL DE PINHAIS (PR)**

*RESOLUTION NO. 487 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AND THE SITUATION OF PEOPLE IN ASYLUM IN THE PENAL MEDICAL COMPLEX OF PINHAIS (PR)*

*LA RESOLUCIÓN NO. 487 DEL CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA Y LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN ASILAR EN EL COMPLEJO MÉDICO PENAL DE PINHAIS (PR)*

Isabela Tonon Furtado<sup>1</sup>

## **Resumo**

A Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, fruto da luta antimanicomial e da Reforma Psiquiátrica, estabelece que a internação da pessoa com sofrimento mental será utilizada apenas como recurso residual, quando todos os tratamentos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Contudo, a medida de segurança de internação, prevista pelo Código Penal, não segue a lógica daquela lei. Assim, são muitas as pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei que permanecem internadas em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) pelo Brasil, como ocorre no Complexo Médico Penal (CMP), localizado em Pinhais, no estado do Paraná. Ali, além das pessoas que cumprem medida de segurança, são mantidas pessoas que possuem sentença de desinternação ou medida de segurança extinta, mas que não podem ter a liberdade concretizada porque dependem da institucionalização, devido às suas condições clínicas ou à perda dos vínculos sociais. Essas pessoas permanecem no CMP em condição asilar. Com o objetivo de instituir a Política Antimanicomial no Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 487, em 15 de fevereiro de 2023. Esta pesquisa busca entender como a referida resolução pode ser utilizada como instrumento a fim de evitar que mais pessoas acabem em condição asilar no CMP. A pesquisa entende que a orientação da resolução, no sentido de evitar a internação da pessoa com sofrimento mental e, em caso de necessidade de internação, que esta não rompa os vínculos sociais, tem potencial de cumprir aquela função.

**Palavras-chave:** medida de segurança; alta de internação; asilar.

## **Abstract**

Law No. 10.216, enacted on April 6, 2001, resulted from the anti-asylum movement and the Psychiatric Reform, and stipulates that hospitalization of individuals with mental health issues should only be used as a last resort, when all other forms of treatment outside a hospital setting have been exhausted. However, the internment security measure provided for in the Penal Code does not align with this logic, and many people with mental health issues who are in conflict with the law remain interned in Custody and Psychiatric Treatment Hospitals (HCTPs) throughout Brazil. This is the case at the Penal Medical Complex (CMP) located in Pinhais, PR. There, in addition to people serving security measures, individuals who have been discharged or had their security measures lifted, but cannot be released due to medical conditions or loss of social ties, are also kept in institutionalized care. These people remain in asylum at the CMP. On February 15, 2023, the National Council of Justice (CNJ) issued Resolution No. 487 establishing the Anti-Asylum Policy in the Judiciary. This research aims to investigate how this resolution can serve as a tool to prevent individuals from being institutionalized in the CMP, acknowledging that the resolution's focus on avoiding hospitalization of individuals with mental health issues and, if necessary, preserving social connections, has the potential to achieve this goal.

**Keywords:** security measure; discharge; asylum.

---

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná.

## Resumen

La Ley no. 10.216, de 6 de abril de 2001, fruto de la lucha antimanicomial y de la Reforma Psiquiátrica, establece que la internación de la persona con sufrimiento mental será utilizada solo como recurso residual, cuando todos los tratamientos extrahospitalarios se muestren insuficientes. Sin embargo, la medida de seguridad de internación, prevista por el Código Penal, no sigue la lógica de aquella ley. De ese modo, son muchas las personas con sufrimiento mental en conflicto con la ley que permanecen internadas en Hospitales de Custodia y Tratamiento Psiquiátrico (HCTPs) en Brasil, como sucede en el Complejo Médico Penal (CMP), ubicado en Pinhais, en el estado de Paraná. Allí, además de las personas que cumplen medida de seguridad, se mantienen personas que poseen sentencia de alta de internación o medida de seguridad extinta, pero que no pueden tener la libertad concretizada porque dependen de la institucionalización, debido a sus condiciones clínicas o a la pérdida de los vínculos sociales. Esas personas permanecen en el CMP en condición asilar. Con el objetivo de instituir la Política Antimanicomial en el Poder Judicial, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) expidió la Resolución no. 487, en 15 de febrero de 2023. Esta investigación busca entender cómo se puede utilizar la referida resolución como instrumento a fin de evitar que más personas terminen en condición asilar en el CMP. La investigación entiende que la orientación de la resolución, en el sentido de evitar la internación de la persona con sufrimiento mental y, en caso de necesidad de internación, que esta no rompa los vínculos sociales, tiene potencial de cumplir aquella función.

**Palabras clave:** medida de seguridad; alta de internación; asilar.

## 1 Introdução

É incontornável abordar a Reforma Psiquiátrica realizada no Brasil no final do século XX quando se fala em saúde mental no país. A reforma foi um divisor de águas na compreensão da saúde mental e na maneira de lidar com ela. O referencial manicomial, de caráter asilar, foi formalmente abandonado, o que deu espaço a um arcabouço jurídico renovado e baseado na recuperação psicossocial do indivíduo. A atenção em saúde mental foi ampliada, deixando de ser meramente psiquiátrica, e a pessoa com sofrimento mental deixou de ser mero objeto para passar a ser compreendida enquanto sujeito de direitos.

A luta antimanicomial culminou na promulgação da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Ainda que não seja tão progressista quanto pretendida em seu projeto, a lei garante direitos àqueles que reconhece como portadores de transtornos mentais (arts. 1º e 2º, parágrafo único), atribui ao Estado a responsabilidade pelo desenvolvimento da política de saúde mental (art. 3º) e garante que a modalidade de tratamento de internação “só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (art. 4º) (Brasil, 2001). Com a lei, passa a ser proibida a internação em condições asilares, “de maneira que a porta de entrada dos manicômios judiciários está (ou pelo menos deveria estar) fechada ao ingresso de novos ocupantes desde 2001” (Caetano; Tedesco, 2021, p. 200).

Contudo, mesmo passadas duas décadas desde esse grande avanço, não é tão incomum quanto deveria ser encontrar pessoas internadas em instituições psiquiátricas de longa permanência,



como Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs). Os HCTPs são os antigos manicômios judiciários, instituições totais<sup>2</sup> onde são mantidas pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei. Os HCTPs resistiram à Reforma Psiquiátrica, e vários deles surgiram após a promulgação da Lei Antimanicomial em 2001 (Diniz; Brito, 2016, p. 114). Assim, observa-se que o projeto de desinstitucionalização da reforma sofreu, e ainda sofre, dificuldades na sua concretização, especialmente na desmontagem do hospital psiquiátrico e no deslocamento completo da atenção em saúde mental para serviços substitutivos territoriais integrados à rede de saúde mais ampla (Amorim; Dimenstein, 2009, p. 196).

As pessoas mantidas nos HCTPs são aquelas que quando em conflito com a lei foram consideradas inimputáveis ou semi-imputáveis, conforme previsão dos arts. 96 e 97 do Código Penal (Brasil, 1940). A lógica do Código Penal entende que essas pessoas não podem cumprir pena e devem ser “tratadas” conforme seu sofrimento mental. Assim, são sentenciadas a cumprir a medida de segurança, ou o tratamento ambulatorial, que consiste no tratamento em liberdade. A medida de segurança, contudo, é a regra, e é aplicada em HCTPs, em muitos estados brasileiros.

As medidas de segurança são tidas como forma de tratamento e busca da cura do indivíduo, lógica essencial que faz com que a ela não seja aplicado prazo máximo, como ocorre com a pena. Contudo, as medidas de segurança acabam sendo sanções penais cabíveis às pessoas com sofrimento mental, e são apoiadas no conceito de periculosidade, previsto no Código Penal; assim, acaba sendo aplicada acriticamente e utilizada como justificativa para segregar essas pessoas por tempo indeterminado, muitas vezes perpétuo (Caetano; Tedesco, 2021, p. 193). O término da medida de segurança se dá com a constatação da cessação da periculosidade da pessoa, o que se faz por meio de exame de cessação da periculosidade, em conformidade com a previsão do art. 775 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Apesar de estarem em desacordo com o modelo assistencial atualmente seguido pelo ordenamento pátrio, havia 23 hospitais dessa natureza no Brasil até 2013 (Diniz; Cavalcanti, 2013, p. 1877). Isso indica que a lógica asilar permanece sendo a regra para lidar com pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei.

---

<sup>2</sup> As instituições totais foram teorizadas principalmente por Erving Goffman, em sua obra “Manicômios, prisões e conventos”. Segundo o autor, “uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada”. As prisões são exemplos de instituição total, bem como o que ele chama de “hospitais para doentes mentais” (Goffman, 1974, p. 11).

Uma dessas instituições é o Complexo Médico Penal (CMP), situado na cidade de Pinhais, no estado do Paraná. Ali se encontram pessoas que, apesar do levantamento da medida de segurança, permanecem institucionalizadas, pois não possuem acolhimento junto às suas famílias ou junto às instituições custeadas e/ou mantidas pelo Poder Público. A existência dessas pessoas é atestada através da atuação da Defensoria Pública do Estado do Paraná, que se mantém próxima à situação dessas pessoas através de atuação direta em seus casos realizada pelo Projeto “Desinstitucionalização Responsável”, desenvolvido pela instituição (Pessoas [...], 2022).

Essas pessoas cuja desinstitucionalização é mais demorada não possuem residência para onde possam ir após a saída da instituição, ou não possuem mais contato com seus familiares, seja pelo preconceito destes com o cometimento do crime, seja pelo cometimento ter se dado contra familiares, ou seja, simplesmente pela perda desses laços no período de permanência no HCTP. Essas pessoas acabam permanecendo na instituição até que o Poder Público possibilite a sua saída através do seu acolhimento em serviços especializados mantidos ou custeados pelo próprio Poder. No contexto do CMP, essas pessoas são designadas como pessoas em condição asilar<sup>3</sup>.

O louvável projeto da Defensoria Pública do Estado do Paraná, contudo, remedia um problema causado pelas estruturas e pela lógica do sistema prisional. A manutenção de pessoas em locais como os HCTPs dificulta — ou melhor, impede por completo — sua inserção e convívio na comunidade, pois as exclui e não as prepara para o retorno à comunidade, em total desacordo com as normativas que tratam de pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei.

Na tentativa de instituir a política antimanicomial no Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Resolução nº 487, de 15 de fevereiro de 2023, que “estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das Medidas de segurança” (CNJ, 2023).

As pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei necessitam de um amparo especial, visto que se encontram em uma situação ainda mais vulnerabilizada que a própria condição de vulnerabilidade gerada pelo cárcere em qualquer indivíduo. Contudo, não é o que se observa nos casos das pessoas em condição asilar no CMP, que lá permanecem abandonadas e esquecidas, cuja existência muitas vezes sequer é sabida.

---

<sup>3</sup> Para fins deste estudo, essas pessoas serão designadas como pessoas em condição asilar, o que demonstra que a situação de asilo é passageira e não totaliza a sua subjetividade.

A Resolução nº 487 do CNJ apresenta o que parece ser uma janela de oportunidade que é dada, mais uma vez, ao Poder Judiciário para que este garanta o acesso a direitos dessas pessoas em condição asilar. Assim, o problema formulado neste estudo que se apresenta é como tal resolução pode funcionar como instrumento a fim de evitar que mais pessoas permaneçam no CMP em condição de asilo, ou seja, dando-lhes direito à liberdade. A hipótese é de que a resolução auxilie e guie o Poder Judiciário para ele.

O objetivo geral é, portanto, investigar como a Resolução nº 487 do CNJ pode ser utilizada como este instrumento. Para isso, o trabalho será dividido em três tópicos, que constituem os objetivos específicos do trabalho. O primeiro tópico buscará constatar quem são as pessoas em condição asilar que se encontram no Complexo Médico Penal de Pinhais-PR; o segundo tem como meta entender as bases, fundamentos e objetivos da Resolução nº 487 do CNJ; e o terceiro, e último tópico, sintetizará a investigação sobre se e como a Resolução nº 487 do CNJ pode evitar que mais pessoas se tornem asilares no CMP.

A justificativa da pesquisa aqui proposta se embasa em consulta realizada a diversas bases de dados de pesquisa, em que se verificou que há pouquíssima bibliografia referente à Resolução nº 487 do CNJ em geral. Não foi encontrada nenhuma bibliografia sobre a aplicação da referida resolução em casos de pessoas que se encontram em situação asilar em instituições psiquiátricas. Logo, é possível observar que existe uma lacuna sobre o tema nas pesquisas atuais.

Além disso, a pesquisa sobre as pessoas em condição asilar busca trazer algum conhecimento sobre a situação dessas pessoas, que se encontram esquecidas e abandonadas em HCTPs. É importante destacar que nessas pessoas se cruzam diversas vulnerabilidades. Não se trata simplesmente de pessoas privadas de liberdade, nem apenas de pessoas com sofrimento mental, nem simplesmente do cruzamento entre ambas as vulnerabilidades. Trata-se de pessoas com sofrimento mental que se encontram privadas de liberdade e que não possuem acolhimento familiar, não têm local para ir após a institucionalização, estão em condição de asilo em um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Trata-se de tentar, de alguma forma, de fazer conhecer a existência dessas pessoas.

Por fim, a pesquisa pretende incentivar de alguma forma a aplicação da Resolução nº 487 do CNJ pelo Poder Judiciário paranaense, para que este se coloque à frente na luta antimanicomial e possa garantir os direitos mínimos das pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei.

A metodologia do presente trabalho consiste em uma pesquisa teórica, utilizando como procedimentos o levantamento bibliográfico e a coleta e análise de documentos e de legislação. O método utilizado será o lógico-dedutivo, partindo da situação das pessoas em condição asilar no CMP e da publicação e vigência da Resolução nº 487 do CNJ.

Por fim, cabe informar que a situação das pessoas em condição asilar no CMP foi verificada através de documentos de acesso público, o que não ensejou a necessidade de submeter a pesquisa a Conselho de Ética em Pesquisa.

## **2 As pessoas em condição asilar no Complexo Médico Penal de Pinhais, no Paraná**

A Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, fruto da Reforma Psiquiátrica e da luta antimanicomial, modificou radicalmente a assistência em saúde mental no Brasil. O projeto da lei era categórico ao proibir a construção ou contratação de novos hospitais psiquiátricos pelo Poder Público (Tenório, 2002, p. 36). A previsão não foi mantida na versão final da lei; contudo, a lei prevê que “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (Brasil, 2001), deixando a possibilidade da internação como recurso residual.

A mudança trazida pela referida lei buscava a desinstitucionalização psiquiátrica, que consiste “no rompimento com práticas manicomiais e violentas e com ideais hospitalocêntricos” (Pereira; Mattos; Gomes, 2023, p. 202). É possível afirmar que esse conceito abrange três processos: “desospitalização e redução de leitos psiquiátricos, direcionamento de pessoas com transtornos mentais para serviços de saúde mental descentralizados e comunitários e a mudança de um serviço único para um amplo leque de serviços e cuidados” (Franco; Cornellis, 2015, p. 313).

No entanto, não é o que se observa dentro do sistema penal, que ainda sustenta a existência de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs), os manicômios judiciários, que recebem pessoas em medida de segurança. Não é exagero dizer que os HCTPs funcionam de maneira ilegal, não apenas por contradizerem toda a lógica da Lei nº 10.216, de 2001, como pelas condições, muitas vezes desumanas, em que funcionam:

A internação está legalmente prevista, sendo um recurso terapêutico possível e eventualmente necessário no atendimento à pessoa com transtorno mental, embora seja excepcional e somente aplicável quando outros recursos extra-hospitalares não se mostrarem aptos para o tratamento.  
[...]

Está proibida, em qualquer hipótese, a internação em instituições com características asilares, o que determina a ilegalidade do manicômio judiciário, estabelecimento asilar por excelência, incompatível com o tratamento no campo da saúde mental e sem nenhuma sintonia com o objetivo permanente agora indissociável do atendimento em saúde mental, que é a reinserção social do paciente (Caetano; Tedesco, 2021, p. 195).

Portanto, ainda que a internação seja possível de ser aplicada como recurso residual, jamais ela deve ocorrer em uma instituição de caráter asilar. Isso porque há previsão de internação a ser realizada em serviço específico, inserido na comunidade, como será demonstrado adiante.

O manicômio judiciário é uma instituição propriamente asilar, ou seja, caracterizada pela segregação “e pela contenção física ou química do indivíduo, absolutamente incompatível com o tratamento eficaz no modo como é proposto pelas pesquisas e pela prática consolidada na área da saúde mental” (Caetano; Tedesco, 2021, p. 201).

A própria medida de segurança vai contra a previsão da Lei nº 10.216, pois tem em seu cerne a internação como regra. A medida de segurança, ao invés de cumprir a função de fornecer tratamento ao indivíduo, o que seria seu objetivo, acaba levando, pelo contrário, “à cronificação do transtorno mental mesmo nos quadros clínicos menos graves, o que é facilmente verificável logo ao primeiro contato com qualquer manicômio judiciário” (Caetano; Tedesco, 2021, p. 200).

Nesse contexto, é difícil verificar como a medida de segurança cumprida em um HCTP pode colaborar para o retorno ao convívio social do indivíduo. Com o fim de auxiliá-lo nessa saída, existe, no âmbito do SUS, o Projeto Terapêutico Singular (PTS), que pretende que o profissional de referência, em conjunto com o indivíduo e sua família, planeje, acompanhe e avalie seu percurso terapêutico (Oliveira; Dias, 2018, p. 12). Contudo, a falta do compromisso com a elaboração do PTS das pessoas internadas em HCTPs, junto à própria natureza da medida de segurança e da segregação, torna de extrema dificuldade o retorno desses indivíduos à sociedade.

No âmbito do estado do Paraná, existe a Instrução Normativa Conjunta nº 67/2021, assinada por representantes de diversas instituições estaduais, dentre elas o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o Ministério Público do Estado do Paraná, a Defensoria Pública do Estado do Paraná, o Governo do Estado e a Federação dos Conselhos da Comunidade do Estado do Paraná. A normativa estabelece o protocolo de atenção às pessoas em cumprimento de medida cautelar de internação provisória e de medida de segurança de internação no CMP e prevê a realização de Projeto Terapêutico Singular (PTS) a todas as pessoas em cumprimento da medida de segurança ou da medida cautelar de internação provisória. A normativa foi publicada em setembro de 2022 (Paraná, 2022). Verificou-se que, pelo menos até maio de 2023, a execução da instrução não havia sido

efetivada pelo CMP, segundo informações da Defensoria Pública do Estado do Paraná, ao passo que 23 pessoas ainda continuavam em situação asilar naquela unidade (DPE-PR, 2023), o que indica ao menos o atraso na efetividade da referida instrução<sup>4</sup>.

A situação gerada pela segregação das pessoas com sofrimento mental se agrava ainda mais no caso daquelas que acabam se tornando dependentes da institucionalização. O art. 5º da Lei nº 10.216, de 2001, prevê que a pessoa institucionalizada há longo tempo, ou aquelas que não estejam há tanto tempo, mas que, igualmente, possuem dependência institucional, seja devido ao seu quadro clínico, seja devido à ausência de suporte social, será alvo de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida (Brasil, 2001). A lei, portanto, não ignora que algumas pessoas acabam por depender do acolhimento institucional, e para elas prevê política específica.

A política específica se materializou no Serviço Residencial Terapêutico (SRT), previsto pela Portaria nº 106, de 11 de fevereiro de 2000, do Ministério da Saúde. A referida portaria entende que o SRT se trata de moradia ou casa que esteja, de preferência, inserida na comunidade, e que se destina a “cuidar dos portadores de transtornos mentais, egressos de internações psiquiátricas de longa permanência, que não possuam suporte social e laços familiares e, que viabilizem sua inserção social” (Brasil, 2000). O art. 2º ainda garante que os SRTs “constituem uma modalidade assistencial substitutiva da internação psiquiátrica prolongada” (Brasil, 2000) e prevê o fechamento do leito em hospital psiquiátrico a cada saída de um paciente daquela instituição e seu remanejamento para SRT, de modo que a alocação de recursos também seja remanejada e os hospitais psiquiátricos tenham sua capacidade diminuída gradativamente.

No caso do Paraná, contudo, a falta de vagas em Serviço Residencial Terapêutico faz com que muitas pessoas permaneçam no CMP por tempo muito além do devido. Conforme informação do website do Departamento de Polícia Penal do Paraná (DEPPEN-PR), o Complexo Médico Penal é “unidade destinada à custódia de PPL condenados e provisórios (feminino e masculino), geralmente em tratamento de saúde, condenados à cumprimento de Medida de segurança e PPL com prerrogativas especiais previstas na legislação” (CMP, 2023). Como se observa da descrição dada pelo DEPPEN-PR, o CMP é uma unidade que abriga diversos grupos diferentes de pessoas privadas de liberdade, sendo também onde ficam as pessoas que cumprem medida de segurança e aquelas que dependem da institucionalização, isto é, as pessoas em condição asilar. O CMP é a

---

<sup>4</sup> Não foram encontrados outros dados específicos em relação à efetividade da Instrução Normativa Conjunta nº 67/2021 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A própria falta de dados, em conjunto com o contexto apresentado na pesquisa, que demonstra a invisibilidade das pessoas em condição asilar, pode ser interpretada como indicativo da sua não aplicação.

única unidade no estado que deveria reunir as características hospitalares exigidas pela lei para a execução de medida de segurança de internação (Pessoas [...], 2022).

No primeiro Censo realizado no Brasil acerca das pessoas em medidas de segurança em HCTPs, com dados de 2011, constatou-se que pelo menos 25% das pessoas que se encontravam nesses estabelecimentos não deveriam estar internadas, isso “por cumprirem Medida de segurança com a periculosidade cessada, por terem sentença de desinternação, Medida de segurança extinta ou internação sem processo judicial, ou ainda por terem recebido o benefício judicial da alta ou desinternação progressiva” (Diniz, 2011, p. 36). Isso mostra que pessoas que possuem direito à saída do HCTP e continuam internadas não são tão raras de se encontrar no Brasil:

Não há como prever quantos desses, atualmente em pior situação do que aquela em que estariam caso fossem apenados, se converterão em indivíduos abandonados e velhos em um hospital psiquiátrico de custódia. Os indivíduos anônimos e abandonados recebem diferentes nomes a depender do regime de classificação de cada unidade custodial do país: são os problemas sociais, os em longa permanência, os abrigados, ou, simplesmente, os esquecidos anônimos. A eles, a psiquiatria e o sistema jurídico podem oferecer a terapia ocupacional, a psicologia, o serviço social ou o atendimento voluntário de comunidades religiosas (Diniz, 2011, p. 14).

Segundo o referido censo, o CMP possuía, em 2011, população de 441 pessoas, sendo que 426 estavam em medida de segurança, 13 estavam em medida de segurança por conversão de pena e 2 estavam em internação temporária. Desse montante, pelo menos 75 pessoas estavam internadas e não deveriam estar, por cumprirem medida de segurança com a periculosidade cessada ou por terem sentença de desinternação, medida de segurança extinta ou internação sem processo judicial, constituindo 17% do total da população à época (Diniz, 2011, p. 199). Dentre toda a população do CMP à época, 32 possuíam sentença de desinternação, mas permaneciam internados (Diniz, 2011, p. 210), e 7 possuíam a medida de segurança extinta, mas permaneciam internados (Diniz, 2011, p. 203). Essas pessoas são as que são consideradas em condição asilar no CMP.

A Defensoria Pública do Estado do Paraná mantém o Projeto Desinstitucionalização Responsável, que atua diretamente com as pessoas em condição asilar. Em matéria veiculada pela instituição em seu website, datada de 4 de maio de 2022, explicam-se o escopo e a atuação do referido projeto:

O “Projeto Desinstitucionalização Responsável: Apoio técnico ao atendimento jurídico realizado em processos de sujeitos submetidos à condição de internos asilares no Complexo Médico Penal” surgiu em junho de 2020 e busca, através de atuação extrajudicial, possibilitar a liberdade para essas pessoas, seja através da reconstituição de

laços familiares já rompidos, seja através do encaminhamento para instituições adequadas custeadas pelo Estado. Até o momento, o projeto já atendeu 60 pessoas, das quais 40 já foram encaminhadas para as respectivas famílias ou para instituições, e 20 permanecem no CMP como “asilares” (Pessoas [...], 2022).

Segundo informações da Defensoria Pública, as pessoas em condição asilar permanecem no mesmo espaço físico que as pessoas que ainda cumprem medida de segurança e têm a mesma rotina (Pessoas [...], 2022), o que indica que são tratadas em sua integralidade como pessoas que ainda estão internadas. Isso significa que a sua internação é ilegalmente mantida, pois se mantém apesar do levantamento da medida de segurança. Segundo a instituição, a violação de direitos dessas pessoas é patente, como abordado no seguinte trecho da matéria citada acima:

Foi a partir dessa escuta e da ausência de respostas do CMP sobre a assistência dada a essas pessoas enquanto cumpriam Medida de segurança que foram encontradas diversas situações de violação de direitos: ausência de acompanhamento sistemático por parte da equipe técnica do CMP e de informações referentes à família; tentativas insuficientes por parte da equipe em manter ou reconstruir os vínculos familiares; pessoas em condição de asilares nas mesmas celas de internos que ainda cumprem Medida de segurança de internação; insuficiência de estruturas básicas como camas para todos os internos e roupas para baixas temperaturas, ausência de lençóis e chuveiro apenas com água fria (Pessoas [...], 2022).

O que se observa da situação dessas pessoas é que se encontram internadas em instituições que sequer deveriam existir, os HCTPs, e acabam por permanecer ali por tempo muito maior do que o devido, porque a sua saída não foi planejada e porque dependem de acolhimento. A estas pessoas resta o abandono. Como afirmam Débora Diniz e Luciana Brito, estar abandonado é estar fora do bando, exposto e colocado em risco, e o destino dessas pessoas abandonadas é o asilo (Diniz; Brito, 2016, p. 125).

A existência de pessoas nessas condições mostra a urgência de que sejam realizadas ações em prol da garantia dos direitos das pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei. E as medidas a serem tomadas não são nenhum mistério, pois a Lei nº 10.216, de 2001, está em vigência há mais de 20 anos, guiando as políticas referentes à população com transtorno mental. Faz-se necessária, de uma vez por todas, a aplicação da referida lei dentro do sistema penal.

### **3 A resolução nº 487 do Conselho Nacional de Justiça: fundamentos e objetivos**

Todo e qualquer tratamento que tenha como alvo pessoa com sofrimento mental deve obedecer à Lei nº 10.216, de 2001, que consiste em verdadeiro estatuto de direitos e garantias das



peessoas com sofrimento mental (Caetano; Tedesco 2021, p. 195). Não há dúvidas que a Lei nº 10.216 alcança as pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei, haja vista a previsão do art. 6º, inciso III (Brasil, 2001), que aborda as internações compulsórias, ou seja, aquelas determinadas judicialmente.

Contudo, o que se verifica na realidade é que os manicômios judiciais resistiram às previsões da Lei nº 10.216, de 2001. Como demonstrado no censo realizado em 2011 acerca dessas instituições, naquele ano existiam 23 HCTPs no país, além das 3 alas de tratamento psiquiátrico localizadas em presídios ou penitenciárias (Diniz; Cavalcanti, 2013, p. 1877). Isso demonstra que ainda permanece vigente a lógica manicomial para lidar com as pessoas com sofrimento mental, em especial quando estas estão em conflito com a lei.

O cenário é de nítida ilegalidade. A previsão do Código Penal segue sendo a da internação como primeira via de “tratamento” a ser dispensado a essas pessoas, indo de encontro à previsão da Lei nº 10.216, de 2001, que trata do caráter residual da internação. Além disso, “o quadro grotesco e caótico de qualquer manicômio judicial brasileiro, espaço de permanente violação de direitos humanos, é ignorado pela grande maioria da população” (Caetano; Tedesco, 2021, p. 196), o que torna a situação ainda mais absurda, dado o histórico da luta antimanicomial brasileira no final do século XX e a vigência da Lei nº 10.216 desde 2001, há 22 anos.

Acredita-se que é essa perplexidade que fundamenta a publicação da Resolução nº 487 pelo Conselho Nacional de Justiça, em 15 de fevereiro de 2023. Aqui é possível fazer algumas observações sobre a função do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Segundo o art. 103-B, § 4º da Constituição Federal, compete ao Conselho “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (Brasil, 1988). O inciso I do mesmo dispositivo impõe ao Conselho “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (Brasil, 1988). A força normativa das disposições do CNJ é constantemente contestada, contudo se verifica do dispositivo constitucional que o Conselho é regulador da atividade judiciária, podendo, dessa forma, expedir orientações ao seu funcionamento. Dessa forma, entende-se que, ainda que uma resolução do CNJ não tenha força de lei federal, possui o condão de controlar e guiar o Poder Judiciário.

No caso da Resolução nº 487, o CNJ apenas guia o Poder Judiciário na aplicação de lei já existente, atualmente ignorada no âmbito penal e no de execução penal. Dessa forma, entende-se

que não há novidade normativa na resolução, apenas a formalização de procedimentos que permitem a aplicação da Lei nº 10.216, de 2001.

Dito isso, é possível observar que a intervenção do CNJ em prol da aplicação da política antimanicomial no âmbito do Poder Judiciário não é novidade. A Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança e prevê, no art. 14, que “a sentença penal absolutória que aplicar Medida de segurança será executada nos termos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, da Lei nº 10216, de 06 de abril de 2001, da lei de organização judiciária local e da presente resolução” (CNJ, 2010). A previsão tímida da resolução, apesar de importante, não foi suficiente para garantir a efetiva aplicação da Lei nº 10.216, de 2001. A introdução da Resolução nº 487 faz, inclusive, menção à Resolução nº 113 do CNJ e estabelece como objetivo “adequar a atuação da justiça penal aos dispositivos da Lei n. 10.216/2001, privilegiando-se a manutenção da pessoa em sofrimento mental em meio aberto e o diálogo permanente com a rede de atenção psicossocial” (CNJ, 2023). Contudo, a publicação da Resolução nº 487 demonstra a necessidade de aprofundar o debate e efetivar a aplicação dos princípios da Lei Antimanicomial.

O art. 1º da Resolução nº 487 afirma categoricamente que institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece que isso se dará através de procedimentos específicos para o tratamento de pessoas com algum sofrimento mental ou com deficiência psicossocial que estejam no sistema prisional (CNJ, 2023).

Destaca-se que o artigo enumera que a normativa se aplica a pessoas que estejam custodiadas sob qualquer circunstância, “sejam investigadas, acusadas, réus ou privadas de liberdade, em cumprimento de pena ou de medida de segurança, em prisão domiciliar, em cumprimento de alternativas penais, monitoração eletrônica ou outras medidas em meio aberto” (CNJ, 2023).

O inciso V do art. 3º afirma expressamente que a adoção da política antimanicomial na execução da Medida de segurança é um princípio que deve reger o tratamento das pessoas com sofrimento mental no âmbito da jurisdição penal (CNJ, 2023). Esta afirmação por si só deveria, em tese, servir como parâmetro para lidar com essas pessoas, mas a resolução especifica uma gama de outras diretrizes a serem seguidas.

O inciso VI do art. 3º prevê que o benefício à saúde da pessoa com sofrimento mental em conflito com a lei deve ser o interesse maior de qualquer decisão, e deve ter em vista a reabilitação

psicossocial “por meio da inclusão social, a partir da reconstrução de laços e de referências familiares e comunitárias, da valorização e do fortalecimento das habilidades da pessoa e do acesso à proteção social, à renda, ao trabalho e ao tratamento de saúde” (CNJ, 2023). Essa previsão se atenta aos modos da política antimanicomial vigente no Brasil, visto que privilegia a inserção do indivíduo na sociedade e a participação desta na reabilitação da pessoa com sofrimento mental em conflito com a lei. Esse guia é essencial para que se evite que pessoas cheguem à condição asilar, como ocorre no Complexo Médico Penal.

O inciso VIII do art. 3º é categórico em vedar a internação em instituições de caráter asilar, como os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, e congêneres, o que coloca a resolução em total consonância com a Lei nº 10.216, de 2001. O artigo estabelece como princípio a internação apenas como recurso residual em casos cuja indicação seja dada com fundamento exclusivo nas condições de saúde da pessoa.

Por fim, o inciso IX do art. 3º estabelece que o Poder Judiciário deve estar em permanente articulação com as redes de atenção à saúde e redes de atenção socioassistenciais, mediante, inclusive, a elaboração de PTS.

Os dispositivos citados demonstram claramente que a Resolução nº 487 do CNJ encontra suas bases na Lei nº 10.216, de 2001 e em todo o arcabouço jurídico-normativo que envolve os procedimentos de saúde e de assistência social em relação às pessoas com sofrimento mental, abrindo ainda mais as portas para a entrada da luta antimanicomial no âmbito do Poder Judiciário.

#### **4 A resolução nº 487 do CNJ como instrumento às pessoas em condição asilar no CMP**

Primeiramente, é necessário destacar que um dos objetivos declarados da Resolução é o fechamento de todos os HCTPs do Brasil:

Art. 18. No prazo de 6 (seis) meses contados da publicação desta Resolução, a autoridade judicial competente determinará a interdição parcial de estabelecimentos, alas ou instituições congêneres de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil, com proibição de novas internações em suas dependências e, em até 12 (doze) meses a partir da entrada em vigor desta Resolução, a interdição total e o fechamento dessas instituições (CNJ, 2023).

É importante ressaltar que se acredita ser esse o objetivo mais urgente estabelecido na resolução e que não se pretende aqui defender a manutenção das pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei nos muitos manicômios judiciais existentes no Brasil. Portanto, a primeira

e mais importante medida prevista na Resolução nº 487 do CNJ para que se evite o surgimento de mais pessoas em condição asilar no CMP é o fechamento da unidade enquanto HCTP, permitindo que todas as pessoas que ali estão em medida de segurança, tratamento ambulatorial, condição asilar, internação provisória ou qualquer outra condição de internação possam ser tratadas e acompanhadas junto à Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) existente fora das instituições de caráter asilar, conforme planejado pela Lei nº 10.216, de 2001. Entende-se que essa medida se trata da defesa dos direitos das pessoas com sofrimento mental, tanto quanto de propriamente cumprir a Lei nº 10.216, de 2001.

Contudo, entende-se que o fechamento de todos os HCTPs pode tomar ainda mais tempo do que o determinado pela resolução, especialmente diante do fato de que já são instituições que existem de maneira ilegal há pelo menos 22 anos, dada a inconformidade com a Lei nº 10.216, de 2001. Assim, será realizada uma análise de como a resolução pode servir como forma de remediar a situação de violação de direitos das pessoas com sofrimento mental que se encontram em situação de asilo no CMP.

Nesse sentido, serão analisadas as previsões da Resolução nº 487, do CNJ, em duas linhas de pensamento. A primeira é a orientação da resolução no sentido de evitar a internação das pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei, o que evitaria diretamente o surgimento de pessoas em condição asilar no CMP, visto que impediria sequer a entrada dessas pessoas na instituição. A segunda é a orientação da resolução no sentido de que, havendo necessidade de internação, desde o momento da entrada da pessoa no local de internação já sejam tomadas medidas que planejem e permitam a sua saída.

Primeiramente, em relação à orientação de evitar o internamento, a resolução é categórica em afirmar, em seu art. 12, que “a medida de tratamento ambulatorial será priorizada em detrimento da medida de internação” (CNJ, 2023). De maneira complementar, o art. 13 prevê que a imposição de medida de segurança na modalidade de internação e medida cautelar de internação provisória será imposta apenas em hipóteses absolutamente excepcionais, com destaque para o termo “absolutamente”, utilizado pela própria resolução. De antemão se observa que a medida de internação é residual no tratamento das pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei, o que pretende diminuir ao máximo o número de pessoas internadas e está em pleno acordo com a Lei nº 10.216 de 2001. Essa lógica adotada pela resolução teria influência direta na diminuição de pessoas em situação asilar no CMP, pois diminuiria a incidência de pessoas internadas, diminuindo

em consequência a quantidade de pessoas que acabam por depender da instituição pelo longo tempo de internação e pela quebra dos vínculos sociais. Considera-se, assim, a priorização do tratamento ambulatorial pelos juízes criminais e de execução penal como medida urgente e absolutamente essencial para que se evite o surgimento de mais pessoas em condição asilar no CMP.

No mesmo sentido, o art. 12, § 4º busca evitar que o tratamento ambulatorial seja convertido em internação, ao prever que mesmo em caso de indicação no PTS da pessoa em tratamento ambulatorial deve-se evitar a conversão deste em internação.

Também no sentido de evitar o internamento, a resolução prevê, no seu art. 4º, que, quando identificada em audiência de custódia uma pessoa com indícios de transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial, “caberá à autoridade judicial o encaminhamento para atendimento voluntário na Raps voltado à proteção social em políticas e programas adequados” (CNJ, 2023). Inicia-se, de alguma forma, o cuidado com o projeto terapêutico daquela pessoa, que logo que identificada terá acompanhamento junto à RAPS e poderá receber tratamento sem ser isolada da comunidade. A medida colabora para que o tratamento siga de maneira ambulatorial, evitando a longa internação e a eventual condição asilar a que aquela pessoa pode chegar.

Por fim, no sentido de evitar o internamento, o art. 7º da resolução prevê que, nos casos em que a pessoa apresentada à audiência de custódia se encontre em crise de saúde mental, a medida cautelar de prisão preventiva deverá ser reavaliada (CNJ, 2023), o que demonstra a tentativa de evitar o encarceramento da pessoa com sofrimento mental em conflito com a lei, o que também se observa no art. 9º, incisos I e II:

Art. 9º No caso de a pessoa necessitar de tratamento em saúde mental no curso de prisão processual ou outra medida cautelar, a autoridade judicial:  
I – no caso de pessoa presa, reavaliará a necessidade e adequação da prisão processual em vigor ante a necessidade de atenção à saúde, para início ou continuidade de tratamento em serviços da Raps, ouvidos a equipe multidisciplinar, o Ministério Público e a defesa;  
II – no caso de pessoa solta, reavaliará a necessidade e adequação da medida cautelar em vigor, observando-se as disposições do artigo anterior (CNJ, 2023).

Em um segundo momento, tem-se a orientação da resolução no sentido de planejar a saída das pessoas dos locais de internação. Nesse sentido, é possível observar, por exemplo, que a resolução menciona diversas vezes o Projeto Terapêutico Singular (PTS), que se trata, conforme definição da própria resolução no art. 2º, inciso VI, de um “conjunto de propostas de condutas terapêuticas articuladas para um indivíduo, uma família ou comunidade [...] de modo a contribuir para a estratégia compartilhada de gestão e de cuidado” (CNJ, 2023). O PTS pode funcionar como

um planejamento da alta da pessoa que se encontra institucionalizada, o que seria de grande utilidade para que se evitasse que mais pessoas que têm a sua “periculosidade cessada” permaneçam no CMP devido à falta de acolhimento.

Nessa seara, o art. 17. da resolução apresenta previsão de extrema importância:

Art. 17. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a autoridade judicial competente para a execução penal determinará a elaboração, no prazo de 12 (doze) meses contados da entrada em vigor desta Resolução, de PTS para todos os pacientes em Medida de segurança que ainda estiverem internados em HCTP, em instituições congêneres ou unidades prisionais, com vistas à alta planejada e à reabilitação psicossocial assistida em meio aberto, a serem apresentadas no processo ou em audiência judicial que conte com a participação de representantes das entidades envolvidas nos PTSs (CNJ, 2023).

Com vistas a que seja efetivado o planejamento da alta das pessoas em medida de segurança, a resolução impõe que o PTS seja elaborado para todas as pessoas internadas em cumprimento de medida de segurança. Esta é mais uma medida urgente e essencial para que se evite que mais pessoas venham a estar em condição asilar no CMP, pois efetiva o planejamento de sua saída antes mesmo de a pessoa obter o levantamento da medida de segurança. Assim, quando a desinternação for determinada pelo juízo, o caminho que possibilita a sua liberdade já terá sido traçado, não havendo necessidade de se aguardar tal planejamento em situação de asilo no CMP, que é o que ocorre muitas vezes.

O art. 13, §1º, determina que a internação, que já será medida excepcional, quando necessária será cumprida em leito de saúde mental em hospital geral ou equipamento similar do CAPS, “cabendo ao Poder Judiciário atuar para que nenhuma pessoa com transtorno mental seja colocada ou mantida em unidade prisional, ainda que em enfermaria, ou seja submetida à internação em instituições com características asilares, como os HCTPs” (CNJ, 2023). O dispositivo busca evitar que a internação, quando incontornável, se dê em HCTP, o que evitaria a longa permanência nessas instituições ilegais, e, no caso do CMP, evitaria o surgimento de novas pessoas em condição asilar, visto que, ainda que pelas suas condições clínicas, dependessem da institucionalização, já se encontrariam acolhidas em dispositivos adequados às suas condições.

O art. 14 traz uma novidade interessante no tratamento da saúde mental das pessoas em conflito com a lei, ainda que se trate de instrumento paliativo: prevê que seja proporcionado ao internado o “reencontro com sua comunidade, sua família e seu círculo social, com atividades em meio aberto, sempre que possível, evitando-se ainda sua exclusão do mundo do trabalho” (CNJ, 2023). A medida seria uma excelente oportunidade para que as pessoas em medida de segurança

no CMP pudessem construir vínculos sociais, de maneira a facilitar sua saída no momento do levantamento da medida, evitando a sua estadia prolongada no HCTP.

Por fim, o art. 16, inciso II, também vem ao encontro da realidade atual do CMP, ao prever que a autoridade judicial competente deverá revisar processos a fim de avaliar a possibilidade de transferir para estabelecimentos de saúde adequados às pessoas que permanecem nos HCTPs apesar da extinção da medida ou da ordem de desinternação. A medida faria com que o juízo competente determinasse o acolhimento das pessoas que se encontram em condição asilar no CMP em local adequado à sua condição.

Assim, verifica-se que as previsões da Resolução nº 487, do CNJ são estruturadas de forma a evitar a entrada das pessoas com sofrimento mental em instituições de internação, e sempre pensando na sua saída. Observa-se que o fio condutor desde o momento da prisão, no decorrer da ação penal, ou na imposição da medida de segurança, leva à autonomia dessas pessoas, à sua manutenção na comunidade, sempre pensando no seu melhor interesse e na sua saúde, de modo que seja evitada a longa permanência em instituição psiquiátrica e a perda dos laços familiares e comunitários.

## 5 Conclusão

As pessoas que aqui se conformou chamar de pessoas em condição asilar não são indivíduos tão raros de se encontrar no Brasil. Em diversas Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, como é o Complexo Médico Penal, localizados em outros estados do Brasil, foi constatada a existência de pessoas cuja desinternação havia sido determinada, ou cuja medida de segurança havia sido extinta, mas que permaneciam naquelas instituições (Oliveira; Dias, 2018).

No caso das pessoas em condição asilar no Complexo Médico Penal, foi possível perceber que essas pessoas permanecem nas mesmas condições que outras pessoas que ainda cumprem medida de segurança. É incontornável afirmar que isso por si só constitui grave violação de direito. Contudo, não é exagero afirmar que são demasiadas as camadas de violações de direitos dessas pessoas, visto que se encontram privadas de sua liberdade em um HCTP, que é uma instituição ilegal, visto que em desconformidade com a Lei nº 10.216, de 2001, e que ali permanecem mesmo tendo direito à liberdade.

Da previsão sobre os Serviços Residenciais Terapêuticos é possível verificar que essas pessoas em condição asilar possuem, legalmente, local de acolhimento, que deveria possibilitar a

sua saída do CMP. Contudo, a falta do Projeto Terapêutico Singular, que possibilitaria o planejamento da alta dessas pessoas, e a falta de vagas em SRTs impede que esse acolhimento seja, de fato, efetivado.

Assim, tem-se um cenário assombroso em que pessoas que têm direito à liberdade, visto que têm determinação de desinternação ou medida de segurança extinta, não podem deixar o CMP, instituição que existe ilegalmente.

É assim que a Resolução nº 487 surge como esperança para a modificação desse cenário. Em um primeiro momento, a resolução parece chegar atrasada, visto que pretende implementar a Lei Antimanicomial no âmbito do Poder Judiciário, o que deveria ter sido feito há 22 anos, com a vigência daquela lei. Contudo, considerando a existência de muitos HCTPs em território brasileiro ainda em 2023, a resolução se torna medida ainda mais urgente.

Como foi possível perceber da análise dos artigos da resolução, esta busca aplicar a lógica da Lei Antimanicomial na atuação do Poder Judiciário, e, por consequência, no sistema prisional, visto que busca o abandono da utilização dos manicômios e passa a uma orientação pela reabilitação psicossocial dos indivíduos. Isso fica claro na medida em que se verifica que a resolução busca evitar ao máximo a internação em instituição psiquiátrica, bem como busca garantir que, caso necessária, essa se dê em instituição adequada (ou seja, que não se dê em HCTPs), e sempre visando a inclusão da pessoa na comunidade e, quando possível, a sua saída.

Essas duas orientações da resolução são essenciais para que se evite que mais pessoas que estão ou que venham a estar no CMP acabem permanecendo ali em condição de asilo, sem local de acolhimento mesmo tendo direito à liberdade. Isso ocorre tanto porque, ao se evitar a internação de novas pessoas no CMP e ao se planejar a saída de quem lá se encontra, evita-se que estas percam os vínculos sociais ou se tornem dependentes da instituição, ao ponto de não terem como ser acolhidas após a determinação da desinternação.

Assim, a resolução é um empurrão a mais para que se evite o surgimento de pessoas em condição asilar no CMP, dado o arcabouço jurídico já existente, e deve ser levada a sério pelo Poder Judiciário paranaense, para que este pare de colocar mais pessoas em situação de esquecimento e abandono no Complexo Médico Penal.



## Referências

AMORIM, A. K. de M. A.; DIMENSTEIN, M. Desinstitucionalização em saúde mental e práticas de cuidado no contexto do serviço residencial terapêutico. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 14, p. 195-204, fev. 2009. DOI: doi.org/10.1590/S1413-81232009000100025. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/KtNyxpK5fpNhG3K5mXHy89f/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 ago. 2023.

7BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 21 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110216.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm). Acesso em: 26 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 106/GM/MS, de 11 de fevereiro de 2000**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000. Disponível em: [bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/comum/4437.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/comum/4437.html). Acesso em: 27 ago. 2023.

CAETANO, H.; TEDESCO, S. Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciários. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 128, p. 191-202, jan./mar. 2021. DOI: doi.org/10.1590/0103-1104202112815. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/LxBKzNq8wvSwmfSjdb6rq5G/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 ago. 2023.

COMPLEXO MÉDICO PENAL (CMP). **Polícia Penal do Paraná**, 2023. Disponível em: <https://www.deppen.pr.gov.br/Endereco/COMPLEXO-MEDICO-PENAL-CMP>. Acesso em: 21 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010**. Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/136>. Acesso em: 22 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 487, de 15 de fevereiro de 2023**. Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a

Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Brasília: CNJ, 2001. Disponível em: atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4960. Acesso em: 21 ago. 2023.

DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ (DPE-PR). Escola da Defensoria Pública do Paraná **Anexo Único**. Ficha de inscrição. Proposta de Prática Institucional. 2023. Disponível em: [https://www.defensoriapublica.pr.def.br/sites/default/arquivos\\_restritos/files/documento/2023-05/pratica\\_exitosa\\_01\\_integra\\_da\\_proposta\\_de\\_pratica\\_exitosa\\_1.pdf](https://www.defensoriapublica.pr.def.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2023-05/pratica_exitosa_01_integra_da_proposta_de_pratica_exitosa_1.pdf). Acesso em: 29 jan. 2024.

DINIZ, D. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil**: censo 2011. Brasília: Letras Livres e Editora Universidade de Brasília, 2013.

DINIZ, D.; BRITO, L. “Eu não sou presa de juízo, não”: Zefinha, a louca perigosa mais antiga do Brasil. **História, Ciências, Saúde** – Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 113-129, jan./mar. 2016. DOI: doi.org/10.1590/S0104-59702016000100008. Disponível em: [scielo.br/j/hcsm/a/YchCDPPqfZFGj9m9kwwgBpbd/?format=pdf&lang=en](http://scielo.br/j/hcsm/a/YchCDPPqfZFGj9m9kwwgBpbd/?format=pdf&lang=en). Acesso em: 16 jan. 2024.

DINIZ, D.; CAVALCANTI, M. Mental illness and crime in Brazil. **The Lancet**, v. 382, n. 9908, p. 1877-1878, 7 dez. 2013. DOI: doi.org/10.1016/S0140-6736(13)62623-9. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2813%2962623-9>. Acesso em: 16 jan. 2024.

FRANCO, R. F.; CORNELLIS, J. S. Desinstitucionalização psiquiátrica: do confinamento ao habitar na cidade de Belo Horizonte. **Psicologia & Sociedade**, v. 27, n. 2, p. 312-321, ago. 2015. DOI: doi.org/10.1590/1807-03102015v27n2p312. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/Rk5pRLHBYtsk6LLRDy9nVZR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 ago. 2023.

GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.

OLIVEIRA, A. S.; DIAS, F. M. V. Andando na contramão: o destino dos indivíduos com transtorno mental que cometem crimes no Brasil. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, ed. 280305, 2018. DOI: doi.org/10.1590/S0103-73312018280305. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/VfT4NYvvtTkkgFvbSYNRJxc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 ago. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Instrução Normativa Conjunta nº 67/2021. Estabelece o Protocolo de atenção às pessoas em cumprimento de medida cautelar de internação provisória e de medida de segurança de internação no Complexo Médico Penal de Pinhais/PR. Diário Eletrônico do Tribunal de Justiça do Paraná: edição nº 3280, Curitiba, 5 de Setembro de 2022. Disponível em: [portal.tjpr.jus.br/edj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=1edf2db0fcf713e55aa4ef22398087e31772d2855b57a12ec00ed3382c4c4543#page=2](http://portal.tjpr.jus.br/edj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=1edf2db0fcf713e55aa4ef22398087e31772d2855b57a12ec00ed3382c4c4543#page=2). Acesso em: 27 ago. 2023.

PEREIRA, B. M.; MATTOS, M. P.; GOMES, D. R. Saúde mental na atenção básica: metassíntese da produção do cuidado no território brasileiro. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 47, n. 2, p. 199-229, abr./jun. 2023. doi: doi.org/10.22278/2318-2660.2023.v47.n2.a3917. Disponível em: <https://rbsp.sesab.ba.gov.br/index.php/rbsp/article/view/3917/3231>. Acesso em: 23 ago. 2023.

PESSOAS que já cumpriram sanção permanecem “asiladas” no Complexo Médico Penal por falta de um local para morar. **Defensoria Pública do Paraná**, 4 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Pessoas-que-ja-cumpriram-sancao-permanecem-asiladas-no-Complexo-Medico-Penal-por-falta-de>. Acesso em: 21 ago. 2023.

TENÓRIO, F. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. **História, Ciências, Saúde**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 25-59, abr. 2002. DOI: [doi.org/10.1590/S0104-59702002000100003](https://doi.org/10.1590/S0104-59702002000100003). Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/xN8J7DSt9tf7KMMP9Mj7XCQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 ago. 2023.

# PODE A PESSOA JURÍDICA FIRMAR COLABORAÇÃO PREMIADA? PERSONALIDADE JURÍDICA, CAPACIDADE DE AÇÃO E O *HABEAS* *CORPUS* N. 2103070-67.2021.8.26.0000 DO TJSP

*CAN THE LEGAL PERSON NEGOTIATE A PLEA BARGAIN? LEGAL PERSONALITY,  
CAPACITY TO ACT AND HABEAS CORPUS NO. 2103070-67.2021.8.26.0000 – TJSP*

*¿PUEDE LA PERSONA JURÍDICA FIRMAR ACUERDO DE COLABORACIÓN  
PREMIADA? PERSONALIDAD JURÍDICA, CAPACIDAD DE ACCIÓN Y EL HABEAS  
CORPUS N. 2103070-67.2021.8.26.0000 DEL TJSP*

Samuel Ebel Braga Ramos<sup>1</sup>

## Resumo

Aborda-se no texto a possibilidade de a pessoa jurídica participar na celebração de acordos de colaboração premiada no contexto brasileiro, por meio de substrato teórico da concepção significativa da ação de Tomás Salvador Vives Antón e seu alinhamento com a premissa da personalidade jurídica inerente ao ente corporativo. O ilustrativo final é verificado pela *ratio decidendi* do julgamento do *Habeas Corpus* Criminal n. 2103070-67.2021.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que avançou de forma *novel* no tema e acolheu a oportunidade do ente empresarial de firmar acordos de colaboração premiada no âmbito criminal, em convergência com o intento jurídico-penal de ação intrínseca para a pessoa jurídica.

**Palavras-chave:** direito penal; ação significativa; personalidade jurídica empresarial; *ratio decidendi*.

## Abstract

In this paper, we examine the possibility of a juridical person participating in plea bargains in the Brazilian context, considering the theoretical basis of meaningful action presented by Tomás Salvador Vives Antón and its alignment with the assumption of the inherent juridical personality of the corporate being. This possibility is verified by the *ratio decidendi* of the Habeas Corpus Proceeding No. 2103070-67.2021.8.26.0000, presented to the Court of Justice of São Paulo, which has advanced in a *novel* way in this matter, accepting the possibility of a corporate being signing plea bargains in criminal cases, in line with the legal-criminal intent of intrinsic action for the juridical person.

**Keywords:** criminal law; meaningful action; corporate legal personality; *ratio decidendi*.

## Resumen

Se plantea en el texto la posibilidad de la persona jurídica participar en la celebración de acuerdos de colaboración premiada en el contexto brasileño, por medio de substrato teórico de la concepción significativa de la acción de Tomás Salvador Vives Antón y su alineación con la premisa de la personalidad jurídica inherente al ente corporativo. El ilustrativo final se verifica por la *ratio decidendi* del juicio del *Habeas Corpus* Criminal n. 2103070-67.2021.8.26.0000, del Tribunal de Justicia de Sao Paulo, que avanzó de forma *novel* en el tema y acogió la oportunidad del ente empresarial en firmar acuerdos de colaboración premiada en el ámbito criminal, en convergencia con el intento jurídico-penal de acción intrínseca para la persona jurídica.

**Palabras clave:** derecho penal; acción significativa; personalidad jurídica empresarial; *ratio decidendi*.

---

<sup>1</sup> Faculdade de Educação Superior do Paraná; Universidade Federal do Paraná.

## 1 Introdução

A responsabilidade penal de entes empresariais ainda estampa grande debate. O tema já é amplamente difundido e aceito em países de tradição *common law*, vide a arrojada *Corporate Manslaughter Act* no Reino Unido e a previsão no Código Penal Espanhol. Mesmo relutante, a Alemanha já discute o tema por meio da nova Lei de Delitos Corporativos (*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten*)<sup>2</sup>. Dessa forma, percebe-se que, no escopo brasileiro, os fatos praticados por pessoas jurídicas carecem de reprovação jurídica final no âmbito penal para além dos delitos ambientais<sup>3</sup>.

Dessa forma, a inquietude teórica levará o texto a plantear sobre a ideia de personalidade da empresa, atestada sua capacidade de praticar atos e condutas inerentes à atividade corporativa — o que muito outros ramos do debate e estudo jurídico já reconhecem. Assim, torna-se factível a não conjunção entre pessoa jurídica e os sócios que nela se encontram, com a plena separação entre vontades e ações.

Serão explicitados, ainda, os conceitos e debates fundamentais sobre o conceito de ação na literatura jurídico-penal, bem como será demonstrada a perfeita sintonia da concepção significativa da ação de Vives Antón com a *práxis*, em que serão apresentadas as bases sistemáticas de uma nova concretude ao Direito Penal em perfeita harmonia com as garantias fundamentais, pedra angular indispensável para uma perspectiva democrática do sistema penal. Para tanto, tem-se como ponto fundante o *giro pragmático* da filosofia a partir da construção de *Wittgenstein*, desenvolvida em torno da ação e da racionalidade, acolhendo efetivamente as ideias básicas do pensamento *wittgensteiniano*, orientando a reflexão filosófica à ação e à linguagem, no lugar de fazê-lo ao sujeito (Martínez-Buján Pérez, 2007).

Nesse sentido, o substrato teórico apresentar-se-á importante para a resolutiva do entrave dogmático sobre a pessoa jurídica e sua capacidade de agir. À vista disso, será de suma importância versar sobre a concepção significativa da ação como forma de transcender a resistência literária sobre o tema. Sendo assim, demonstrada a personalidade da pessoa jurídica e sua aptidão para agir, será explorado o *decisium* consoante o *Habeas Corpus* Criminal n. 2103070-67.2021.8.26.0000, julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que atestou a possibilidade de o ente empresarial firmar acordo de colaboração premiada.

---

<sup>2</sup> Contido no Projeto de Lei de Combate à Criminalidade Corporativa (*Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität*), de 15.08.2019.

<sup>3</sup> Neste sentido, Claus Roxin afirma que sanções a pessoas jurídicas, paralelas à punição dos autores individuais, desempenharão um grande papel no futuro, no combate à criminalidade de empresas (Roxin, 2006, p. 28).

Ao final, a conclusão esperada é o absoluto rendimento teórico sobre os entes morais e sua capacidade de ação e personalidade jurídica, inclusive para firmar acordos no âmbito criminal no ordenamento jurídico brasileiro. O problema de pesquisa a ser tratado é a demonstração da capacidade de a pessoa jurídica realizar ações em omissões, desaguando na possibilidade de pactuar com a colaboração premiada e promover sua defesa, sendo reconhecida como sujeito de direito no âmbito penal.

## 2 A Personalidade da Pessoa Jurídica

De forma sumária, se a investida teórica aqui adotada é o abandono de *Savigny* e seu fundamento quanto ao modo de vislumbrar a empresa enquanto uma ficção, logo, com solidez, adota-se que a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem, sendo este princípio de suma importância para o regime dos entes morais. Tem ela personalidade jurídica distinta de seus sócios e são pessoas inconfundíveis, independentes entre si (Coelho, 2011). Para Kelsen (1991), a pessoa jurídica é a unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos. Veja-se que a personificação e nascimento da pessoa jurídica se dá após o arquivamento dos atos constitutivos no órgão próprio, sendo que, a partir de então, possui autonomia patrimonial e se desliga das pessoas dos sócios.

Kelsen (1991) defendeu, ainda, que o Direito cria deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta humana, mas não cria pessoas. Nesse contexto, o conceito auxiliar de pessoa jurídica é um produto da ciência que descreve o Direito, e não um produto do Direito. Se, no caso da pessoa jurídica, os direitos e deveres jurídicos podem “ter por suporte” algo que não seja o indivíduo, também no caso da chamada pessoa física o que “serve de suporte” aos direitos e deveres jurídicos é o que essa pessoa física tem de ter em comum com a pessoa jurídica. Na verdade, ambas são pessoas enquanto portadoras de direitos e deveres jurídicos.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta normas inerentes aos entes empresariais relacionadas a sua gênese e sua personalidade. O art. 985 do Código Civil versa que “a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos” (Brasil, 2002). Do mesmo modo, o art. 45 do Código Civil apresenta que:

se começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo (Brasil, 2002).

Nesse sentido, a pessoa jurídica é vista como um ser real, um verdadeiro organismo, cuja vontade sobressai na soma das vontades de seus associados ou diretores e administradores. Ao contrário, ela possui vontade própria que conduz ao reconhecimento de que os entes coletivos são corpos sociais, que o direito não cria, mas que se limita a declarar existentes. A personalidade jurídica não resulta de uma concessão discricionária do legislador, mas é a consequência, imposta pela natureza das coisas, da existência de um organismo real (Rothenburg, 1997). Toda a aproximação da pessoa jurídica ao homem, e a consequente distinção das respectivas vontades, traduz um indisfarçável antropomorfismo, um engano que contamina também certos institucionalistas, residente em buscar a figura humana por parâmetro ao se pensar a pessoa jurídica.

A teoria de *Gierke* emerge para fixar tais premissas. Na postura da teoria realista, a corporação é uma pessoa coletiva real (*realer gesamtperson*) formada por homens reunidos e organizados em uma existência corporativa que tende a atingir fins que transcendem a esfera dos interesses individuais, por meio da força comum e única *de vontade e ação*. Esse todo coletivo é um organismo social dotado, como o homem, de uma força de vontade própria e, portanto, capaz de ser sujeito de direitos. Essa entidade surge espontaneamente e por acontecimentos histórico-sociais ou por constituição voluntária dos homens. Como o homem, ele leva uma vida individual simultaneamente com a vida social, ele pode dividir sua vontade e se opor à vontade coletiva. Este corpo social existe independentemente de qualquer intervenção do Estado, e o reconhecimento não é a criação de uma matéria jurídica, mas a verificação da sua existência, e tem um valor declarativo simples (Ferrara, 1929).

Sobre a pessoa jurídica, Ferrara (1929) atestou que esta é capaz de *querer e agir*. O autor expôs que o direito atribui personalidade aos entes coletivos porque os considera como portadores reais uma única vontade, pois a vontade, seja nos indivíduos, seja nos entes coletivos, está sempre no núcleo da subjetividade jurídica. A capacidade de *querer e fazer* é uma qualidade essencial elevada a categoria jurídica. A pessoa coletiva tem seu querer e dispõe de seu agir por meio de seus órgãos, das suas decisões, das suas vontades comuns e de seus objetivos. Sendo a pessoa jurídica capaz de agir, poderá de mesmo modo cometer ilícitos, de modo que poderá ocorrer delitos, pelos quais assumirá responsabilidade direta (Ferrara, 1929).

Com este mesmo raciocínio, Shecaira (2003) entende que a prática de infrações deve ter o auxílio do poderio da pessoa coletiva e o que verdadeiramente caracteriza e distingue as infrações das pessoas coletivas é o poderio que atrás delas se oculta, resultante da reunião de forças econômicas, o que vem a provocar que estas infrações tenham um volume e intensidade superior a qualquer infração da criminalidade tradicional, não havendo vítima do pequeno furto,

do roubo ou mesmo do homicídio, e sim uma vítima difusa: a própria sociedade. Além disso, é a utilização da infraestrutura fornecida pela empresa que propicia o cometimento do crime. Sem a reunião de esforços de várias pessoas, agrupadas sob o manto da pessoa jurídica, o cometimento do crime não seria possível. É o poder que se oculta na pessoa jurídica, e a concentração de forças econômicas do agrupamento que nos permitem dizer que tais infrações tenham uma robustez e força orgânica impensáveis em uma pessoa física (Shecaira, 2003).

Assume-se aqui, portanto, que as atividades no âmbito empresarial são processos causais e os riscos (bem como os sucessos) são suportados como ente coletivo, de forma una, sendo passíveis de valoração. Neste pensar, Franco (1930) afirmou que os entes coletivos, dotados de vontade própria, inteligência e liberdade, quando de sua atuação decorre a infringência a lei penal, deve produzir resultados à pessoa jurídica, e não aos seus componentes individuais. De acordo com essas noções, podemos delinear o conceito de pessoa jurídica. Pessoas jurídicas podem ser definidas como associações ou instituições formadas para um fim e reconhecidas pelo sistema jurídico como sujeitos de direito.

As pessoas jurídicas são uma realidade e não uma ficção, mas o conceito de realidade é relativo e variável nos vários campos do conhecimento. Se por real entendemos tudo o que é perceptível pelos sentidos, certamente as pessoas jurídicas não são reais, mas os conceitos das ciências abstratas também não são reais e, em particular, o nosso mundo jurídico não é real. No entanto, quando o conceito de real se estende a tudo o que existe em nosso pensamento, em antítese ao que é imaginário e fingido, então não há dúvida de que as pessoas jurídicas são uma realidade. São reais no mesmo sentido e da mesma forma que outras formas jurídicas são reais, assim como é real uma obrigação, uma herança, um contrato. Realidade jurídica ideal, não realidade corporal sensível.

A consequência da separação da vida jurídica das sociedades e de seus membros, de acordo com Sanctis (2009), é o reconhecimento de sua independência jurídica. As pessoas jurídicas, para fazer valer os seus direitos e para defesa das ações a ela dirigidas, podem estar em juízo. Tal direito, diga-se, é reconhecido até mesmo às altas sociedades de fato. Com efeito, toda vez que uma pessoa coletiva for atingida em seus interesses, patrimoniais ou não, poderá acionar a Justiça para a defesa desses interesses, da mesma forma que faria um sujeito de direito que possua uma existência autônoma (Sanctis, 2009).

Vê-se, portanto, que as pessoas jurídicas adquirem vida ou existência legal própria. O direito lhes confere vida, autonomia e personalidade, possuindo nome, nacionalidade e domicílio, independentemente das pessoas e de seus membros. Aqui, tem-se um ponto de reflexão. Se for verdade que a lei reconhece como pessoa todo ser autônomo que tem uma



vontade, e que, por outro lado, a vontade de várias pessoas relacionadas funde-se em uma nova vontade orgânica, presume-se que, a partir do momento que duas ou mais pessoas se encontram (ou até mesmo uma pessoa, a depender do tipo de sociedade empresária), nasce um ente coletivo invisível que tem direitos e deveres a serem reconhecidos no campo jurídico, inclusive com a necessária reprovação na esfera criminal.

A pessoa jurídica só existe porque a ordem jurídica prevê sua existência, como instrumento de realização de fenômenos jurídicos. A realidade que se deve reconhecer à pessoa jurídica é uma realidade na ordem jurídica e para a ordem jurídica, nunca uma realidade naturalística. A pessoa jurídica é uma criação do Direito que, por sua vez, pode e deve regular efeitos jurídicos de suas intervenções no ambiente social (Galvão, 2003). A sociedade empresarial é detentora de capacidade própria e se difere de seus membros em sua personalidade jurídica, tornando-se entes autônomos e responsáveis por suas condutas omissivas e comissivas, em suas decisões e em sua disposição patrimonial.

Deste modo, a qualidade de pessoa coletiva se apresenta conforme suas deliberações e atos próprios, não havendo a confusão ou aglutinação com atos individuais de pessoas físicas e dos membros da sociedade empresarial. O caminho até aqui trilhado nos permite concluir que a personalidade e a autonomia da pessoa jurídica atestam o reconhecimento da possibilidade de formação de uma *vontade* coletiva, direcionada a um *agir* conforme suas premissas estatutárias e deliberações, desaguando, assim, o proceder, na necessária consequência jurídica pelo desvio ao ilícito e na responsabilidade perante terceiros. Em síntese, a pessoa jurídica está imbuída de volição e é dotada de personalidade, contudo, direciona-se, neste foco, a oportunidade de perquirir a ação da pessoa jurídica no escopo jurídico-penal, com a proeminente concepção significativa da ação.

### **3 A Ação no Modelo Significativo de Vives Antón**

Se a problemática teórica em torno da pessoa jurídica é se esta possui capacidade de agir, logo, a doutrina tem se debruçado há muito para responder à pergunta sobre o que deve ser entendido por ação enquanto ponto inicial das discussões subsequentes sobre os elementos do delito<sup>4</sup>. Em verdade, autores consideram este esforço decadente<sup>5</sup>, porque se pudesse ser assentida tal definição, seria muito genérica e não teria valor sistemático. No entanto, o conceito

---

<sup>4</sup> De largada, assume-se neste texto a aptidão de ação inerente às pessoas jurídicas.

<sup>5</sup> Neste ponto, Busato aduz que convém recordar que os tradicionais sistemas jurídico-penais baseados na ação exigiram desse conceito muitas funções, cujo desempenho provou-se impossível, levando a doutrina ao reconhecimento da incapacidade do conceito em corresponder ao que dele se esperava (Busato, 2010).

de ação como ponto de referência para os predicados de tipicidade, ilicitude e culpa ainda parece firme na dogmática atual.

O andamento proposto por Radbruch (2011) foi no sentido que, na falta de uma definição jurídica, deve-se, por ora, ater-se à linguagem da vida para descobrir o que o direito entende pela expressão *ação punível*, demonstrando não um, mas vários conceitos de ação. A propósito, que uma vontade, um fato e uma relação entre os dois fazem parte de uma ação, é geralmente reconhecido. Somente quando questionado sobre qual é a relação entre vontade e fato, a *palavra-ação* é dividida em significados diferentes. Conclui Busato (2010) no sentido de que a única função absolutamente exigível de um conceito de ação é obter uma consequência negativa e de que toda situação que não comunica um significado não pode ser considerada ação para efeitos de direito e não passa, por isso, pela análise de outras valorações jurídicas.

Fixando a direção ao marco teórico que o texto se propõe, ou seja, voltar os olhos à pessoa jurídica e dotá-la de um agir, Vives Antón (2011) apresenta um detalhado estudo da dogmática jurídico penal da ação, desde o conceito naturalístico até as mais recentes concepções doutrinárias, por meio de uma apresentação, senão uma firme crítica, em torno das contradições em que dispõe a doutrina em torno do tema. Desde logo, a primeira instigação que sobressai é a propositura do autor em buscar o restabelecimento do sentido da pergunta para uma definição de ação. O sentido primário do questionamento sobre a ação apresenta-se no intento da diferenciação entre ações e acontecimentos. Quando falamos de ações, há a distinção do que fazemos e do que acontece, entre o que produzimos e o que apenas nos sucede. Se for dado algum valor para a esta distinção, teremos, pois, que delimitar que são ações e em que se distinguem dos simples acontecimentos (Vives Antón, 2011).

A compreensão da ação como a representação do comportamento guarda estreita vinculação em regras que dão significado a ela. É aqui que o conceito de ação aparece, não para indicar um gênero ao qual os substratos ou os conteúdos da ação são possíveis, mas para representar um limite, uma fronteira que distingue a ação dos simples acontecimentos naturais. Em um olhar incipiente, podemos efetuar a delimitação da diferença entre ações e atos dizendo que os atos simplesmente acontecem, enquanto as ações têm um significado social (Vives Antón, 2011).

Nesta direção, apresentou Wittgenstein (1996) um interessante jogo linguístico o qual expande a compreensão de mundo. Para o autor, emerge a pergunta “Qual é a relação entre nome e denominado?”. Segue em resposta afirmando que esta relação, entre muitas outras coisas, também pode consistir no fato de que “o ouvir em nome evoca-nos a imagem do denominado perante a alma” (Wittgenstein, 1996, p. 41). Com este raciocínio, portanto, surge

a perfeita compreensão da atuação da pessoa jurídica nos recortes de mundo a qual pertence. “A empresa demitiu”; “A empresa pagou”, A empresa sonegou”; “A empresa disse que”; “A empresa matou”. Nesta perspectiva, tem-se sentido tudo o que, de acordo com a nossa linguagem social e comunicativa comum, possa ser fonte de significado. Ou seja, se uma ação ou omissão, em sentido jurídico, é a expressão comunicativa de um fazer ou não fazer, traduzida em um verbo típico que expressa intenções, segundo a linguagem comum “parece ser possível afirmar que uma pessoa jurídica efetivamente atue” (Busato; Prazeres, 2020, p. 23).

Para saber, então, em que sentido a palavra ação aparece no termo *ação punível*, dependemos de recortes de mundo e da linguagem da vida. Segundo isso, a ação é uma espécie de relação entre vontade e ação. A ação é algo capaz de sustentar o atributo de punível, visto que punível só pode ser culpado, sendo culpado, apenas algo ilícito, a ação é algo que pode admitir os atributos de ilicitude, culpa e punibilidade. Consequentemente, a pergunta sobre o conceito de ação se lê melhor desta forma: que relação entre vontade e ação é compatível com os atributos de ilegalidade, culpa e punibilidade?<sup>6</sup>

À vista disso, Vives Antón (2011) desenvolve a ação como resultado de comunicação dos sentidos e da interpretação dos sentidos. A ação significativa, ao seu julgo, é produto de interpretações decorrentes de regras sociais impostas por participantes que fazem parte de um contexto social. Aqui se funda uma nova luz na doutrina penal, ao considerar o modelo de conduta penalmente relevante, demonstrando não existir um modelo universal de ação (em rechace a uma função classificatória), como fórmula básica para todas as ações passíveis de serem praticadas pelas pessoas.

No Direito Penal, a doutrina da ação estava vinculada a um modelo no qual a ação era concebida como um fato composto, ou seja, como a reunião em uma visão cartesiana consistente no fato físico e outro mental, ou seja, um ato de vontade e um movimento do corpo. Todavia, esse esquema pode ser repensado, uma vez que a própria filosofia da ação passa a ser entendida não em termos do que os homens fazem, mas sim do significado do que eles fazem.

Desse modo, Vives Antón (2011) passa à investigação de um novo e significativo conceito de ação, no qual concebe as ações como interpretações que, conforme os diferentes tipos de regras sociais existentes, podem ser dadas ao comportamento humano. O autor define

---

<sup>6</sup> Radbruch afirma que “De ello se sigue que el concepto de acción viene ya necesariamente definido por los conceptos de antijuri — dicidad, culpabilidad y punibilidad, de suerte que quien establece correctamente antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad no puede menos que haber hecho correcto empleo del concepto de acción. Por ende, criterios distintos sobre la punibilidad o impunidad de un determinado supuesto de hecho son siempre y nada más que consecuencia de un desacuerdo acerca de aquella, no del concepto de acción, por cuyo motivo la determinación de este último puede tener influjo en la subsunción de casos particulares en la ley penal, sólo en la medida en que supone necesariamente decidirse por determinados conceptos de la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, no porque configure sobre dicha base su concepto de acción” (Radbruch, 2011, p. 107).

a ação não como um substrato do comportamento humano capaz de receber um significado, mas como um significado que, de acordo com certas normas, pode ser atribuído ao comportamento.

Com base nisso, tem-se a gênese da percepção de que a ação deve ser valorada dentro do contexto humano em que ocorre. A interpretação da ação para se obter o seu significado e a profundidade de valor que é admitida deve ser retirada do contexto social, cultural e político dos participantes do grupo contextual em que ocorreu o fato. A ação deve ser entendida a partir do seu significado, isto é, como um sentido. É necessário que seja entendida, interpretada segundo as regras ou normas, ou seja, conforme normas reiteradas de conduta dentro de um corpo social. Ao considerar a ação, esta é vista pelo seu significado, não devendo ser analisada somente em razão do critério da finalidade que dirige a conduta do agente. A ação é compreendida como expressão de sentido ou significado dentro do contexto social na qual a conduta se realizou.

Se as formas de linguagem complexas só podem se desenvolver sobre comportamentos normativos, o que se encontra no fundo dos jogos de linguagem é sempre uma ação, que é a condição última para a prática do fenômeno linguístico. Então, se faz sentido linguístico comum “afirmar um fazer de pessoas jurídicas”, é porque estas ações são algo que se encontra no fundo do desenvolvimento da própria linguagem com sentido e é o que se lhe permite reconhecer enquanto tal (Busato; Prazeres, 2020).

No entanto, o problema fundamental de que as teorias de ação estavam tentando responder — e para o qual a ideia de um supraconceito era apenas uma consequência — não está assim, de forma alguma, resolvido, pois permanece o fato de que só podemos regular ações, não simples eventos naturais. Portanto, para aplicar os tipos, precisamos saber quando estamos e quando não estamos na presença de uma ação; ou seja, precisamos definir, de uma forma ou de outra, o que entendemos por ação. Provavelmente, por isso, o problema do conceito de ação não passou a ocupar lugar de destaque no museu das inúteis discussões doutrinárias, mas continua esperando uma solução satisfatória (Vives Antón, 2011).

Por meio desta inquietude é que Vives Antón (2011) descortina sua propositura, interpretando a ação não como um fato específico e nem podendo ser definida como substrato da imputação jurídico-penal, uma vez que a grande maioria das ações é definida independentemente dessa circunstância. Resta, portanto, apenas um caminho a explorar: aquele que, para colocá-lo de forma abreviada, a partir do sentido também para nele; aquele que concebe a ação como um processo simbólico regido por normas, como o significado social do comportamento, expresso linguisticamente.

Em consequência disso, há de ser concebidas as ações como interpretações que, de acordo com os diferentes tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. Define, portanto, a ação não como um substrato comportamental capaz de receber um significado, mas como um significado que, de acordo com um sistema de normas, pode ser atribuído a certos comportamentos humanos. Assim, ocorre uma novel projeção na teoria da ação: ela não é mais o substrato de um sentido; mas, inversamente, o significado de um substrato (Vives Antón, 2011).

Com base nessa definição, é possível traçar a diferença entre ações e fatos, entre o que fazemos e o que simplesmente nos acontece: *fatos* acontecem, *ações* fazem sentido (isto é, eles significam); os *fatos* podem ser descritos; as *ações* devem ser compreendidas; os *fatos* são explicados por leis físicas, químicas, biológicas etc.; as *ações* são interpretadas por regras gramaticais<sup>7</sup>. A referência à ideia de Wittgenstein de *gramática profunda* torna pacífico que essas "regras gramaticais" ainda não são normas jurídicas, embora como as normas jurídicas são, por isso mesmo, sociais, podem desempenhar um papel gramatical ajudando a estabelecer o significado de certas ações por si só (Wittgenstein, 1999).

O exemplo dado por Vives Antón (2011) a que se alude suas ideias se pauta no delito de prevaricação, ou seja, é impossível prevaricar fora do âmbito do direito, pois apenas regras do direito é que definem certos comportamentos como uma ação antijurídica que significa prevaricar (Vives Antón, 2011). Temos, portanto, que o problema reside no fato de que a doutrina tenha buscado na ação o que não poderia lhe oferecer, ou seja, um substrato unitário ou um fundamento unitário de responsabilidade, compreendendo que não é possível um conceito de ação sob o qual são subsumidas ações e omissões positivas, ações dolosas e imprudências.

Portanto, o sentido da ação de uma pessoa jurídica não deve ser restringido ou comparado à ação do ser humano. Diante do uso de uma linguagem comum, em que tais ações façam sentido aos interlocutores, o substrato de sentido nos permite aduzir a capacidade de atuação — e ação — dos entes coletivos, mediante compreensão dos signos interpretados no restrito recorte de mundo onde o comportamento delitivo ocorre.

Parecem-nos acertadas as proposições conclusivas de Busato e Prazeres (2020), fundadas nas linhas de Carbonell Mateu (2009). Asseguram os autores que, se falamos de ações de pessoas jurídicas no entorno do direito, o uso comum jurídico do termo produz sentido

---

<sup>7</sup> Olha-se para a distinção realizada por Wittgenstein entre estado de coisas e fatos. Estado de coisas é algo que possivelmente pode ocorrer, enquanto o fato é aquilo que realmente ocorre, sendo a realidade, a existência de estados de coisas possíveis (Wittgenstein, 2020).

comum entre os usuários da linguagem jurídica. Trata-se de um uso específico, mas comum, no sentido de que é compartilhado por uma comunidade (Busato; Prazeres, 2020). É por isso que todo sujeito de direito que descumpra uma norma pode ser objeto de atribuição de sentido. Se esta atribuição de sentido se plasma na exigência do cumprimento das normas pela submissão de seu comportamento a estas, é bastante claro que quem se submete ou não a tais normas é quem tem capacidade de ação (Carbonell Mateu, 2009).

Assim sendo, e escorado na experiência proporcionada no avanço teórico delimitado por Vives Antón (2011) e sua concepção significativa da ação, enriquece-se o vislumbre da aplicação da novidade teórica aos entes empresariais, aduzindo estes serem dotados de personalidade e podendo ser responsabilizados por seus atos próprios. Portanto, no que tange à liberdade da pessoa jurídica em guiar os rumos de suas ações e vontades, inclusive da defesa de seus interesses perante o juízo criminal, emerge a possibilidade da propositura de acordo de colaboração premiada, conforme se verificará a seguir no caso paradigma.

#### **4 O *Habeas Corpus* Criminal n. 2103070-67.2021.8.26.0000 do Tribunal de Justiça de São Paulo**

Determinada a personalidade e a possibilidade de ação da pessoa jurídica, e sendo objeto da justiça negocial a cooperação do imputado para o deslinde de investigações mediante o recebimento de benesses na eventual consequência jurídica ao delito, aflora a inquietação sobre o ente coletivo<sup>8</sup> figurar como colaborador no âmbito criminal. De entrada, importante um breve conceito sobre o instituto. Colaboração premiada é o meio de obtenção de prova durante investigação válida, podendo incidentalmente ser fonte de conhecimento investigatório na revelação de outros agentes e estruturação da mesma prática criminosa.

O Supremo Tribunal Federal, em igual compasso, firmou o entendimento de que a colaboração premiada possui natureza jurídica de negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada pela lei como meio de obtenção de prova, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Salvador Netto (2018) entende que, em observação às legislações estrangeiras, pode-se concluir inicialmente que o cerne da responsabilidade dos entes coletivos está sediado nas pessoas jurídicas de direito privado. A explicação para essa ocorrência deriva exatamente da inserção dessa temática no âmbito global do Direito Penal econômico. Os sujeitos de Direito Penal serão, assim, os entes detentores de personalidade jurídica própria, tutelados por regras cíveis e comerciais, com ou sem finalidade lucrativa. Em suma, são essas pessoas jurídicas os destinatários por excelência do Direito Penal.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 04.02.2016 e Petição n. 6.517 *ED-AgR-ED*, Rel. Min. Edson Fachin, j. 11-5-2020, 2ª Turma, DJE de 01.06.2020.

Em exegese ao remédio recursal manejado pela defesa, os impetrantes sustentaram em suas razões alinhavadas no *Habeas Corpus* que a ação penal de origem carecia de justa causa, na medida que estava embasada em Acordo de Colaboração Premiada celebrado entre uma empresa e o Ministério Público de São Paulo. Sustentaram que tal acordo deveria ser considerado ilegal, “pois celebrado por pessoa jurídica, que não tem capacidade de externar espontaneamente seu interesse de realizá-lo, contrariando o disposto no art. 4º, caput, da Lei 12.850/13, entre outros, configurando anomalia jurídica”.

No caso em análise, frise-se, assente que os autos estão em curso<sup>10</sup>, de modo a se evitar juízos valorativos ou pré-juízos em relação aos imputados ou a própria imputação. Há o recorte analítico no específico raciocínio posto pelo Relator no que se refere à possibilidade de a pessoa jurídica firmar acordo de colaboração premiada. A linha argumentativa do *decisium*<sup>11</sup>, ponto nevrálgico deste estudo, tem sua ótica em três retas: i) inexistência de vedação legal<sup>12</sup>; ii) envolvimento direto da pessoa jurídica no curso delituoso, com o conhecimento do *modus operandi* e possuidora de informações relevantes; e iii) pessoa jurídica com capacidade e personalidade, hábil a externar sua vontade de forma autônoma às pessoas físicas que a compõem. Foca-se, por consequência, nos dois últimos pontos.

A construção do raciocínio do Relator está de acordo com a ideia de que capacidade de ação do ente coletivo se assente nos estreitos limites interpretativos subsequentes às regras do contexto empresarial. Ao entender sobre o envolvimento da pessoa jurídica em delitos, *as ações* fazem sentido, são compreendidas e interpretadas por regras gramaticais. Como se denota do trecho da *ratio decidendi*, o Relator promove o olhar detido ao caso concreto — como se almeja em um Direito Penal democrático voltado à práxis — e examina o comportamento empresarial à luz da primazia fática. Projeta o Desembargador Relator em seu voto:

---

<sup>10</sup> Ação Penal n. 0004047-03.2019.8.26.0050. 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores de São Paulo/SP.

<sup>11</sup> O *Habeas Corpus* objeto deste estudo restou assim ementado: Habeas Corpus. Paciente denunciado por incurso no artigo 1º §1º II da Lei nº 9.613/98. Trancamento da ação penal, sob o argumento de nulidade do acordo de colaboração premiada, eis que firmado entre o MP e pessoa jurídica e porque contém cláusulas abusivas. Alegação de que carece de amparo legal a existência de “termos de adesão” ao acordo. Pessoa jurídica que é sujeito de direitos, capaz, portanto, de expressar sua vontade de forma destacada, autônoma, em relação à vontade das pessoas naturais que a compõem. Ademais, a empresa Construção e Comércio Camargo Corrêa (CCCC), por estar, em tese, estreitamente envolvida nos delitos ora em apuração, encontra-se em condição especial que lhe confere legitimidade para celebrar o acordo, sendo detentora de informações e dados relevantes sobre os supostos crimes e estrutura da organização criminosa. Inexistência de vedação legal à participação de pessoas jurídicas nos acordos de delação. Termos de adesão ao acordo que contam com amparo contratual, no próprio acordo a que se pretende aderir, e não são vedados pelo ordenamento jurídico. Além disso, atendem ao primado da economia e celeridade processual, eis que firmados termos de adesão por pessoas intimamente ligadas à empresa CCCC. Cláusulas impugnadas que não são manifestamente ilegais ou tampouco abusivas. Ausência de prejuízo. Ordem denegada. (*Habeas Corpus* Criminal n. 2103070-67.2021.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Desembargador Sergio Coelho. Julgamento: 12 de agosto de 2021.).

<sup>12</sup> A *ratio decidendi* do *decisium* assim versa: “Ora, quisesse o legislador proibir tal situação o teria feito expressamente e, se não o fez, é porque o permitiu, certamente porque ciente de que em crimes deste jaez, que envolvem complexas organizações criminosas e a lavagem de grandes montas de dinheiro, é altamente usual o envolvimento de pessoas jurídicas, que têm papel de relevo nas empreitadas criminosas”.

Note-se, aliás, que a pessoa jurídica de direito privado, esteve, em tese, intimamente envolvida nos delitos ora apurados e, embora não se lhe possa imputar conduta típica, tal envolvimento lhe confere legitimidade para figurar no acordo de colaboração, pois detém informações relevantes sobre os delitos e sobre a estrutura da suposta organização criminosa. Afora isso, seria desarrazoado impedir a colaboração da CCCC na apuração de crimes graves, tanto mais quando o acordo firmado com o Parquet preenche os pressupostos legais estabelecidos no art. 3º-A, da Lei nº 12.850/2013<sup>13</sup>, pois, por meio de tal negócio jurídico, foram efetivamente produzidas provas, satisfazendo-se o interesse e a utilidade pública inerentes à repressão e à prevenção de delitos<sup>14</sup>.

A cognição discursada pelo relator conflui com Busato e Cavagnari (2017), que, fundados na lição de Vives Antón (2011), mostram que, na prática forense, analisa-se um caso concreto a partir da identificação do tipo de ação, e não da existência ou não de uma ação. As ações, por não se tratar de meros acontecimentos, exigem interpretação. Vale dizer, não basta mais que as ações sejam meramente descritas, é necessário que elas sejam interpretadas e compreendidas. Por exemplo, não se pode afirmar que um tapa no rosto seja uma lesão corporal, uma injúria, um cumprimento rude ou até mesmo um ato reflexo sem uma análise das circunstâncias em que ocorre, para verificação de como deve ser interpretado e compreendido o referido tapa, até mesmo para a definição de se pode mesmo ser considerado um tapa.

A convergência do *decisium* para um modelo significativo de ação encontra amparo no ensinamento de Vives Antón (2011), que define a ação não como substrato suscetível de receber um sentido. De acordo com um sistema de normas, a ação pode se atribuir a determinados comportamentos humanos. A ação, portanto, deixa de ser o substrato de um sentido e passa a ser o sentido de um substrato. Assim, os fundamentos de uma concepção significativa de ação se encontram na ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado.

De igual natureza, percebe-se o modo interpretativo sobre a personalidade da pessoa jurídica discorrida no Acórdão. Como testemunhado em tópicos anteriores, o ente coletivo emerge à vida quando de seus atos constitutivos e em vista da união de vontades humanas para o nascimento de um ente moral, uno e desvinculado da volição de seus constituintes. Assim, o Relator traçou em sua compreensão, abalizando que “conquanto se reconheça ser incomum a situação debatida nos autos, é certo que a pessoa jurídica é um sujeito de direitos e, bem por isso, tem capacidade e autonomia para firmar compromissos e de agir *per si* voluntariamente, podendo, assim, celebrar o acordo de colaboração premiada.”

---

<sup>13</sup> “Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

<sup>14</sup> O trecho original no Acórdão contém o nome do grupo empresarial e o número do CNPJ, que foram suprimidos pela subserviência a inegociável presunção de inocência.



O voto avança de forma singular para o cultivo de novos rumos à pessoa jurídica, quando aclara que “é bem de ver, portanto, que a empresa tem capacidade e legitimidade para firmar o acordo de colaboração premiada ora guerreado, pois, ainda que representada por seus dirigentes, a vontade por ela manifestada é destacada, autônoma, em relação a destes. Logo, há voluntariedade na celebração do pacto de delação premiada”<sup>15</sup>. Por conseguinte, a conduta, a vontade e personalidade passa a ser própria da pessoa jurídica, e poderá ser reprovada como tal, o que mostra claramente viável a atribuição da responsabilidade penal da pessoa jurídica de modo absolutamente autônomo das condutas das pessoas físicas, sejam funcionários, sejam dirigentes, “inclusive no que tange à definição do caminho de sua defesa criminal, até mesmo no adentrar na justiça negocial”.

Perceptível que, no que tange às pessoas jurídicas, a justiça consensual poderá tomar corpo no âmbito do delito empresarial e econômico, havendo, a partir de decisões de tribunais e da práxis, uma tendência de expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro, sob influência de ordenamentos jurídicos estrangeiros e, especialmente, em resposta à morosidade dos procedimentos judiciais e à sensação de impunidade que isso tende a gerar na sociedade (Ramos, 2020).

Este movimento crescente para a solução consensual do conflito descortina a tentativa do privilégio para a “celeridade processual, economicidade e a mitigação do conflito”, destacando espaços para uma tendência alternativa, na qual se amplificam e tomam forma as demandas criminais, também englobando no espaço consensual as pessoas jurídicas, permitindo a efetividade pretendida pelo legislador (Ramos; Back, 2019, p. 56).

Por certo, o Acórdão em debate prospectou novos rumos no que concerne a identidade da pessoa jurídica no ordenamento jurídico-penal pátrio. Não se corrobora com a fuga, seja dogmática, seja da política criminal, aos fundamentos modernos sobre a pessoa jurídica e sua capacidade de delinquir<sup>16</sup>, abraçando o desenho contemporâneo da participação do ente

---

<sup>15</sup> Sobre a voluntariedade na participação de acordos de colaboração premiada, eixo central do art. 4º-A. §7, inciso IV, Lei 12.850/2013, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento através do precedente no MS n. 35.693 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 28-5-2019, 2a T, DJE de 24.07.2020. *In verbis*: “1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que o acordo de colaboração premiada consubstancia negócio jurídico processual, de modo que seu aperfeiçoamento pressupõe voluntariedade de ambas as partes celebrantes. Precedentes”.

<sup>16</sup> Na mesma cadência, Leandro Sarcedo afirma que o Direito Penal deve estar sempre atento às teorias econômicas, tendo em vista sua estreita preocupação com os fatos que realmente ocorrem no mundo empresarial. Sem a observação das teorias sobre o funcionamento da economia e da administração das empresas, não teria sido possível às ciências penais, por exemplo, avançar nas condutas arriscadas ou mesmo lesivas no âmbito empresarial e sua posterior incriminação; no desenvolvimento de técnicas de descobrimento de fatos criminosos e de produção de provas a seu respeito; na seleção das melhores técnicas de intervenção na realidade da prática econômica, prevenindo condutas lesivas ou arriscadas e estimulando condutas voltadas à preservação da ordem econômica (Sarcedo, 2016, p. 86).

empresarial<sup>17</sup> em comportamentos voltados à prática do injusto, violação aos bens jurídicos e na desestrutura do corpo social.

## 5 Considerações finais

Após as percepções delineadas no texto, conclui-se, pois, que a pessoa jurídica encontra especial destaque no estudo do Direito Penal moderno. Sua capacidade de delinquir por intermédio de sua vontade e ação não devem ser menosprezadas a pretexto de um apego dogmático há muito superado, inclusive com a promulgação de legislações em países atentos ao comportamento empresarial.

A trilha aqui percorrida foi fundada na investigação da personalidade da pessoa jurídica, na qual verificou-se que os entes morais são dotados de um *querer* e um *agir* específicos para sua condição, quando de um olhar normativo e de atuação nos estreitos limites de sua gênese e da sua vontade. Ou seja, o ente coletivo detém personalidade jurídica independente da vontade daqueles que a constituem, ao passo que poderá conduzir os rumos de seus intentos, inclusive sendo responsabilizado por suas transgressões.

Com foco específico na teoria penal, em desapego ao tradicionalismo dogmático inerente ao conceito de ação, foi apresentado o enriquecimento quanto ao vislumbre das ideias propostas por Vives Antón (2011), em que a linguagem e a filosofia se mostraram valorosas para a construção de um modo interpretativo das ações, com extrema importância do olhar detido à práxis e a resolutiva de casos concretos como forma de abraço ao Direito Penal democrático, inclusive inerente às pessoas jurídicas. O compasso dado pela filosofia da linguagem incutida no Direito Penal tornou possível perceber a ação como uma expressão de sentido exercida pelo ente empresarial, dotando-o de capacidade de agir nos recortes de sua atuação.

Neste esquadro, por derradeiro, a análise da *ratio decidendi* do *Habeas Corpus* Criminal n. 2103070-67.2021.8.26.0000 do Tribunal de Justiça de São Paulo testemunhou a aptidão para a ação e a personalidade da pessoa jurídica, cerne da presente investigação, expandindo o ente coletivo para sua habilitação na participação da justiça negocial, em especial o acordo de colaboração premiada.

---

<sup>17</sup> Em aprofundamento ao tema, sugere-se SILVA, D. R. **Investigações corporativas e processo penal**: uma análise sobre os limites da ilicitude da prova. Londrina: Thoth, 2021.

## Referências

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

BUSATO, P. C. **Direito Penal**: parte geral, v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BUSATO, P. C. **Direito Penal e Ação Significativa**: Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSATO, P. C.; CAVAGNARI, R. J. Tipicidade penal finalista e tipo de ação significativo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 9, n. 16, p. 147-180, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/101/87>. Acesso em: 18 jan. 2024.

BUSATO, P. C.; PRAZERES, A. Heteroresponsabilidade e autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas. Especial referência ao fato de conexão. In: BUSATO, P. C.; GRECO, L. (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: anais do III Seminário Brasil-Alemanha. 1. ed. Tirant lo Blanch, 2020. p. 9-34.

CARBONELL MATEU, J. C. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTS BERENGUER, E. (org.). **Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal**: Semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

COELHO, F. U. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRARA, F. **Teoría de las personas jurídicas**. Madrid, Espanha: Editorial Reus, 1929.

FRANCO, A. A. M. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: Grafica Ypiranga, 1930.

GALVÃO, F. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **A concepção significativa da ação de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito**. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RADBRUCH, G. **El concepto de acción y su importancia para el Sistema del Derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires, Argentina: Editorial B & F, 2011.

RAMOS, S. E. B. **Análise econômica do direito penal**: o crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia. Porto, Portugal: Artelogy, 2020.

RAMOS, S. E. B.; BACK, C. M. As soluções negociadas e o processo penal brasileiro. **Revista Humus**, Porto Alegre, v. 9, n. 27, p. 194-213, 2019. Disponível em: [periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/11789/7029](http://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/11789/7029). Acesso em: 17 jan. 2024.

ROTHENBURG, W. C. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997.

ROXIN, C. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I: Fundamentos; La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Espanha: Civitas, 1997.

SALVADOR NETTO, A. V. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SANCTIS, F. M. **Responsabilidade Penal das corporações e criminalidade moderna**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n. 2103070-67.2021.8.26.0000**. 9ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Desembargador Sergio Coelho. Julgamento: 12 de agosto de 2021.

SARCEDO, L. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. São Paulo: LiberArs, 2016.

SHECAIRA, S. S. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del Sistema penal**. Acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

WITTGENSTEIN, L. **Tractatus Logicus-Philosophicus**. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: EdUSP, 2020.

# O DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E A ECONOMIA DOS COMBUSTÍVEIS FÓSSEIS

*INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND THE ECONOMICS OF FOSSIL FUELS*

*EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL Y LA ECONOMÍA DE LOS COMBUSTIBLES FOSILES*

Vinicius Hsu Cleto<sup>1</sup>

## Resumo

O Direito Internacional Ambiental, mais do que os outros sub-ramos do Direito Internacional Público, é usualmente visto como parte do *soft law*, ou seja, daquele conjunto de normas de caráter recomendatório. Críticas asseveram que a falta de sanções genuínas pela inobservância de instrumentos vinculantes dificulta a transição do modelo energético atual para outro que seja sustentável. Este artigo apresenta peculiaridades do regime energético global contemporâneo, bem como esforços adotados para superar as externalidades negativas ocasionadas, e analisa as diligências adotadas pelo Protocolo de Montreal para proteger a camada de ozônio, uma vez que foi tratado relativamente exitoso. O método de pesquisa é a análise bibliográfica qualitativa.

**Palavras-chave:** direito internacional ambiental; combustíveis fósseis; transição energética.

## Abstract

The field of international environmental law, more than any other part of international public law, is typically associated with soft law, a set of rules that are not legally binding. Some critics contend that the absence of genuine sanctions for non-compliance with legally binding regulations hinders the transition from the present energy model to a more sustainable one. This paper presents the peculiarities of the current global energy model and the efforts made to overcome the resulting negative effects, analyzing the process of the Montreal Protocol to protect the ozone layer as a successful initiative. The research methodology is a qualitative bibliographic analysis.

**Keywords:** international environmental law; fossil fuels; energy transition.

## Resumen

El derecho internacional ambiental, más que las otras subramas del derecho internacional público, es usualmente visto como parte del *soft law*, o sea, de aquel conjunto de normas de carácter recomendatorio. Críticas aseveran que la falta de sanciones genuinas por el incumplimiento de instrumentos vinculantes dificulta la transición del modelo energético actual para otro que sea sostenible. Este artículo presenta peculiaridades del régimen energético global contemporáneo, así como esfuerzos adoptados para superar las externalidades negativas ocasionadas. Analiza las diligencias adoptadas por el Protocolo de Montreal para proteger la capa de ozono, una vez que fue tratado relativamente exitoso. El método de investigación es el análisis bibliográfico cualitativo.

**Palabras clave:** derecho internacional ambiental; combustibles fósiles; transición energética.

## 1 Introdução

O caráter obrigatório das normas do Direito Internacional Ambiental é continuamente questionado por organizações não governamentais de alcance transnacional e por doutrinadores do Direito, da Ciência Política e das Relações Internacionais. Com efeito, a sanção negativa,

---

<sup>1</sup> Centro Universitário Internacional (UNINTER).

consequência esperada pelo fracasso em alcançar patamares ambientais aceitáveis, raramente se faz presente.

A ausência é facilmente explicável. Há a necessidade de adoção de metas e de protocolos, e cominar sanções fulminaria qualquer gênero de cooperação. Afinal, Estado nenhum tem interesse em sofrer contramedidas — especialmente os entes políticos que mais devem atuar em searas ambientais específicas, como China e Estados Unidos — quanto à emissão de gases causadores de efeito estufa. Por essa razão, otimistas que preveem futura criminalização (até mesmo internacional) do ecocídio parecem bastante alijados da realidade (Brus, 2018)<sup>2</sup>.

O aquecimento global antrópico, consequência de emissão de gases poluentes, está nesse emaranhado de interesses corporativos, governamentais e cívicos. A teia normativa internacional que regula as emissões é apenas um subproduto desse emaranhado: consequentemente, é micro-ordenamento jurídico extenso, complexo e concomitantemente frágil. A extensão e complexidade são facilmente aferíveis. A famosa Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York em 9 de maio de 1992, é um tratado que abrigou inúmeras Conferências das Partes posteriores. Cada uma delas prometia novas metas e novos protocolos, com sentimento de urgência.

Nesse contexto, busca-se a panaceia, o instrumento internacional vinculante, eficaz, eficiente e efetivo. Inclusive, o próprio Direito Internacional Ambiental tem sua gênese no *Trail Smelter Case* (United Nations, 1941), litúgio que envolveu a emissão de gases tóxicos que superaram as fronteiras imaginárias que separam países. Desde então, a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima obteve mais de 190 partes<sup>3</sup>, convertendo-o em instrumento basicamente universal. Às margens de vinte oito Conferências das Partes (COP), indaga-se o motivo pelo qual essa *umbrella treaty* não obteve o mesmo êxito relativo do primo mais bem-sucedido, a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), que também versava sobre emissão de poluentes.

O escopo deste trabalho, portanto, é analisar os fatores políticos e econômicos que, identificados, facilitariam a costura de tratados internacionais efetivos sobre emissão de gases de efeito estufa. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica qualitativa que espelha o estado de arte da discussão, mas apresenta desde já premissa teórica valiosa: a cooperação para combater a emissão de gases de efeito estufa é natimorta na atual estrutura econômica internacional.

---

<sup>2</sup> “Crimes against the environment—ecocide—or against sustainability have not yet developed, but it seems a matter of time before we can add these to the list of core values that must be respected”.

<sup>3</sup> Relação atualizada de partes é encontrada aqui: <https://comunitas.org.br/33-liderancas-publicas-de-todo-brasil-receberao-formacao-em-mudancas-climaticas-e-energia-promovida-pela-comunitas-e-columbia-global-centers-rio/>.

Giddens e Sutton (2017) afirmam que a dicotomia *estrutura e ação* compara a influência da sociedade sobre o indivíduo (estrutura) e a liberdade do indivíduo (ou conjunção de indivíduos, como sindicatos) para influenciar a sociedade (ação). A estrutura, portanto, é como a sociedade influencia cada ator individual. A sociedade, por sua vez, não se confunde com mero agregado de indivíduos, pois há instituições e relações entre os membros sociais (Giddens; Sutton, 2017).

A economia se preocupa com a destinação de recursos escassos. Descreve e, eventualmente, prescreve comportamentos alocativos (Mankiw, 2013). Por ser internacional, pretende-se a divisão entre Estados soberanos, autônomos, que legiferam no seu próprio território, mas não diretamente e unilateralmente para seus homólogos. Como a *sociedade de Estados*, vista como estrutura, impacta a ação de Estados soberanos individuais? Parte-se do pressuposto de que o Estado é representado por agentes racionais que maximizam o próprio bem-estar.

Naturalmente, esses personagens perseguem prestígio no concerto das nações, perante a sociedade civil e a satisfação da própria consciência. Genericamente, nenhum Estado quer ser considerado vilão ambiental. Ao fim e ao cabo, ser defensor do meio ambiente amplia o poder de barganha em certos palcos internacionais e amplia a popularidade interna, independentemente do regime político do país. Por qual motivo, portanto, Estados individuais não perseguem, a todo custo, a mudança da matriz energética? Por conta da estrutura econômica internacional.

Apesar do incentivo de ampliação do prestígio, há contracorrente superior, a saber, o incentivo a ser “caroneiro”. Todo Estado tem interesse no meio ambiente ecologicamente equilibrado, desde que não sofra perdas — de emprego, de receita tributária e de infraestrutura já implantada. Em miúdos, é improvável convencer a industrial Europa Ocidental a aceitar passivamente a perda de lucro líquido por conta de taxaço sobre emissão de gás carbônico, ao passo que o homólogo chinês ou vietnamita não sofre restrição similar. A solução seria a uniformização de padrões ambientais, mas eles não são realmente queridos ou aplicados, especialmente se um Estado pode agir no lugar de outro.

Em termos cotidianos, seria salutar se todos os Estados se valessem de transporte público viário. As ruas ficariam mais vazias, o trânsito fluiria melhor e haveria benefícios até mesmo aos usuários de carros, pois haveria redução de engarrafamentos. Contudo, testemunhar o vizinho alcançar a estação de trabalho quinze minutos mais cedo e, de quebra, mais bem recomposto da viagem, incentiva a abandonar o sacrifício pelo coletivo. No dia seguinte,

preferir-se-á o automóvel individual. É uma amostra de estrutura social que condiciona comportamentos de agentes.

A atribuição de responsabilidades ambientais superiores a Estados alheios é justificada, ainda, pela divisão global Norte-Sul:

Ainsi, au cours de la conférence internationale de Poznan (Pologne, décembre 2008), les pays en développement ont suggéré aux pays dits riches de payer pour le climat, en contribuant financièrement à la lutte contre le réchauffement climatique (Seroussi, 2012, p. 70).

O Direito Internacional Ambiental consagrou o princípio das responsabilidades comuns de forma diferenciada, uma vez que o Norte global teve impacto ambiental em escala industrial desde o século XIX, o que não aconteceu com países até então colonizados. Trata-se, entretanto, de exemplo da dissociação entre o Direito pensado e a estrutura econômica vigente: incentivava-se o comportamento “caroneiro” do mundo em desenvolvimento, ao mesmo tempo que força os países avançados a usar o que acima denominamos “transporte coletivo”. É bastante improvável que documentos internacionais vinculantes e efetivos sejam produzidos neste cenário.

Existem ainda outros complicadores. A divisão Norte-Sul ainda goza de certo prestígio, mas não necessariamente condiz com a realidade. Como bem pontuado por Atapattu; González (2015, p. 5): “China’s rise can produce strategic alliances that enhance the bargaining power of the South or, conversely, alliances that marginalize vulnerable states, such as the small island states and least developed countries”. Em outras palavras, existe o “Sul dentro do Sul”. Não suficiente, a ascensão econômica recente de Brasil, Índia e China tornou a distinção entre países desenvolvidos e em desenvolvimento mais complicada, pelo menos no que tange à influência na emissão de gases de efeito estufa. Como resultado, temos que “China, now the biggest emitter of CO<sub>2</sub>, refuses to accept binding obligations unless the United States too changes its position” (Atapattu, 2015, p. 95).

Por fim, destaca-se que nada impede haver demandas ambientais distintas dentro de uma mesma comunidade nacional. Warner (2015) difundiu o conceito de Quarto Mundo para explicar as realidades indígenas, nem sempre captadas por movimentos ambientais domiciliados nas grandes metrópoles. Discute-se, portanto, se existe solução normativa para lidar com o aquecimento global, potencializado pela economia de combustíveis fósseis, dada a situação estrutural geral. O texto jurídico deveria, contudo, não apenas ser carta de intenções ou diagnóstico óbvio, mas catalisador de transição da matriz energética global, principal meio



para reduzir o impacto humano sobre o clima. Investigam-se, precipuamente, os meios empregados em Viena e em Montreal para proteger a camada de ozônio.

## 2 Os combustíveis fósseis na matriz energética contemporânea

Conceitualmente, matriz energética é o conjunto de fontes de energia:

A maior parte da matriz energética em âmbito mundial provém de recursos não renováveis, cerca de 81,1% e nessa porcentagem estão inclusos petróleo e derivados, carvão mineral e gás natural. Os recursos não renováveis são combustíveis fósseis e por isso produzem um alto nível de poluição quando utilizados, e outra desvantagem é que em um momento futuro se esgotarão (Ferraz Jr., 2022).

A queima de combustíveis fósseis é determinante na emissão de gases causadores de efeito estufa. Percentualmente, os gases responsáveis pelo aquecimento global antrópico são: 1) gás carbônico (43,1%); 2) metano (26,7%); 3) carbono negro (11,9%); 4) halocarbonetos (7,8%); 5) CO e voos (6,7%); 6) óxido nitroso (3,8%) (Gore, 2010)<sup>4</sup>. Os dados variam no tempo, mas oferecem estimativa razoável sobre o impacto humano na elevação de temperatura global.

O impacto antropogênico é disputado? Há céticos que i) defendem a utilidade de gás carbônico para as plantações; ii) afirmam que mega erupções são responsáveis pelas emissões; iii) apontam que há controvérsia científica que não permite conclusões (Soeder, 2022). Embora sejam poucos, são ruidosos. Contudo, o movimento ambientalista despende muita energia nos grandes impactos<sup>5</sup> e marginaliza as consequências negativas locais. Não existe controvérsia científica sobre chuva ácida, alteração de pH de habitats aquáticos e prejuízos à qualidade do ar em centros urbanos. O Grande Nevoeiro de 1952 é evento histórico tão conhecido que dispensa referência bibliográfica: poucos dias de *Great Smog* em Londres assassinaram mais de uma dezena de milhar de habitantes. O ar de Pequim é manchete comum nos jornais. O dano local já seria bandeira suficiente para impor controle de emissão de gases poluentes.

Para além do impacto ambiental, a dependência energética sobre combustíveis fósseis apresenta risco geopolítico considerável, ratificado pelo tempo. A Agência Internacional de Energia, organização internacional, identificou elevação de preços por conta da invasão russa sobre a Ucrânia. No Sumário Executivo de 2022, a Agência destaca que<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Ainda, cf. Al Gore: “As emissões de CO2 derivadas do desmatamento estão atrás apenas da queima de combustíveis fósseis para a produção de eletricidade e calor como a maior fonte de poluição causadora do aquecimento global no planeta” (Gore, 2010, p. 172).

<sup>5</sup> “Hoje, um quarto de século depois que o IPCC começou seu trabalho, o consenso da comunidade internacional em relação ao impacto da ação humana sobre o aquecimento global é mais forte do que qualquer outro já estabelecido entre cientistas” (Gore, 2013, p. 324).

<sup>6</sup> INTERNATIONAL Energy Agency. **World Energy Outlook 2022**: Sumário executivo. Paris: IEA, 2023. p. 3.

A Rússia tem sido, de longe, o maior exportador mundial de combustíveis fósseis, mas suas restrições ao fornecimento de gás natural à Europa e as sanções europeias às importações de petróleo e carvão da Rússia estão destruindo uma das principais artérias do comércio mundial de energia. Todos os combustíveis são afetados, mas os mercados de gás são o epicentro, uma vez que a Rússia procura alavancagem através da exposição de consumidores a faturas de energia mais elevadas e à escassez de fornecimento. Os preços das compras à vista de gás natural atingiram níveis nunca vistos antes, excedendo regularmente o equivalente a 250 dólares por barril de petróleo. Os preços do carvão também atingiram níveis recordes, enquanto o petróleo subiu bem acima dos 100 dólares por barril em meados de 2022, antes de recuar. Os preços elevados do gás e do carvão representam 90% da pressão ascendente sobre os custos da eletricidade em todo o mundo. Para compensar as carências no aprovisionamento do gás russo, a Europa deverá importar mais 50 bilhões de metros cúbicos (bcm) de gás natural liquefeito (GNL) em 2022, em comparação com o ano anterior. Esta situação foi atenuada pela diminuição da procura por parte da China, onde o consumo de gás foi contido por confinamentos e um crescimento econômico moderado, mas o aumento da procura europeia por GNL desviou o gás de outros importadores na Ásia. A crise provocou pressões inflacionárias e criou um risco iminente de recessão, bem como um enorme lucro para os produtores de combustíveis fósseis: de 2 trilhões de dólares acima do seu lucro líquido de 2021.

Em outras palavras, agitações geopolíticas em países produtores ou exportadores de combustíveis fósseis significam impacto na inflação global, preocupação constante após série de *quantitative easings*. Nesse contexto, boa parte do petróleo, combustível fóssil quintessencial, está localizado em países instáveis, corruptos ou pobres (Roberts, 2005).

### 3 Críticas aos combustíveis fósseis e possíveis substitutos

Por que a substituição da economia fóssil é tão dolorosa? Ativistas ambientais apontam pesado *lobby* dos grandes produtores para que o *status quo* se mantenha íntegro. Conforme McKie (2023, p. 19):

Beginning in the late 1980s, the fossil fuel industry accelerated a campaign to undermine climate action by governments and the public. This started a multi-decadal campaign through well-funded networks to protect an industry under threat.

A narrativa não peca por estar equivocada, mas por ser irrelevante: é óbvio que os conglomerados que podem ser prejudicados diligenciarão para minimizar a gravidade de impactos ambientais cientificamente respaldados. É igualmente óbvio que gerações presentes não se importam tanto assim com as gerações futuras, cujos eleitores e consumidores ainda não existem.

Como bem leciona o historiador Ferguson (2021, p. 26) “os líderes raramente são recompensados pelo que fizeram para evitar desastres, pois a não ocorrência de um desastre raramente é motivo de celebração e gratidão, e com mais frequência são culpados pela dor dos remédios profiláticos que recomendaram”. Os defensores do princípio da Justiça

Intergeneracional nos denunciam mais uma dissociação entre conteúdo jurídico-normativo e comportamento dos agentes. A questão de relevo é porque os potenciais substitutos não lograram êxito tão célere quanto desejado pelos detratores da economia dos combustíveis fósseis. Os candidatos são bastante conhecidos (FitzMaurice, 2009).

Segundo Al Gore (2010), painéis solares se baseiam em silício, substância globalmente abundante, embora haja críticas quanto à geração de resíduos sólidos; fazendas eólicas poderiam produzir até cinco vezes o volume energético consumido mundialmente; a biomassa derivada da cana brasileira emite um terço dos gases derivados do consumo de etanol de milho estadunidense e, para os abençoados por recursos naturais, existem ainda opções mais limpas derivadas de hidroeletricidade, energia geotérmica e maremotriz.

A energia nuclear é polêmica, especialmente depois dos eventos em Chernobyl em 1986, Three Mile Island em 1979 e Fukushima em 2011, mas meio quilo de urânio contém tanta energia quanto 1,3 milhão de quilogramas de carvão. Ainda assim, o consumo excessivo de água e o depósito de rejeitos desestimularam a franca expansão das usinas: “E foi o fluxo de rejeitos que gerou a paralisação política nos Estados Unidos” (Gore, 2010, p. 167).

Com tantas alternativas à mão, por que os combustíveis fósseis não foram afastados, especialmente tendo em conta o prestígio interno e internacional que a transição de matriz importaria? *Lobbies* são constantes no universo congressional; é improvável que barões do petróleo tenham logrado êxito ao longo de décadas em tantos países. Especialmente os democráticos, em que divisões internas positivadas asseguram que o poder político não se concentra em um partido ou em uma ideologia [equivocada].

O que nos leva ao ponto crucial do trabalho, minudenciado adiante: i) se a transição é custosa para a geração presente; ii) não haverá preocupação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado para a geração futura. Se a opção automobilística mais barata emite gases de efeito estufa, será adotada.

#### **4 O regime normativo internacional sobre combustíveis fósseis e aquecimento global**

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) apenas reconheceu que o problema era candente e antropogênico. As Conferências das Partes deveriam oferecer protocolos vinculantes, efetivos e monitoráveis. A COP mais famosa é a terceira edição, ocorrida no Japão, que originou o Protocolo de Kyoto, “l’acte de naissance de l’écologie active composée d’engagements concrets” (Seroussi, 2012, p. 151).

As obrigações foram severas para o anexo de países do mundo desenvolvido, mas não atingiu o desempenho esperado, especialmente tendo em conta o abandono dos Estados Unidos e a consecução insatisfatória por parte da Europa Ocidental: “De fait, les résultats consommés, d’après la COP3 ne se sont pas fait attendre, notamment de la part de l’UE qui sert de référence appuyée et de guide décidé aux autres États parties” (Seroussi, 2012, p. 154).

A ausência de consequências sancionatórias estimula o comportamento estatal que se compraz com “medalhas de participação”:

Mais à nouveau les instruments adoptés, dépourvus de toute contrainte, reposent sur le bon vouloir des États prompts à signer ces accords, moins pressés à les proposer à leur propre procédure interne de ratification. Miroir grossissant des clivages étatiques, ces COP subissent durement une forme de realpolitik (Seroussi, 2012, p. 142).

Relativamente louvada, a COP-21 de Paris (2015) estabeleceu contribuições nacionalmente determinadas (NDC, em inglês) para que a temperatura média global remanesça menos de 2°C acima dos níveis pré-industriais. Promessas financeiras de US\$ 100 bilhões anuais aos países em desenvolvimento foram asseguradas (Brasil, 2016) para que pudessem implementar políticas ambientais. Apesar de ser profecia, afirma-se que a COP-21 será repaginação da COP-3 — pelo menos nos moldes da estrutura econômica internacional vigente.

Mesmo arranjos regionais, como o europeu, em que há maior homogeneidade de Estados envolvidos, não obtêm o êxito almejado. Entre as razões para o fracasso, afirma-se disparidades administrativas internas que impossibilitam a adoção das medidas nos prazos e condições queridos:

Environmental legislation is a significant part of EU legislation and its implementation is fraught with difficulties. EU environmental law is applicable to a variety of natural conditions, under very varied national and regional administrative arrangements. There are also significant differences between Member States as regards their views about the function and importance of environmental legislation. The same applies to the resources allocated to implementation and supervision of compliance. There are obviously significant problems and shortcomings. Among the specific problems identified by the Commission is that deadlines and completeness of implementing measures are not sufficiently observed in adopting national and regional legislation (Langlet; Mahmoudi, 2016, p. 134).

O insucesso das Conferências das Partes fez com que ativistas ambientais ironizassem as reuniões, que são também extremamente poluentes por conta dos traslados de estadistas em aviões particulares (Ministro, 2022). Apresentada a narrativa crítica, sabe-se que os holofotes foram mais generosos com os pactos internacionais de proteção da camada de ozônio. Curiosamente, estes tratados dependiam, igualmente, da restrição sobre a emissão de

substâncias poluentes, talqualmente se espera dos acordos derivados da UNFCCC. Analisam-se, subsequentemente, as razões dessa disparidade.

## 5 Razões para o êxito do Protocolo de Montreal

O tom laudatório que acompanha as histórias sobre o Congresso de Viena (1985) e o Protocolo de Montreal (1987) é indisfarçável. Richard Benedick apodou o sistema normativo de proteção à camada de ozônio como “improvável” por conta dos bilhões de dólares investidos na indústria que se valia dos clorofluorcarbonos (CFCs), elementos estáveis, atóxicos, não corrosivos e baratos — que, entretanto, ameaçavam destruir a camada atmosférica que filtra os raios ultravioleta.

A filtragem é fenômeno essencial para a manutenção da vida na Terra. Havia benefícios econômicos: “Over the years, they found more and more uses in thousands of products and processes—from food processing and aerospace to pharmaceuticals and telecommunications (Alliance for Responsible CFC Policy 1985” (Benedick, 2009, p. 14).

Nesse contexto, houve resistência a restrições aos CFCs, justamente por “incerteza científica”, tal como ocorre com a mudança climática antrópica: “The ‘nay-sayers’ argued that ozone was not changing, which was a difficult case to prove in the beginning, which of course was the reason for generating the ozone trends-panel and starting to produce the WMO Ozone Assessment reports” (McElroy, 2009, p. 375). Então, por qual razão o ativista ambiental e vice-presidente dos Estados Unidos Al Gore afirmou que o combate ao CFC foi “um sucesso histórico”? (Gore, 2010, p. 47).

O Protocolo de Montreal foi restritivo ao não admitir reservas e ao permitir decisões vinculantes por maioria de dois terços que representem no mínimo cinquenta por cento das emissões daninhas, o que não impediu que houvesse ampla adesão. Hoje, o protocolo conta com adesão universal dos membros onusianos. São quase duzentos Estados participantes, membros que aceitaram restrições comerciais e limites de produção.

The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer was the first global environmental agreement containing trade restrictions on industrial products as a subsidiary but necessary measure to ensure effectiveness of the treaty. The Protocol addresses trade as part of the effort to ensure that non-parties do not benefit from the advantages of the Protocol without accepting its obligations. Its provisions also limit the possibility that parties can circumvent their obligations by ensuring that the production of controlled substances cannot be transferred to the territory of non-parties (Kiss; Shelton, 2007, p. 140-150).

Um binômio explica o sucesso: i) as alternativas técnicas foram facilmente implementadas, pois estavam disponíveis a custos bem menos proibitivos do que o esperado (CETESB, 2020) e ii) os países em desenvolvimento obtiveram acesso real a financiamento da substituição dos CFCs e demais substâncias que devastavam o ozônio na estratosfera:

Earlier interpretations of CBDR, for example under the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (Montreal Protocol), allowed for differentiation based on the implementation obligations of developed and developing countries through the creation of: delayed compliance schedules; different baseline requirements; and obligations to provide financial and technological assistance to developing nations. Thus the differential obligations under the Montreal Protocol were designed to assist developing countries in meeting their commitments under the relevant treaty, not to exclude or protect them from particular commitments (Maguire; Xiaoyi, 2015, p. 218).

Destacamos, em especial, o trecho que afirma não exclusão das obrigações, mas patrocínio para que os deveres fossem cumpridos segundo cronogramas estipulados. Elli Louka sumariza o êxito do regime normativo nos seguintes termos:

The ozone regime negotiations had all the elements that could lead to success:

- issues that could be resolved easily by a multiparty-negotiated contract;
- possible outcomes that all states could accept as equitable;
- simple and clear solutions that are easy to adopt;
- clear-cut and effective compliance mechanisms;
- exogenous shocks and crises; and
- effective leadership

In the ozone regime, there was a clear identification of industries and products that destroyed the ozone layer. Moreover, the polluting industries were located in a small number of states. These industries had found alternatives to CFC production even before the adoption of the Montreal Protocol (Louka, 2006, p. 345-345).

Enfatize-se que estas indústrias já haviam encontrado alternativas para a produção de CFC antes mesmo da adoção do Protocolo de Montreal. A efetividade do Direito tende a ser conseqüência da tecnologia e do arranjo político não escrito. Em larga medida, o êxito de Montreal fez com que mecanismos similares fossem replicados na Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, incluído o financiamento a países em desenvolvimento. Contudo, combustíveis fósseis não têm substitutos óbvios, nem financiamento de baixo custo.

## **6 “Teoria Pendular” do Direito Internacional Ambiental e condições para a efetividade das normas de transição energética**

Daniel Soeder, no já citado *Energy Futures*, mostra-se parte do movimento ambientalista que acredita na boa vontade da sociedade civil, que, entretanto, é minada por interesses das grandes corporações: “Most people support some kind of gun restrictions. Most people want

access to medical care that won't leave them bankrupt. And most people are concerned about the climate crisis and want alternative clean energy” (Soeder, 2022, p. 10).

Curiosamente, na mesma obra, destaca-se que

So far, attempts at raising the cost of fossil fuel with a carbon tax have not gone well, prompting strikes in France and riots in Kazakhstan. Price increases in both places were soon rescinded. Farmers in India went on strike for months to protest an increase in the cost of diesel fuel for their tractors. When the U.S. faced fuel price increases in 2021 after the COVID lockdown ended, President Biden found it necessary to withdraw oil stocks from the Strategic Petroleum Reserve to increase supplies and reduce prices. None of this bodes well for the success of a carbon tax on fossil fuel (Soeder, 2022, p. 204).

Ao que tudo indica, menos de duzentas páginas de análise foram suficientes para demonstrar que a propalada boa vontade popular não suportou altas contínuas nos preços de combustíveis fósseis na Europa, na Ásia e na América do Norte. No Brasil, o Partido dos Trabalhadores (PT) judicializou pretensa omissão governamental em queimadas florestais (PT recorre, 2020), mas não deixou de criticar a falta de subsídios a combustíveis fósseis para contenção da inflação (Accarini, 2022).

Uma vez reocupada a chefia do Poder Executivo federal, o PT celebrou a queda do preço da gasolina nas refinarias em junho de 2023 (Faz o L, 2023). Preços que, elevados, são molas propulsoras da transição de matriz energética, pois sinalizam escassez dos produtos, interferências geopolíticas no processo produtivo e insustentabilidade geral das fontes de energia não renováveis. Não se trata de repúdio a ideologia específica. Partidos políticos tendem a surgir ou a crescer a depender de demandas populares, pois são canais de insatisfação social. Uma vez constituídos, devem adaptar dogmas ao sinal dos tempos, sob pena de se apegarem.

Assim, a preocupação ambiental na sociedade civil global se movimenta como um pêndulo: em épocas de fartura e de elevação do Produto Interno Bruto, a pauta ambiental passa a ser objeto de preocupação, pois há natural ampliação da emissão de gases poluentes e da deposição de resíduos sólidos, especialmente nos meios urbanos<sup>7</sup>. Em épocas de recessão econômica e, pior, de estagflação, a última preocupação é com o meio ambiente ecologicamente equilibrado capaz de satisfazer as necessidades da futura geração. Nos momentos de carestia, preços baixos de combustíveis fósseis são queridos tanto para acomodar o orçamento doméstico, quanto para reduzir o custo do processo produtivo.

---

<sup>7</sup> “Áreas urbanas são responsáveis no mundo por 70% das emissões de gases de efeito estufa e pelos consumos de 67% da energia e 60% de água” (Sakamoto; Fedato, 2014, p. 85).

Em outras palavras, sempre que restrições ambientais são queridas, planta-se a semente para a posterior marginalização dessas preocupações. O caso brasileiro, inclusive, demonstra efeito colateral de princípios jurídicos bem-intencionados. A vedação do retrocesso ambiental pode minar tentativas iniciais sustentáveis, pois os governos executivos temeriam a adoção de tecnologia custosa, embora ambientalmente correta, que potencialmente se revelasse extremamente onerosa no longo prazo. O Poder Judiciário poderia forçar a manutenção, quando não a adoção generalizada de tecnologias que pesam no orçamento<sup>8</sup>.

E por que algo similar não aconteceu com os tratados de Viena e de Montreal? Porque a sinalização de virtude e preocupação longo-prazista não custaram quase nada para a presente geração: eis a fórmula para futuros tratados internacionais sobre emissão de gases de efeito estufa.

## 7 O que pode ser feito

Ao definir políticas públicas que possam corrigir falhas de mercado (o que denominamos “estrutura econômica internacional” dos combustíveis fósseis), é útil aplicar modelos. O Modelo para Análise e Desenho de Políticas Públicas (MADPP) (Leyva; Olaya, 2022) pede que i) o problema público seja definido; ii) que se estabeleçam objetivos e metas; iii) que se identifiquem alternativas e soluções; iv) que haja participação cidadã; v) implementação; vi) monitoramento e vii) avaliação.

Nem sempre as etapas são facilmente vencidas. Por vezes, há dificuldades até mesmo de se estipular o problema público. No caso da economia dos combustíveis fósseis, sabe-se claramente o problema (a emissão de gases de efeito estufa causam prejuízos ambientais locais, regionais e globais). Sabe-se, também, que o grau de emissões deve ser reduzido em grau suficiente para reduzir microimpactos e macroimpactos; todavia, não há perfeita identificação de alternativas e de soluções.

Este trabalho pretende, contudo, que se faça filtragem razoável quando se tem em conta que as soluções: i) não podem gerar inflação (aumento geral no nível de preços); ii) não podem representar agravo na qualidade dos produtos e serviços consumidos, ou seja, não podem impor perda de bem-estar dos consumidores; iii) devem ser alternativas reprodutíveis em países de baixa renda, cuja propensão marginal ao consumo seja especialmente elevada.

---

<sup>8</sup> “Luego, la mayor inversión reclamada no es, por consiguiente, en dispendio de los escasos recursos financieros públicos, que compiten con otras prioridades del Estado, sino que es un ahorro de los recursos naturales que aún existen” (Benjamin, 2019, p. 86).



As exigências são rigorosas<sup>9</sup>, mas, analiticamente, foram integralmente satisfeitas no plano de fundo político-econômico que embasou o Protocolo de Montreal. Pretender que são pré-requisitos dispensáveis apenas posterga a solução do problema público; afinal, foi justamente o desvio do foco sobre o essencial que fez com que as COP da UNFCCC não obtivessem o mesmo sucesso alcançado pelo parente canadense.

Nesse contexto, tendo essa pressuposição como certa, quais seriam as alternativas viáveis para a transição energética? A literatura especializada vem apontando soluções de médio e de longo prazo (Wood; Neira-Castro, 2021) que satisfazem os requisitos básicos. Seguramente, o famoso “imposto sobre carbono” não é medida factível. Como citado acima, a tributação encarece o produto final e cria os denominados “pesos-mortos”<sup>10</sup>. Em economia, significam perda de bem-estar.

O financiamento da transição tecnológica<sup>11</sup> no mundo em desenvolvimento é apontado como meio de assegurar que os denominados “caroneiros” não abandonem metas quantitativas. Há de se considerar, ainda, que os projetos financiados devem ser alternativas viáveis de consumo e não podem importar preços mais altos para população já fustigada por baixos níveis de renda. Há polêmica quanto ao financiamento estatal de tecnologias alternativas, pois as empresas privadas detêm, de maneira global, o domínio sobre os processos produtivos.

Se governos obtivessem tecnologia sustentável acessível e barata e repassassem ao setor privado sem nenhum tipo de custo, incentivar-se-ia o comportamento “caroneiro” dos conglomerados particulares. Isso sem contar a atribuição integral de responsabilidade ao Poder Público. Nesse sentido, é razoável que, obtida alternativa sustentável nos termos deste trabalho, seja imposta adoção progressiva da tecnologia criada.

Assim, cria-se incentivo para que os concorrentes busquem a vanguarda, pois não teriam de arcar com custos de *royalties* regulados em lei interna, nem seriam surpreendidas pela transição verde. Se a inovação derivasse de P&D governamental ou do Terceiro Setor, o preço para acessar a tecnologia poderia variar a depender do capital social, de modo a incentivar pequenas e médias empresas a adotar pioneiramente novos processos produtivos. Algo similar ocorreu com a adoção obrigatória de sacolas biodegradáveis, cuja qualidade em nada piora a situação do consumidor final.

---

<sup>9</sup> “Do mesmo modo, o problema do aquecimento global não pode ser totalmente eliminado em um futuro próximo porque, por enquanto, não há solução conhecida para o carbono e outros gases do efeito estufa que possa ser implementada sem causar problemas econômicos e sociais em grande escala em curto prazo. Todas essas limitações apontam para uma intratabilidade com relação às características técnicas de muitos problemas de políticas públicas” (Wu, 2014, p. 62).

<sup>10</sup> Para debate sobre viabilidade do *carbon tax*, cf. Strand, 2020.

<sup>11</sup> “[...] possibility of ‘side payments’. Treaty parties created a Multilateral Fund to offset developing states’ cost of transition from ODS. Side payments can be made in issue areas that are closely related to issues addressed by a treaty, as in the Montreal Protocol context, or in unrelated issue areas” (Dunoff, 2021, p. 81).

Outra polêmica diz respeito às sanções premiaias, ou seja, aos benefícios estatais por comportamentos positivos. Na prática, trata-se de renúncia fiscal que, embora seja destinada a fim nobre, prejudica o orçamento público, financiado seja por tributação de terceiros, como pela inflação. Contudo, medidas de baixo impacto orçamentário podem acarretar resultados bastante significativos — e esta relação custo-benefício é muito desejada por formuladores de políticas públicas. Reduzir marginalmente o IPTU de estabelecimento comercial em troca de lixeiras bem definidas para receber resíduos sólidos específicos (como pilhas e componentes eletrônicos) é incentivo barato que favorece amplamente a participação cidadã na política de resíduos. O IPVA reduzido a depender da eficiência energética ou do emprego de combustível específico também é medida possível.

Apontam-se, por fim, métricas capazes de avaliar os resultados obtidos com a adoção de novas fontes de energia e de novos processos produtivos (Méndez-Morales, 2023). Com efeito, todas as tentativas de ensinar a transição energética dependem de tentativa-erro, dado o pioneirismo de várias das ideias, o que não significa impossibilidade de abandono do intento bem-intencionado caso surjam ineficiências ou inefetividades.

## **8 Conclusão**

A emissão de gases de efeito estufa, vilã da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática, mostrou-se antagonista mais poderosa do que os clorofluorcarbonos e do que os halons que destroem a camada de ozônio. No entanto, a experiência de Montreal deixou pistas para futuro êxito. Há dificuldades derivadas do negacionismo ambiental, da despreocupação com gerações futuras e do comportamento egoístico que atribui responsabilidades ambientais apenas a terceiros.

Há muitas palavras bem-intencionadas ao vento, sem grandes impactos reais infelizmente, o ativismo ambiental muitas vezes se perde no personagem, já desgarrado da preocupação metódica que se volta a resolver o problema. Montreal demonstrou que o êxito depende da satisfação de requisitos básicos: a transição energética não pode ser inflacionária e deve ser acessível a países em desenvolvimento. A mesma lógica se aplica a outras fontes de emissão de gases de efeito estufa, como as queimadas.

A preservação das florestas não deve interromper o crescimento econômico e deve estar à disposição dos países emergentes. A concessão florestal (Brasil, 2006), se bem aplicada, poderia exigir ônus ambientais de particulares em troca de genuína proteção, a qual seria mais facilmente fiscalizada por órgãos ambientais que, hoje, precisam tomar para si todos os custos

da atividade — competindo, para isso, com outros dispêndios públicos.

A preocupação contemporânea da sociedade civil global se move como um pêndulo: a bonança faz o olhar se voltar ao meio ambiente, a estagnação faz os olhos se fecharem. Negar esta recorrência comportamental mundo afora apenas atrasa a solução definitiva.

## Referências

- ACCARINI, André. Diesel a quase R\$ 7 sufoca caminheiros e mantém inflação dos alimentos. **Partido dos Trabalhadores**, 15 set. 2022. Disponível em: <https://pt.org.br/diesel-a-quase-r-7-sufoca-caminheiros-e-mantem-inflacao-dos-alimentos/>. Acesso em: 9 ago. 2023.
- ALAM, Shawkat *et al.* (org.). **International Environmental Law and the Global South**. New York: Cambridge University Press, 2015.
- ATAPATTU, Samadu. The Significance of International Environmental Law Principles in Reinforcing or Dismantling the North–South Divide. *In*: ALAM, Shawkat *et al.* (org.). **International Environmental Law and the Global South**. New York: Cambridge University Press, 2015. p. 74-107.
- ATAPATTU, S.; GONZALEZ, C. The North–South Divide in International Environmental Law: Framing the Issues. *In*: ALAM, S. *et al.* (org.). **International Environmental Law and the Global South**. New York: Cambridge University Press, 2015. p. 1-20.
- BENEDICK, R. **Science Inspiring Diplomacy: The Improbable Montreal Protocol**. *In*: ZEREFOS, C. *et al.* (org.). **Twenty Years of Ozone Decline: Proceedings of the Symposium for the 20th Anniversary of the Montreal Protocol**. Cham: Springer, 2009. p. 13-19.
- BENJAMIN, Antonio. El Principio de Prohibición de Retroceso Ambiental: Desafíos para el Juez. Trad. Jorge Aranda Ortega. *In*: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL (org.). **Aproximaciones y Perspectivas de Derecho Ambiental**. Lima: Negrapata, 2019. p. 83-93. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/179857/Aproximaciones-REIMPRESION-2021-VF.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2024.
- BRASIL. Acordo de Paris. **Ministério do Meio Ambiente**, 2016. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris.html>. Acesso em: 8 ago. 2023.
- BRUS, Marcel. Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement. *In*: WESTERMAN, Pauline *et al.* (org.). **Legal Validity and Soft Law**. Cham: Springer Nature Switzerland, 2018.
- CETESB. **Alternativas para substâncias destruidoras de ozônio**. 2020. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/prozonesp/materiais-de-apoio/fundamentos-da-preservacao/alternativas-para-substancias-destruidoras-de-ozonio/>. Acesso em: 9 ago. 2023.
- DUNOFF, Jeffrey. Multilevel and Polycentric Governance. *In*: RAJAMANI, Lavanya; PEEL, Jacqueline. **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 67-84.

FERGUSON, Niall. **Catástrofe**: uma história dos desastres — das guerras às pandemias — e o nosso fracasso em aprender como lidar como eles. Trad. Petê Rissatti. São Paulo: Crítica, 2021.

FITZMAURICE, Malgosia. **Contemporary Issues in International Environmental Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos Essenciais da Sociologia**. Trad. Claudia Freire. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

GORE, Al. **Nossa escolha**: um plano para solucionar a crise climática. Trad. Fabiana de Carvalho, Maria Augusta Tedesco e Otávio Albuquerque. Barueri, SP: Amarilys, 2010.

GORE, Al. **O futuro**: seis desafios para mudar o mundo. Trad. Rosemarie Ziegelmaier. Barueri, SP: HSM, 2013.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. **World Energy Outlook 2022**: Sumário executivo. Paris: IEA, 2023.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Guide to International Environmental Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

KRUGLIANSKAS, Isak; PINSKY, Vanessa Cuzziol (org.). **Gestão Estratégica da Sustentabilidade**: Experiências Brasileiras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MÉNDEZ-MORALES, Alberto. Towards the Generation of a Green Technology Index. *In*: HERRERA, Milton M (org.). **Business Model Innovation for Energy Transition**: A Path Forward Towards Sustainability. Cham: Springer Nature Switzerland, 2023. p. 37-60.

FAZ O L! Petrobras reduz em 4,66% preço da gasolina nas refinarias. **Partido dos Trabalhadores**, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://pt.org.br/faz-o-l-petrobras-reduz-em-466-preco-da-gasolina-nas-refinarias/>. Acesso em: 9 ago. 2023.

FERRAZ JR. “Série Energia”: Mais de 80% da matriz energética vêm de recursos fósseis. **Jornal da USP**, 8 jul. 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=538576>. Acesso em: 6 ago. 2023.

LANGLET, David; MAHMOUDI, Said. **EU Environmental Law and Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

LEYVA, Santiago; OLAYA, Andrés (org.). **Modelo para el Análisis y Diseño de Políticas Públicas**. Medellín, Colômbia: Editorial EAFIT, 2022.

LOUKA, Elli. **International Environmental Law**: Fairness, Effectiveness, and World Order. New York: Cambridge University Press, 2006.

MAGUIRE, Rowena; XIAOYI, Jiang. Emerging Powerful Southern Voices: Role of BASIC Nations in Shaping Climate Change Mitigation Commitments. *In*: ALAM, Shawkat *et al.* (org.). **International Environmental Law and the Global South**. New York: Cambridge University Press, 2015. p. 214-236.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Trad. Priscilla Rodrigues da Silva Lopes. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MCELROY, C. T. Ozone and Ultraviolet Radiation: Informing the Public. *In*: ZEREFOS, C. *et al.* (org.). **Twenty Years of Ozone Decline**: Proceedings of the Symposium for the 20th Anniversary of the Montreal Protocol. Cham: Springer, 2009. p. 369-380.

MCKIE, Ruth E. **The Climate Change Counter Movement**: How the Fossil Fuel Industry Sought to Delay Climate Action. Cham: Springer Nature Switzerland, 2023.

MINISTRO do Meio Ambiente critica uso de jatinhos na COP-27, em referência a Lula. **Correio do Povo**, 15 nov. 2022. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADtica/elei%C3%A7%C3%B5es/ministro-do-meio-ambiente-critica-uso-de-jatinhos-na-cop-27-em-refer%C3%A2ncia-a-lula-1.923404>. Acesso em: 8 ago. 2023.

NANDA, Ved P.; PRING, George. **International Environmental Law and Policy for the 21st Century**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

PT RECORRE ao STF para denunciar omissão do governo por conta das queimadas. **Partido dos Trabalhadores**, 25 set. 2020. Disponível em: <https://pt.org.br/pt-recorre-ao-stf-para-denunciar-omissao-do-governo-por-conta-das-queimadas/>. Acesso em: 9 ago. 2023.

RAJAMANI, Lavanya; PEEL, Jacqueline. **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

ROBERTS, Paul. **The End of Oil**: On the Edge of a Perilous New World. New York: Mariner Books, 2005.

SAKAMOTO, Marcia; FEDATO, Cristina. Gestão de Oportunidades de Negócio em Sustentabilidade Urbana na Siemens. *In*: KRUGLIANSKAS, Isak; PINSKY, Vanessa Cuzziol (org.). **Gestão estratégica da sustentabilidade**: experiências brasileiras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 84-104.

SANDS, Philippe *et al.* **Principles of International Environmental Law**. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2012.

SÉROUSSI, Roland. **Droit International de l'Environnement**. Paris: Dunod, 2012.

SOEDER, Daniel. **Energy Futures**: The Story of Fossil Fuel, Greenhouse Gas, and Climate Change. Cham: Springer Nature Switzerland, 2022.

STRAND, Jon. Supporting Carbon Tax Implementation in Developing Countries through Results-Based Payments for Emissions Reductions. **Policy Research Working Paper**, n. 9443, Oct. 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10986/34651>. Acesso em: 11 jan. 2023.

UNITED NATIONS. Trail smelter case (USA, Canada). **Reports of International Arbitral Awards**, v. III, p. 1905-1982, 1941. Disponível em: [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf). Acesso em: 6 ago. 2023.

WARNER, Elizabeth. South of South: Examining the International Climate Regime from an Indigenous Perspective. *In: ALAM, Shawkat et al. (org.). **International Environmental Law and the Global South***. New York: Cambridge University Press, 2015. p. 451-468.

WESTERMAN, Pauline *et al.* (org.). **Legal Validity and Soft Law**. Cham: Springer Nature Switzerland, 2018.

WOOD, Geoffrey; NEIRA-CASTRO, Juan Felipe (org.). **From Fossil Fuels to Low Carbon Energy Transition: New Regulatory Trends in Latin America**. Cham: Springer Nature Switzerland, 2021.

WU, Xun *et al.* **Guia de políticas públicas: gerenciando processos**. Trad. Ricardo Avelar de Souza. Brasília: ENAP, 2014.

ZEREFOS, Christos *et al.* (org.). **Twenty Years of Ozone Decline: Proceedings of the Symposium for the 20th Anniversary of the Montreal Protocol**. Cham: Springer, 2009.

# REFLEXÕES SOBRE O LIMITE À COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS DE IRPJ E DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL

*REFLECTIONS ON THE COMPENSATION LIMIT FOR IRPJ (TAX LOSS) AND CSLL  
NEGATIVE CALCULATION BASIS*

*REFLEXIONES SOBRE EL LÍMITE DE COMPENSACIÓN DE LA PÉRDIDA FISCAL DE  
IRPJ Y DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL*

Jeferson Teodorovicz<sup>1</sup>  
Michell Przepiorka<sup>2</sup>  
Caio Cezar Soares Malpighi<sup>3</sup>

## Resumo

O presente trabalho pretende, com premissa hipotético-dedutiva, apresentar uma abordagem exploratória da literatura, da legislação e da jurisprudência (administrativa e judicial) referente ao limite à compensação de prejuízos fiscais de IRPJ (Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica) e de base de cálculo negativa de CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), especialmente no que se refere à hipótese de extinção de pessoas jurídicas. Busca-se, sobretudo, apresentar análise sobre alguns recentes casos julgados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Conclui-se que o tema ainda necessita de reflexões com diferentes impactos a depender da sistemática de julgamento adotada no julgamento administrativo.

**Palavras-chave:** compensação; prejuízos fiscais; base de cálculo negativa; IRPJ; CSLL; extinção de pessoa jurídica; limites.

## Abstract

This paper intends to present, with a hypothetical and deductive premise, an exploratory approach of the literature, legislation and jurisprudence (administrative and judicial) concerning the limit of the compensation of losses with IRPJ taxes (Corporate Income Tax) and the calculation basis of the CSLL (Social Contribution on the Net Income), especially when it comes to the hypothesis of the extinguished corporate person. Mainly, this research aims to analyze some of the cases recently decided by the Administrative Council of Fiscal Resources (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF). The study concludes that this issue still requires further discussion, with different results depending on the trial system adopted during the administrative judgment process.

**Keywords:** compensation; tax losses; negative calculation basis; IRPJ; CSLL; extinction of legal entity; limits.

## Resumen

El presente trabajo pretende, con una premisa hipotético-deductiva, presentar un enfoque exploratorio de la literatura, la legislación y la jurisprudencia (administrativa y judicial) cuanto al límite a la compensación de pérdidas fiscales del IRPJ (Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas) y de base de cálculo negativa de la CSLL (Contribución Social sobre el Beneficio Neto), especialmente en lo que respecta a la hipótesis de extinción de las personas jurídicas. Se busca, sobre todo, presentar análisis sobre algunos casos recientes juzgados por el Consejo Administrativo de Recursos Fiscales (CARF). Se concluye que el tema aún requiere reflexiones con distintos impactos, dependiendo del sistema de juicio adoptado en el juicio administrativo.

**Palabras clave:** compensación; pérdidas fiscales; base de cálculo negativa; IRPJ; CSLL; extinción de una persona jurídica; límites.

---

<sup>1</sup> Fundação Getúlio Vargas.

<sup>2</sup> Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

<sup>3</sup> Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

## 1 Introdução<sup>4</sup>

O presente trabalho pretende apresentar alguns elementos conceituais preliminares sobre a noção de renda tributável, lucro real e da ideia de compensação para fins fiscais. Justifica-se a presente pesquisa em face da importância do debate no campo jurisprudencial administrativo. O método adotado será o exploratório, guiado pelo levantamento bibliográfico, documental, legislativo e jurisprudencial, para perquirir as diferentes tendências interpretativas acerca da possibilidade (ou não) da compensação de prejuízos fiscais (em diferentes situações) e seus limites (ou ausência deles).

O problema da pesquisa, assim, refere-se às diferentes interpretações acerca da possibilidade (ou não) de compensação de prejuízos fiscais (e em quais circunstâncias esse instrumento é possível) e eventuais limites aplicáveis. Em especial, almeja-se explorar, também, alguns elementos do debate jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e reflexos dessa disposição nas mudanças decisórias trazidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Isso será feito analisando alguns casos recentes, com especial atenção para as hipóteses de extinção de pessoas jurídicas, quando a limitação estabelecida de 30% alcança questionamentos.

O objeto deste artigo, portanto, é a análise das diferentes interpretações trazidas no que tange à adoção da trava dos 30%, assim como sua viabilidade (ou não) em casos de extinção de pessoa jurídica. É o que se pretende expor a seguir.

## 2 A compensação de prejuízo fiscal e a trava dos 30%

O imposto sobre a renda da pessoa jurídica (IRPJ) possui como uma das bases de cálculo eleitas pelo legislador complementar o lucro real (art. 44 do CTN), cuja apuração tem como base inicial o lucro contábil (receita menos despesa), ajustado de acordo com as adições e exclusões previstas na legislação tributária (Przepiorka; Malpighi; Teodorovicz, 2023; Schoueri, 2010, p. 247). Essa delimitação da base de incidência do IRPJ reflete exatamente a noção de riqueza disponível (renda líquida), contida no artigo 43 do CTN, que, na qualidade de

---

<sup>4</sup> O presente artigo é a versão atualizada e ampliada de pesquisa anteriormente publicada ou em vias de publicação por parte dos coautores: PRZEPIORKA, M.; MALPIGHI, C. C. S. A evolução jurisprudencial do CARF e a trava do 30% em caso de extinção da pessoa jurídica. *In*: BEVILACQUA, L.; CECCONELLO, V. (coord.); PRZEPIORKA, M. (org.). Tributação federal: jurisprudência do CARF em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 3-19. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/150072/tributacao\\_federal\\_jurisprudencia\\_bevilacqua.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/150072/tributacao_federal_jurisprudencia_bevilacqua.pdf). Acesso em: 15 jan. 2024; PRZEPIORKA, M.; MALPIGHI, C. C. S.; TEODOROVICZ, J. Tendências jurisprudenciais do CARF e a “trava do 30%” em caso de extinção da pessoa jurídica. *In*: DONIAK JUNIOR, J.; LYRA, P. B. J. (coord.). 100 anos de IR no Brasil — Estudos variados. São Paulo: Quartier Latin, 2023 (no prelo).



Lei Complementar, com apoio no artigo 146 da Constituição Federal, descreve o fato gerador do imposto sobre a renda (Schoueri, 2019).

Ocorre que, quando os ajustes legais (adições e exclusões) sobre o lucro contábil apurado resultam em saldo negativo, ocorrerá com efeito o que a legislação chama de *prejuízo fiscal*. Nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira, o prejuízo fiscal é definido como o “[...] saldo negativo da apuração do lucro real de um período-base, ou seja, o resultado a que se chega após partir do lucro líquido contábil (ou do prejuízo contábil) do período e se fazer dos ajustes de adições e exclusões determinadas pela lei do IRPJ” (Oliveira, 2020a, p. 1072).

Assim, uma vez apurado o prejuízo fiscal em determinado período-base pelo contribuinte, esse poderá compensá-lo, *até o limite de 30%*, com o lucro real do período subsequente em caso de resultado positivo, *ex vi* do artigo 42 da Lei nº 8.981/1995 e do artigo 15 da Lei nº 9.065/1995. Pode-se dizer que tal regra jurídica objetiva consiste no direito subjetivo que o contribuinte tem, de compensar o prejuízo fiscal do período anterior com o lucro do período subsequente (Neto, 2022).

Em relação à limitação legal para o aproveitamento do prejuízo fiscal, que é comumente denominada de “trava dos 30%”, existem fortes críticas do ponto de vista macroeconômico. Quanto a isso, Andrea Lemgruber faz importante observação de que, ao limitar a compensação do prejuízo fiscal, o Brasil exerce uma política fiscal indutora que desincentiva o investimento de capital, por aversão ao risco, “[...] já que os prejuízos, por não serem compensados, ou sendo compensados de forma limitada, fazem do governo um parceiro que divide os lucros, mas não os prejuízos” (Lemgruber, 2004, p. 220).

Tal desincentivo fiscal ao investimento decorre de uma lógica muito simples, conforme arremata Lemgruber: “[...] se perdem as empresas, perdem sozinhas, mas se ganharem, o governo fica com parte” (Lemgruber, 2004, p. 2020). Não por outra razão a limitação à compensação do prejuízo fiscal introduzida no Brasil vai na contramão da prática internacional (Lemgruber, 2004).

Ademais, deve-se considerar, na experiência brasileira, a existência de duas grandes linhas quanto ao entendimento da natureza jurídica da limitação de compensações de prejuízos fiscais (Ávila, 2011; Carrazza, 2009). Nesse sentido, há respeitável doutrina que analisa que o direito à compensação de prejuízos fiscais é inerente ao próprio conceito de renda para fins tributários, pois esse último está ligado, também, ao conceito de despesa. Em outras palavras, o lucro auferido decorre de despesas anteriormente incorridas, na medida em que se espera que os prejuízos gerem lucro futuramente. Como alerta Alexandre Evaristo Pinto (2021), esse

raciocínio leva à conclusão de que a compensação de prejuízos fiscais não seria um benefício fiscal, mas uma decorrência do próprio conceito de renda.

Qual seria a consequência desse entendimento? Nessa linha, a periodização da apuração do imposto de renda em períodos anuais é produto do uso da praticabilidade para fins de determinação de um critério temporal para o imposto de renda (na teoria somente seria possível dizer se uma entidade teve lucro em relação ao capital investido ao final de sua vida). No entanto, somente haveria renda quando houvesse acréscimo patrimonial em relação ao montante do capital investido, isto é, após a compensação dos prejuízos fiscais de exercícios anteriores (Pinto, 2021).

Por outro lado, em grande medida por influência do próprio entendimento do STF, prevaleceu, por muito tempo, um segundo e relevante entendimento, isto é, de que a limitação de 30% de compensação de prejuízos fiscais deveria ser considerada enquanto benefício fiscal (e não inerentemente ligado ao conceito de renda). Como será visto adiante, essa foi a linha predominante no entendimento do STF no tratamento do assunto (ainda que com interessantes debates).

Assim, é fato de que a validade de tal trava já foi objeto de debates perante o Poder Judiciário, tendo o STF entendido derradeiramente pela validade das Leis nº 8.981/1995 e 9.065/1995, perante a Constituição Federal, conforme julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.340, sob o rito da Repercussão Geral. Para fins de repercussão geral, julgada pelo STF sob o Tema nº 117, nos autos do RE nº 591.340, foi fixada a tese de que “É constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL” (Brasil, 2019).

A tese sustentada pelos contribuintes era a de que a limitação da trava dos 30% se mostrava violadora do *princípio da capacidade contributiva*, contida no artigo 145, §1º, da Constituição Federal, bem como da regra de competência constitucional para a instituição do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, talhada no artigo 153, inciso III, da aludida Carta Magna.

Ao analisar tais argumentos, o STF entendeu por afastá-los, sob a fundamentação de que o direito à compensação dos prejuízos fiscais não decorre da materialidade do imposto sobre renda (aquisição da disponibilidade/renda líquida), mostrando-se apenas e tão somente um benefício fiscal concedido pelo Governo Federal. Assim, tratando-se de um benefício fiscal, seria igualmente lícita a limitação ao patamar de 30% para o direito de compensar o prejuízo fiscal.

Ao julgar tal matéria, no entanto, o próprio Ministro Luiz Fux consignou “não está em jogo a compensação de prejuízos fiscais de empresa extinta” (Brasil, 2019). Nesse sentido, trecho do julgamento:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Antes de tomar o voto da Ministra Rosa Weber, só queria esclarecer, depois de ouvir o Relator, que não está em jogo a compensação de prejuízos fiscais de empresa extinta, porque isso foi aduzido da tribuna [...] (Brasil, 2019).

Assim, embora não tenha sido objeto de análise específica pelo STF, ao tratar a compensação de prejuízos como benefício fiscal, a Suprema Corte subsidiou o posicionamento defendido pela Administração Tributária, em razão da “aplicação restritiva de benefícios fiscais”, nos termos do art. 111 do CTN, contaminando a discussão.

No entanto, apesar da validade jurídica da regra legal que limita a trava dos 30% na compensação dos prejuízos fiscais ter sido chancelada pela nossa Suprema Corte, atualmente ainda gera litígios, entre Fisco e contribuintes, a possibilidade de compensação integral de tal prejuízo fiscal na hipótese específica da extinção da pessoa jurídica. Tal questão não é nova, principalmente no âmbito do CARF. Assim, traçar-se-á a seguir um breve esboço do histórico jurisprudencial constituído entorno do tema, até atingir-se o atual “estado da arte” da matéria.

Após isso, analisar-se-ão os mais recentes casos julgados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), prolatados por meio dos Acórdãos nº 9101-005.728 e 9101-005.794, cujos desfechos favoráveis ao contribuinte se deram em razão de empate, no artigo 19-E da Lei nº 10.522 de 2002, culminando no afastamento da trava dos 30% em caso de extinção de pessoa jurídica incorporada.

### **3 Diferentes posicionamentos do CARF em relação ao afastamento da trava dos 30% em hipótese de extinção de pessoa jurídica**

Como mencionado acima, a hipótese objeto do presente estudo não é novidade no âmbito da jurisdição exercida pelo CARF, tendo ora prevalecido o posicionamento favorável ao fisco, ora prevalecido o entendimento favorável ao contribuinte, em que pese a ausência de qualquer alteração legislativa material durante o período analisado.

Sobre o tema, Ricardo Mariz de Oliveira narra em sua obra que, em um primeiro momento, a jurisprudência administrativa se inclinou para afastar a trava dos 30% para o período-base da pessoa jurídica extinta por incorporação. O fez sob o fundamento de que a *ratio juris* da regra legal que prevê tal limitação não seria impedir a compensação total do prejuízo fiscal, mas apenas estabelecer um limite temporal a cada período, podendo o saldo

remanescente ser utilizado no período subsequente (Oliveira, 2020a, p. 1081). O referido autor cita, nesse sentido, o Acórdão nº 01-4258 de 2002, bem como o Acórdão 01-05100 de 2004, ambos no âmbito da CSRF (Oliveira, 2020a).

Em levantamento realizado pelo Núcleo de Estudos Fiscais da Fundação Getúlio Vargas (NEF/FGV), verificou-se que o ponto de torque na virada de entendimento do CARF em favor da tese fazendária foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 344.994, no qual o STF decidiu, pela primeira vez, que a compensação de prejuízos fiscais é um benefício fiscal e que a limitação da trava dos 30% é constitucional:

- (i) 1a. Fase: Decisões reiteradas de câmaras de julgamento do Primeiro Conselho de Contribuintes (Acórdão n. 108-06.682, sessão de 20/9/2001; Acórdão n. 108-07.456, sessão de 02/7/2003; Acórdão n. 101-94.515, sessão de 17/3/2004; Acórdão n. 101-09.447, sessão de 13/8/2008) e da 1a. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Acórdão CSRF/01-04.258, sessão de 02/12/2002 e Acórdão CSRF/0105-100, sessão de 19/10/2004), que afastaram a trava de 30% no caso de extinção da pessoa jurídica, sobre o fundamento de que o objetivo da lei expresso em exposição de motivos teria sido o de postergar e não o de impedir a compensação de prejuízos e a dedução de bases negativas, o que estaria em consonância com a definição de fato gerador dos tributos IRPJ e CSLL. Neste tópico, ressaltamos que, de cinco, apenas uma das câmaras (a antiga 5a. Câmara) mantinha a trava e que, na 1a. Turma da Câmara Superior (composta na época por 16 conselheiros), a votação foi inicialmente de 14x2 para afastar a trava (Acórdão CSRF/01- 04.258, sessão de 02/12/2002) e posteriormente evoluiu para votação unânime afastando a trava (Acórdão CSRF/01-05.100, sessão de 19/10/2004);
- (ii) 2a. Fase: Após o julgamento de questão relativa à constitucionalidade da trava de 30%, proferido pelo STF (RE 344.994), em caso que não envolveu a extinção da pessoa jurídica, a 1a. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por voto de qualidade, alterou a jurisprudência e manteve a trava de 30%, sob o fundamento de inexistência de lei que autorizasse a compensação integral de prejuízos e dedução de bases negativas (Acórdão n. 9101-00.401, sessão de 02/10/2009). Algumas decisões mantiveram o afastamento da trava, como no caso do Acórdão n. 1402-00.063, sessão de 10/12/2009. Indicamos que a jurisprudência foi consolidada nessa fase para afastar a trava em relação a lucros da atividade rural, mesmo anteriores à vigência do art. 42 da MP 1.991-15, nos termos dos precedentes e da Súmula 53 do CARF;
- (iii) 3a. Fase: Em composição parcialmente renovada, a 1a. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Acórdão n. 9101-001.760, sessão de 16/10/2013) voltou a analisar a questão e manteve a trava de 30% - mais uma vez por voto de qualidade - com semelhantes fundamentos da anterior decisão da CSRF.
- (iv) 4a. Fase: Algumas decisões, notadamente da 3a. TO da 1a. Câmara (Acórdão n. 1103-001.058, sessão de 07/5/2014 e Acórdão n. 1103- 001.093, sessão de 31/7/2014) - por maioria de votos afastaram a trava de 30% no caso de extinção da pessoa jurídica, sobre o entendimento de que a decisão do STF não tratou da questão específica de extinção e acrescentaram razões jurídicas anteriormente não tratadas, como a existência de direito potestativo ligado à interperiodicidade da empresa, enquanto que em outra recente decisão manteve-se a trava de 30% - por voto de qualidade - (Acórdão n. 1301-001.410, da 1a. TO da 3a. Câmara, sessão de 13/2/2014). Resumo dos 20 acórdãos analisados da 4ª Fase: 16 foram contrários à tese do contribuinte, mantiveram a trava, sendo 1 por maioria e 15 por qualidade; 4 acórdãos favoráveis ao contribuinte, em votação por maioria, afastaram a trava (Da Silva, 2016, p. 339-340).

Nesse aspecto, o Recurso Extraordinário nº 344.994 estatuiu assim:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEDUÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITAÇÕES. ARTIGOS 42 E 58 DA LEI N. 8.981/95. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 150, INCISO III, ALÍNEAS "A" E "B", E 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O direito ao abatimento dos prejuízos fiscais acumulados em exercícios anteriores é expressivo de benefício fiscal em favor do contribuinte. Instrumento de política tributária que pode ser revista pelo Estado. Ausência de direito adquirido 2. A Lei n. 8.981/95 não incide sobre fatos geradores ocorridos antes do início de sua vigência. Prejuízos ocorridos em exercícios anteriores não afetam fato gerador nenhum. Recurso extraordinário a que se nega provimento (Brasil, 2009).

O que se verificou, portanto, foi a contaminação assaz da discussão pelo referido Recurso Extraordinário, julgado sem efeito vinculante e com matéria estranha à discussão, pois não tratava de hipótese de compensação de prejuízos fiscais na extinção da Pessoa Jurídica. A tarja de benefício fiscal acabou por servir como premissa para a chamada “interpretação literal”, prescrita no art. 111 do CTN, que assim dispõe: “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”.

Tal entendimento foi reprisado no julgamento do RE 591.340, com repercussão geral reconhecida, conforme ementa abaixo:

Ementa: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. PREJUÍZO. COMPENSAÇÃO. LIMITE ANUAL. LEI 8.981/1995, ARTS. 42 E 58. LEI 9.065/95, ARTS. 15 E 16. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A técnica fiscal de compensação gradual de prejuízos, prevista em nosso ordenamento nos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/1995 e 15 e 16 da Lei 9.065/1995, relativamente ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, não ofende nenhum princípio constitucional regente do Sistema Tributário Nacional. 2. Recurso extraordinário a que nega provimento, com afirmação de tese segundo a qual é constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL (Brasil, 2019).

Note-se que, esclareceu-se a todo momento, nesse processo, que não estava submetido a julgamento hipótese de extinção da Pessoa Jurídica, presumindo-se sua continuidade. Conforme indica expressamente o relator em seu voto:

De início, destaco a necessidade de delimitar-se o que submetido a julgamento. O recurso cuida, tão somente, da constitucionalidade das restrições previstas nas citadas Leis, presente a continuidade da atividade empresarial, não abrangendo a interpretação dos diplomas legais nas situações em que se observa a extinção de pessoa jurídica (Brasil, 2019).

Posteriormente, às fls. 59 do acórdão, o esclarecimento realizado pelo Ministro Luiz Fux e Edson Fachin:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Antes de tomar o voto da Ministra Rosa Weber, só queria esclarecer, depois de ouvir o Relator, que não está em jogo a compensação de prejuízos fiscais de empresa extinta, porque isso foi aduzido da tribuna...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - De fato, não foi submetido ao contraditório. Eu fiz referência ao uma tese subsidiária e não a um debate presente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Essa tese não está em jogo, porque aí fica mais fácil entender que não vai poder compensar prejuízo de uma pessoa que já se extinguiu. Então ela tem que compensar tudo de uma vez só. Mas não é isso que está em jogo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Se tivesse que enfrentar esse tema, com maior razão, determinaria a consideração dos prejuízos (Brasil, 2019).

Ademais, é importante lembrar de que a disposição estabelecida pela legislação para apurar os lucros e prejuízos em períodos pré-definidos não pode se afastar da capacidade contributiva e do que se entende por renda, sob o risco de subversão de competência. Nesse sentido, o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que assevera:

Surge impróprio classificar o direito em jogo como se benefício fiscal fosse. Ao contrário do que declarado pelo Tribunal de origem, não se está diante de concessão de benesse prevista em lei e suscetível de limitação.

Verifica-se, sim, a configuração do próprio processo formador da renda da empresa, do qual a despesa e, conseqüentemente, eventuais prejuízos são partes inerentes, impossíveis de ser ignoradas. Não há como desvincular a despesa de certo ano da renda a ser auferida futuramente. Desconsiderar o investimento efetuado pela sociedade empresária para atingir o lucro posterior é desmembrar elementos indissociáveis...

[...]

Sendo as despesas da empresa elementos necessários para aferição do lucro, estancar a apuração da base de cálculo a período determinado, deixando de levar em conta o ocorrido em exercícios anteriores, pode gerar distorções na verificação da renda tributável (Brasil, 2019).

Não se pode esquecer que nem a própria União considerava a compensação de prejuízos fiscais como benefício fiscal, como fez questão de apontar o Ministro Edson Fachin ao evidenciar que essa *jamaiz fez constar da relação de Demonstrativos de Gastos Tributários (DGT), anexo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)*.

Contudo, independentemente das críticas que se possa fazer ao julgado prolatado pelo STF, ele não tem maior impacto na discussão que o anterior precedente, visto que tampouco ele tratou da hipótese de extinção da pessoa jurídica. Em levantamento realizado por Alexandre Evaristo Pinto, que abrangeu o período de 2014 a 2021, verificou-se que a maior parte das decisões proferidas pelo CARF foram contrárias ao posicionamento dos contribuintes, com cenários alternados a depender do critério processual de desempate adotado no CARF (Pinto, 2021).

#### **4 Tendências decisórias geradas pela aplicação do artigo 19-e da Lei nº 10.522 de 2002 e pela aplicação do voto de desempate em favor da fazenda nacional**

O contencioso administrativo fiscal federal é regulamentado pelo Decreto nº 70.235/1972, que, em seu art. 25, II, atribuiu ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais a competência para julgamento em segunda instância, qualificando-o como órgão colegiado, paritário e integrante da estrutura do Ministério da Fazenda (Przepiorka *et al.*, 2021; Przepiorka; Branco, 2021).

Como se verifica, a lei prescreve órgão paritário com mesmo número de representantes da Fazenda Nacional e da sociedade civil, o que torna o órgão mais democrático, pluralizando o debate, aumentando em certa medida a confiança da sociedade e, como consequência, a adesão às decisões proferidas pelo órgão (Oliveira, 2020b). Conforme explicita Adamy, “[...] a participação paritária do administrado nos procedimentos de solução de controvérsias fiscais pode contribuir, acima de tudo, para realçar e colocar em evidência todos os interesses envolvidos em determinado processo” (Adamy, 2020, p. 6).

Apesar das vantagens do modelo paritário para o órgão, a questão levantada diz respeito ao critério de decisão em caso de empate, de modo a evitar o *non liquet*<sup>5</sup>. Originalmente, o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, atribuiu o voto de qualidade no caso de empate ao presidente da Turma Julgadora, cargo sempre ocupado por representantes da Fazenda Nacional.

Historicamente presente na composição do CARF, ainda que receba críticas por parte da literatura (Andrade, 2017; Rover, 2018), a aplicação da referida sistemática de votação levou ao questionamento na esfera judicial. Isso pode ser visto na ADI nº 5.731 pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que discutia a constitucionalidade do artigo 25 da Lei nº 11.941/2009, que alterou o parágrafo 9º do artigo 25 do Decreto nº 70.235/1972. Nesse cenário de pressão é que se promulgou a Lei nº 13.988/2020, fruto da conversão da Medida Provisória nº 899/2020, extinguindo o voto de qualidade, nos casos *de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário*.

Ainda, segundo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio da Portaria ME nº 260, de 01º/07/2020, a referida norma não contemplou os seguintes casos: (I) decisões proferidas em processos que não envolvem o julgamento do processo de determinação e

---

<sup>5</sup> Até o advento da lei nº 13.988/2020, o §9º do art. 25 do Decreto nº 70.235/72 atribuía o voto de desempate ao presidente da Turma de Julgamento, que acabava votando duas vezes: Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade, e os cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

exigência do crédito tributário (restituição, ressarcimento, reembolso e compensação, processos de exigência de multas aduaneiras, direitos antidumping e medidas compensatórias, de suspensão de imunidade ou isenção, de exclusão do Simples, de representação de nulidade); (II) julgamento dos recursos de responsáveis tributários (exclusivos ou solidários); (III) deliberações de índole processual (análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos de ofício, voluntário, especial e dos embargos de declaração, como a tempestividade — “perempção” — e os requisitos específicos das modalidades recursais, análise de concomitância entre o processo administrativo e processo judicial, decisão interlocutória na forma de resolução); e (IV) julgamento de embargos de declaração sem efeitos infringentes, bem como de embargos inominados.

O art. 19-E da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, inserido pelo art. 28 da Lei nº 13.988, de 14/04/2020, determina que, em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte. Essa foi, portanto, a *occasio legis* do critério de desempate no âmbito do CARF, à época.

Registre-se que a sistemática pró-contribuinte se encontra *sub judice* nos autos da ADI nº 6.415, entre outras ações. Já proferiu voto o relator, Ministro Marco Aurélio, pela procedência da ação, para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade formal do artigo 28 da Lei nº 13.988/2020, que inseriu o artigo 19-E na Lei nº 10.522/2002. Contudo, se vencido com relação à inconstitucionalidade formal, o Ministro Marco Aurélio consignou que julgaria improcedente o pedido (ou seja, pela validade material da norma). Os Ministros Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, ultrapassando a alegação de inconstitucionalidade formal, acompanham o relator pela improcedência do pedido em relação ao direito material (Rodas, 2022).

Aparenta-se formar maioria pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, indicando-se que, até que eventualmente se altere a legislação, prevalecerá o desempate favorável ao contribuinte, o que já gerou oscilações de posicionamento do CARF em relação a várias matérias, dentre as quais destaca-se a trava dos 30% na extinção da pessoa jurídica (Quintela; Laurentiis, 2022). Por outro lado, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 1.160, de 2023<sup>6</sup>, restabelecendo o voto de qualidade. A Medida Provisória tem como objetivo.

---

<sup>6</sup> MP 1.160/2023: “Dispõe sobre a proclamação do resultado do julgamento, na hipótese de empate na votação no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e sobre a conformidade tributária no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda e altera a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, para dispor sobre o contencioso administrativo fiscal de baixa complexidade” (Brasil, 2023a).



[...] disciplinar a proclamação de resultado do julgamento, na hipótese de empate na votação no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e dispor sobre conformidade tributária no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e sobre o contencioso administrativo fiscal de baixa complexidade (Brasil, 2023a).

Assim a Medida Provisória nº 1.160 de 2023, ainda em discussão e votação no Congresso Nacional, restaura a sistemática da votação de desempate em favor da Fazenda Nacional. Noutro aspecto, é interessante observar, também, como a sistemática tem prevalecido em decisões recentes do CARF e, caso convertida em Lei, se realmente terá potencial de alterar as tendências decisórias no CARF.

## **5 Julgamentos recentes sobre o tema pela CSRF com a aplicação do art. 19-e da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020**

Conforme relatado, em razão do voto de qualidade, prevalecia na Câmara Superior de Recursos Fiscais o entendimento de que é indevida a compensação de prejuízo fiscal sem a observância do limite de 30% previsto na lei. Contudo, em setembro de 2021, a questão foi julgada favoravelmente ao contribuinte por aplicação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020. Trata-se do Acórdão 9101-005.728, redator designado o ex-conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, que, na sessão seguinte, foi seguido pelo acórdão nº 9101-005.794, de relatoria do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

### **5.1 Caso Pem participações (acórdão nº 9101-005.728)<sup>7</sup>**

Conforme relatório, trata-se de auto de infração do IRPJ do ano-calendário de 2004, em que, segundo a fiscalização, a Recorrente (na qualidade de sucessora) teria excedido o limite de compensação de prejuízos fiscais de 30%, tendo, por conseguinte, sofrido glosa do valor compensado em excesso. No mérito, a Recorrente apresentou os seguintes argumentos:

---

<sup>7</sup> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2004 COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITAÇÃO. TRAVA DE 30% DO LUCRO TRIBUTÁVEL. PREMISSA DE CONTINUIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. EXTINÇÃO. INCORPORAÇÃO. DESVIO DA TRIBUTAÇÃO DA RENDA. ONERAÇÃO INDEVIDA DO PATRIMÔNIO. INAPLICABILIDADE. A compensação de prejuízos fiscais é prerrogativa do contribuinte optante pelo regime do Lucro Real, garantindo a oneração apenas da renda tributável auferida dentro dessa modalidade de apuração, respeitando sua capacidade contributiva. O limite quantitativo das compensações de apenas 30% da monta do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, inaugurado pelos arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981/95, posteriormente veiculado nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.065/95, encontra motivação na garantia de arrecadação mínima, pressupondo e tendo como basilar premissa a continuidade das atividades das entidades, de modo a não tolher ou reduzir esse direito dos contribuintes. Quando tal limitação é aplicada à tributação das pessoas jurídicas extintas por cisão, fusão ou incorporação, desrespeita-se tal axioma considerado pelo Legislador, dando margem a oneração fiscal de patrimônio ao invés de renda. Sob pena de conflito e violação ao art. 43 do CTN, a trava de 30% do lucro tributável na compensação dos resultados negativos não pode ser imposta a empresa extinta, inclusive por evento de cisão, fusão ou incorporação, também se assegurando, assim, a observância sistemática e racional das demais normas legais que estabelecem os limites e informam a tributação sobre a renda.

- defende a inaplicabilidade da “trava de 30%” no caso de extinção da empresa incorporada porque essa circunstância implicaria também na extinção do seu direito de aproveitamento do prejuízo acumulado vedação essa que foi não “foi objeto da legislação que impôs referido limite, uma vez que tal limitação tem como pressuposto a continuidade das atividades do contribuinte”;
- alega que não há como se falar em aproveitamento dos prejuízos fiscais para redução da base de cálculo do IRPJ nos anos seguintes, justamente porque aquela sociedade encerrará suas atividades e, conseqüentemente, não auferirá lucro, contra o qual poderá compensar o prejuízo acumulado, até porque esse prejuízo não poderia ser transmitido à sociedade incorporadora, consoante dispõe o art. 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87 e o art. 207, inciso III, do Decreto nº 3.000/99;
- o entendimento defendido pelo acórdão recorrido, é contrário a diversos precedentes do CARF, que reconheceu a possibilidade utilização do prejuízo fiscal acumulado excedendo o limite de 30% quando da extinção da sociedade, inclusive no caso de incorporação. Cita os seguintes julgados: ac. nº 108-07.456, de 02/07/2003 e ac. nº 101-96.509, de 22/01/2008 (Brasil, 2021a).

O relator, conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, defendeu a literalidade da legislação que rege a matéria, *não havendo qualquer previsão no sentido de sua limitação em caso de extinção da pessoa jurídica*. Até porque, em sua visão, quando o legislador quis excepcionar a referida previsão o fez de forma expressa, a exemplo do art. 470<sup>8</sup> e do art. 512<sup>9</sup>, ambos do RIR/1999. Traz ainda à colação, excerto do voto de lavra do ex-conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior, proferido no acórdão nº 9101-001.337, 26/04/2012, em que, entre outros argumentos, pontua que se a compensação de prejuízos é pressuposto necessário para a conformação do conceito de renda: *a legislação do IRPJ que vigorou até a entrada em vigor da Lei nº 154/47 teria ofendido o conceito de renda e chegaríamos à absurda conclusão de que, até essa data, tributou-se, no Brasil, outra base que não a renda*.

Com o devido acatamento, deve-se apenas recordar que referida legislação é anterior à Constituição de 1988, não se podendo afirmar que o referido regime teria suportado um controle de constitucionalidade à luz do atual ordenamento jurídico. Embora a interpretação histórica

---

<sup>8</sup> Art. 470. Às empresas industriais titulares de Programas Especiais de Exportação aprovados até 3 de junho de 1993, pela Comissão para Concessão de Benefícios Fiscais a Programas Especiais de Exportação - Comissão BEFIEIX, poderão ser concedidos os seguintes benefícios, nas condições fixadas em regulamento (Decreto-Lei nº 2.433, de 1988, art. 8º, incisos III e V, e Lei nº 8.661, de 1993, art. 8º): I - compensação de prejuízo fiscal verificado em um período de apuração com o lucro real determinado nos seis anos-calendário subsequentes independentemente da distribuição dos lucros ou dividendos a seus sócios ou acionistas, não estando submetida ao limite estabelecido no art. 510 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 95, e Lei nº 9.065, de 1995, art. 1º); II - depreciação acelerada das máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos novos, de produção nacional, utilizados no processo de produção e em atividades de desenvolvimento tecnológico industrial, observado o disposto nos arts. 313 e 322. § 1º A depreciação acelerada de que trata este artigo será calculada mediante a aplicação de cinquenta por cento da taxa de depreciação usualmente admitida, sem prejuízo da depreciação normal, das máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos, novos, de produção nacional, utilizados no processo de produção, ou em atividades de desenvolvimento tecnológico industrial (Decreto-Lei nº 2.433, de 1988, art. 8º, inciso V, e Lei nº 7.988, de 1989, art. 1º, inciso IV). § 2º Os benefícios previstos neste artigo serão assegurados durante a vigência do respectivo programa (Decreto-Lei nº 2.433, de 1988, art. 12). § 3º Consideram-se de fabricação nacional os bens de capital e de alta tecnologia com índices mínimos de nacionalização fixados, a nível nacional, pelo Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo (Decreto-Lei nº 2.433, de 1988, art. 16).

<sup>9</sup> Art. 512. O prejuízo apurado pela pessoa jurídica que explorar atividade rural poderá ser compensado com o resultado positivo obtido em períodos de apuração posteriores, não se lhe aplicando o limite previsto no **caput** do art. 510 (Brasil, 1990).

seja ferramenta útil, não deve ser a única. O referido voto chama atenção, ainda, para o fato de a legislação do IRPF não autorizar que a pessoa física que tenha mais despesas médicas do que rendimento em um ano leve o seu decréscimo patrimonial para ser compensado no ano seguinte. Embora a assertiva seja verdadeira, não convence, podendo muito bem o intérprete sustentar que, na verdade, é a legislação do IRPF maculada por inconstitucionalidade por omissão.

Defende-se: primeiro, que a renda é o acréscimo patrimonial dentro do período de apuração definido em lei; segundo, a compensação de prejuízo poderia ser totalmente desautorizada pelo legislador ordinário, pois não haveria ofensa ao conceito de renda (art. 43 do CTN). Com o devido acatamento, não é possível concordar com o referido posicionamento, conforme críticas realizadas alhures. Isso porque a periodicidade, para fins de apuração do imposto, é mera técnica de viabilidade, não podendo, entretanto, conformar a sua materialidade.

Por fim, cita precedente da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - REsp nº 1.805.925/SP, de 23/06/2020, na mesma linha das razões de decidir de seu voto, quando a Corte Cidadã assentou que a trava de 30% para o aproveitamento de prejuízos fiscais ou da base de cálculo negativa da CSLL aplicar-se-ia também aos casos em que houver a extinção da empresa<sup>10</sup>.

Em voto divergente, o ex-conselheiro Caio Quintella sustenta que *quando do julgamento desse RE nº 591.340-SP e fixação do Tema 117, não foi abordada e tampouco resolvida a questão da constitucionalidade da trava de 30% quando aplicada à pessoa jurídica no período de sua extinção, inclusive por cisão, fusão e incorporação*, para indicar não estar vinculado ao precedente do STF e para justificar o *distinguishing* em relação àquele julgamento. Nesse cenário, sustenta que:

não se está diante de regulamentação da concessão de benefício fiscal, mas, sim, de mera medida de diferimento do direito de aproveitamento dos resultados negativos, efetivamente verificados e plenamente compensáveis para uma adequada tributação da renda, como medida de garantir ao Erário federal valores mínimos de arrecadação

---

<sup>10</sup> TRIBUTÁRIO. EMPRESA EXTINTA POR INCORPORAÇÃO. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. NATUREZA JURÍDICA. BENEFÍCIO FISCAL. LIMITAÇÃO DE 30%. AMPLIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A legislação do IRPJ e da CSLL permite que eventuais prejuízos fiscais apurados em períodos anteriores sejam compensados com os lucros apurados posteriormente, estabelecendo que a referida compensação é limitada a 30% (trinta por cento) do lucro real, por ano-calendário. 2. O STF considerou que a natureza jurídica da compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL é de benefício fiscal, decidindo pela constitucionalidade da lei que impôs o limite de 30% (trinta por cento) para que (a compensação) pudesse ser efetivada. 3. Inexiste permissão legal para que, em caso de extinção da empresa por incorporação, os seus prejuízos fiscais sejam compensados sem qualquer limitação. 4. No direito tributário, ramo do direito público, a relação jurídica só pode decorrer de norma positiva, sendo certo que o silêncio da lei não cria direitos nem para o contribuinte nem para o Fisco e, sendo a compensação um benefício fiscal, a interpretação deve ser restritiva, não se podendo ampliar o sentido da lei nem o seu significado, nos termos do art. 111 do Código Tributário Nacional. 5. Havendo norma expressa que limita a compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e bases de cálculo negativas da CSLL a 30% (trinta por cento) do lucro líquido ajustado do exercício em que se der a compensação, sem nenhuma ressalva à possibilidade de compensação acima desse limite nos casos de extinção da empresa, não pode o Judiciário se substituir ao legislador e, fazendo uma interpretação extensiva da legislação tributária, ampliar a fruição de um benefício fiscal. 6. Recurso especial da Fazenda Nacional provido (Brasil, 2020).

dos tributos em cada período - apresentando, por consequência, uma razão de existir relacionada às ciências das Finanças Públicas e não ao ramo do Direito Tributário (Brasil, 2020).

O que, inclusive, estaria amparado na exposição de motivos da MP nº 998/05, convertida na controversa Lei nº 9.065/95<sup>11</sup>, que adota como premissa a continuidade das operações do contribuinte, sob o risco de tributação do patrimônio, e não da renda – que é a hipótese correta de incidência para esse imposto, conforme delimitação constitucional. Com o empate entre conselheiros do Fisco e do Contribuinte, o desempate acabou favorecendo esse último por força expressa do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002.

## 5.2 Caso Novelis do Brasil (acórdão nº 9101-005.794)<sup>12</sup>

Nesse caso, que também tratou de aplicação da trava de 30% na extinção de pessoa jurídica, o relator, Conselheiro Alexandre Evaristo, inicia seu voto demonstrando a divergência entre esse caso e o julgado pelo STF em repercussão geral. Chama ainda atenção para o fato de que,

[...] diversamente do que havia sido feito no julgamento do Recurso Extraordinário 344.994/PR em que constou expressamente da ementa a suposta qualificação da trava como benefício fiscal, o mesmo não ocorreu quando do julgamento em repercussão geral, indicando que a assertiva não pode ser considerada mais que *obiter dictum* [...] (Brasil, 2021b).

Assim, não pode vincular o entendimento do CARF. O Conselheiro ainda evidencia que a legislação societária é explícita quanto à impossibilidade de “[...] resultado positivo sem consideração de prejuízos anteriores, vedando expressamente a distribuição de lucro de um período sem a consideração (absorção) dos prejuízos acumulados [...]”, nos termos do art. 189, da Lei nº 6.404/74<sup>13</sup>. E mais,

[...] da mesma forma que a empresa só pode distribuir lucro aos seus acionistas após a dedução dos prejuízos acumulados e a provisão para o IRPJ [...] a compensação de prejuízos fiscais vem preservar o capital social da sociedade. Pois, se os lucros fossem distribuídos antes da apuração dos prejuízos, o capital da sociedade tenderia a ser

---

<sup>11</sup> Arts. 15 e 16 do Projeto: decorrem de Emenda do Relator, para restabelecer o direito à compensação de prejuízos, embora com as limitações impostas pela Medida Provisória nº 812/94 (Lei nº 8.981/95). Ocorre hoje *vacatio legis* em relação à matéria. A limitação de 30% garante uma parcela expressiva da arrecadação, sem retirar do contribuinte o direito de compensar, até integralmente, em um mesmo ano, se essa compensação não ultrapassar o valor do resultado positivo.

<sup>12</sup> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2004 COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS IRPJ, DECLARAÇÃO FINAL. NÃO APLICAÇÃO DA LIMITAÇÃO DE 30% NA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS. O prejuízo fiscal apurado poderá ser compensado integralmente com o lucro real no encerramento das atividades da empresa, inclusive por incorporação.

<sup>13</sup> Art. 189. Do resultado do exercício serão deduzidos, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o Imposto sobre a Renda. Parágrafo único. o prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem.

consumido até sua insolvência e não haveria de ser diferente em se tratando de tributação (Brasil, 2021b).

Adota ele, ainda, a premissa de continuidade da pessoa jurídica, conforme tem se defendido, o que encontraria respaldo nas leis tributárias e nos normativos contábeis que regem a matéria. Com efeito, a periodização serviria para viabilizar a apuração do lucro e alocação contábil intertemporal, em consonância com o princípio de competência, e possibilite a comparação do seu desempenho, ao longo dos períodos que, na verdade, são interligados. Para ele, o lucro societário somente é verificado após a compensação dos prejuízos dos exercícios anteriores, de modo que o lucro real que parte do lucro contábil é nitidamente afetado pela compensação dos prejuízos.

Nesse processo, apresentaram declaração de voto os Conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Caio Cesar Nader Quintella, reiterando os votos proferidos no acórdão nº 9101-005.728, já analisado acima. Verifica-se, assim, que, além dos argumentos jurídicos levantados pelo ex-conselheiro Caio Quintella, há fortes fundamentos na perspectiva do direito societário e da contabilidade para respaldar a conclusão de que a premissa da regra de limitação de prejuízos fiscais é a continuidade da empresa. Sendo assim, não se pode aplicar tal limitação nas hipóteses de extinção da pessoa jurídica, sob o risco de tributação de patrimônio, ao arrepio da competência constitucional para tributar a renda.

Da mesma forma que o julgado anterior e com o empate entre conselheiros do Fisco e do Contribuinte, o desempate acabou favorecendo esse último por força expressa do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002.

## **6 Julgamentos recentes sobre o tema pela CSRF sem a aplicação do art. 19-e da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, ou com aplicação do voto de qualidade favorável à fazenda nacional**

### **6.1 Caso AES Tietê Energia S.A. (acórdão nº 9101-006.183)<sup>14</sup>**

Recorde-se, também, o processo nº 19515.005446/2009-03, no qual a CSRF analisou a aplicabilidade da trava de 30% para aproveitamento de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL no momento da extinção da empresa AES Tietê Energia S.A.

---

<sup>14</sup> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Exercício: 2007 INCORPORAÇÃO. LIMITAÇÃO DE 30% NA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXCEPCIONANDO A REGRA GERAL. O prejuízo fiscal apurado poderá ser compensado integralmente com o lucro real no encerramento das atividades da empresa. CSLL E IRPJ. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. MESMA DECISÃO. Quando os ajustes relativos ao IRPJ e à CSLL tiverem origem nos mesmos fatos, há de ser dada a mesma decisão, ressalvados os aspectos específicos inerentes à legislação de cada tributo.

Reforça-se que, diferentemente dos casos anteriormente relatados, o acórdão foi prolatado sob uma nova composição da 1ª Turma da CSRF, de modo que o posicionamento defendido pelo contribuinte foi confirmado por maioria de 5 votos contra 3, tornando-se o primeiro por maioria acerca do tema (Branco, 2022), conforme ementa: “O prejuízo fiscal apurado poderá ser compensado integralmente com o lucro real no encerramento das atividades da empresa” (Brasil, 2022a).

Nesse caso, de relatoria do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, a conselheira Edeli Bessa abriu divergência, indicando que o Superior Tribunal de Justiça em duas oportunidades decidiu pela aplicabilidade da trava no momento da extinção (REsp 1.805.925/SP e REsp 1.925.025).

Mesmo assim, a jurisdição exercida por aquela 1ª Turma da CSRF prevaleceu no sentido de manter afastada a trava dos 30%, nessa mesma hipótese.

## 6.2 Caso Empreendimentos Barbo LTDA (acórdão nº 9101-006.185)<sup>15</sup>

Nesse caso, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (1ª Turma) conheceu do Recurso Especial do contribuinte e, no mérito, deu parcial provimento à pretensão recursal, reconhecendo que: “A pessoa jurídica extinta pode compensar, por ocasião do balanço de encerramento de suas atividades, o saldo de prejuízos fiscais acumulados sem a imposição do limite de 30%” (Brasil, 2022b). Esse entendimento foi baseado no voto condutor do Relator, Consel. Luis Henrique Marotti Toselli, que assim se pronunciou, considerando, também, a decisão do STF já anteriormente analisada:

Como se percebe, o STF, naquela oportunidade, julgou constitucional “apenas” a regra geral da trava de 30%, permanecendo a aplicação deste limite legal aos casos de extinção da pessoa jurídica, inclusive por incorporação, cisão ou fusão, matéria não afetada pela mencionada decisão vinculante. E diferentemente do que ocorreu na análise do RE nº 344.994/PR - em que constou expressamente da ementa a suposta qualificação da trava como benefício fiscal - o mesmo não ocorreu no julgado sob a sistemática de repercussão geral, fato este que também assinala que tal assertiva ainda é passível de questionamentos. Tanto é assim que o entendimento contrário à trava de 30% na hipótese de extinção da pessoa jurídica vem prevalecendo nas decisões mais recentes proferidas no âmbito desta E. 1ª Turma da CSRF, inclusive com a participação do presente Julgador, conforme atestam as ementas dos julgados abaixo [...] (2022b).

---

<sup>15</sup> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2007 EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. INAPLICABILIDADE DO LIMITE DE 30%. A pessoa jurídica extinta pode compensar, por ocasião do balanço de encerramento de suas atividades, o saldo de prejuízos fiscais acumulados sem a imposição do limite de 30%. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) Ano-calendário: 2007 EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EXTINTA. COMPENSAÇÃO DE BASES NEGATIVAS. INALICABILIDADE DO LIMITE DE 30%. A pessoa jurídica extinta pode compensar, por ocasião do balanço de encerramento de suas atividades, o saldo de bases negativas de CSLL acumuladas sem a imposição do limite de 30%.

Finalmente, votaram para negar provimento, os conselheiros os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Luiz Tadeu Matosinho Machado, ao passo que votou pelas conclusões a conselheira Livia de Carli Germano.

Em declaração de voto sobre o mesmo Acórdão, a Conselheira Edeli Pereira Bessa consignou:

As manifestações do Superior Tribunal de Justiça, portanto, não são dependentes da caracterização de operações para burla intencional do limite de compensação de prejuízos e bases negativas de CSLL, e assim expressam a interpretação das normas jurídicas aplicáveis a todas as pessoas jurídicas optantes pelo lucro real e beneficiadas pela possibilidade de redução de suas bases tributáveis em razão do insucesso passado de suas atividades. Logo, como sem nenhuma ressalva à possibilidade de compensação acima desse limite nos casos de extinção da empresa, não pode o Judiciário se substituir ao legislador [...] (Brasil, 2022b).

Assim, nesse entendimento majoritário da 1ª Turma da CSRF, não houve necessidade de aplicação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020. Contudo, reforce-se que o tema inspira reflexões e tem se alternado em relação a cada caso.

### 6.3 Caso Fratelli Vita Bebidas S.A. (acórdão nº 9101-006-452)<sup>16</sup>

Já nesse caso, mais recente (2023b), a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) conheceu por unanimidade o Recurso Especial protocolado pelo contribuinte, mas, no mérito, decidiu-se por voto de qualidade favorável à Fazenda Nacional. Naquele julgado, foram vencidos o(a)s conselheiro(a)s Livia de Carli Germano (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães da Fonseca, que votaram por dar provimento ao Recurso Especial.

O fundamento para o entendimento que prevaleceu no colegiado<sup>17</sup> pode ser observado no voto vencedor da Conselheira Edeli Pereira Bessa, que manteve o posicionamento já expressado em julgados anteriores no sentido da necessidade de observância da limitação de

---

<sup>16</sup> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2005 COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E DE BASE NEGATIVA. EVENTO DE INCORPORAÇÃO. LIMITAÇÃO DE 30%. Dispõe a legislação que na apuração do lucro tributável poderá haver o aproveitamento de prejuízo fiscal ou base negativa mediante compensação desde que obedecido o limite de trinta por cento sobre o lucro líquido. Eventual encerramento das atividades da empresa, em razão de eventos de transformação societária, como a incorporação, não implica em exceção ao dispositivo legal, a ponto que permitir aproveitamento de prejuízo fiscal ou base negativa acima do limite determinado. Precedentes da 1ª Turma da CSRF. Havendo norma expressa que limita a compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e bases de cálculo negativas da CSLL a 30% (trinta por cento) do lucro líquido ajustado do exercício em que se der a compensação, sem nenhuma ressalva à possibilidade de compensação acima desse limite nos casos de extinção da empresa, não pode o Judiciário se substituir ao legislador e, fazendo uma interpretação extensiva da legislação tributária, ampliar a fruição de um benefício fiscal. Precedentes da 1ª e da 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>17</sup> Dispositivo do Acórdão: “Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães da Fonseca que votaram por dar-lhe provimento. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa” (2023b).

30% para compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL (inclusive na hipótese de extinção de pessoas jurídicas):

As manifestações do Superior Tribunal de Justiça, portanto, não são dependentes da caracterização de operações para burla intencional do limite de compensação de prejuízos e bases negativas de CSLL, e assim expressam a interpretação das normas jurídicas aplicáveis a todas as pessoas jurídicas optantes pelo lucro real e beneficiadas pela possibilidade de redução de suas bases tributáveis em razão do insucesso passado de suas atividades. Logo, como sem nenhuma ressalva à possibilidade de compensação acima desse limite nos casos de extinção da empresa, não pode o Judiciário se substituir ao legislador [...] (Brasil, 2023b).

Por outro lado, o entendimento da Relatora, Livia de Carli Germano, caminhou pelo seguinte sentido:

Assim, ao contrário do que, com a devida vênia, se concluiu em alguns julgados mais recentes do STJ, não se está criando direitos para o contribuinte no silêncio da lei, mas apenas aplicando a lei ao caso concreto. A compensação de prejuízos é um benefício fiscal, mas, enquanto prevista na lei, é um direito garantido ao contribuinte, que não pode ser limitado a ponto de deixar de existir em um dado caso. Aplicar a trava de 30% ao caso de extinção da pessoa jurídica, isso sim, é interpretar a lei ao ponto ampliar o seu sentido e o seu significado, aplicando a restrição para além do que a norma previu, aniquilando por completo o direito à compensação de prejuízos próprios com lucros próprios em um dado caso concreto. Aí sim o intérprete está se substituindo ao legislador e fazendo uma interpretação extensiva da legislação tributária, ao arrepio do artigo 111, III, do CTN. Insista-se que a não aplicação da trava de 30% em caso de extinção por incorporação apenas viabiliza o aproveitamento de prejuízos próprios com lucros próprios da empresa extinta. E o que o artigo 33 do Decreto-Lei 2.341/1987 proíbe é a compensação de prejuízos de outrem (a sucedida), não a compensação de prejuízos próprios. Portanto, citado artigo 33 apenas reforça que, se a empresa não puder compensar todos os seus prejuízos com os seus lucros no momento da extinção, o direito à compensação de prejuízos, para ela, deixa de existir juntamente com o seu CNPJ (Brasil, 2023b).

Assim, como se pode perceber, com ou sem a adoção de regras específicas de votação (seja com a adoção do voto de qualidade, com a potencial entrada em vigor da MP 1.160/2023, seja pela aplicação ou não da art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020), pode-se esperar alternâncias decisórias a respeito do tema, com expectativa de alteração substancial dos resultados, a depender das circunstâncias do caso e das regras de votação adotadas no momento da decisão.

Ademais, havia, até recentemente, a tendência de que futuros julgados similares alcançassem maioria sobre esse entendimento da aplicação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020. A questão do desempate também seguiu em discussão com a Medida Provisória nº 1.160 de 2023, que reintroduziu a discussão com o voto de qualidade em favor da Fazenda Nacional, mas logo perdeu vigência.



No entanto, é importante ressaltar que relevantes mudanças são esperadas nessa questão, já que, nos últimos dias, foi aprovada e publicada a Lei nº 14.689 de 2023, que reestabeleceu o retorno do voto de qualidade favorável à Fazenda Nacional no âmbito do CARF<sup>18-19</sup>. Em outras palavras, a expectativa, portanto, é de que os casos que alcancem empate sejam desempatados em favor da Fazenda Nacional.

## 7 Considerações finais

A trava dos 30% é tema dos mais interessantes, cuja análise pode ser feita sob diversos espectros, a exemplo da discussão sob a ótica de sua constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) e, nesse aspecto, se a limitação de prejuízos decorrente de apuração periódica está em linha com a materialidade do imposto de renda e seus princípios orientadores.

Conforme assinalado de forma introdutória, também existem interessantes estudos que buscaram aferir os efeitos indutores, do ponto de vista macroeconômico, de uma regra jurídica que limita a compensação do prejuízo fiscal no âmbito da tributação da renda. Um estudioso poderia analisar a matéria também sob a perspectiva do direito comparado, para demonstrar as diversas aproximações possíveis de o poder legislativo adotar na conformação do imposto de renda, seja na perspectiva jurídico-tributária pura, seja na perspectiva do direito societário e da implementação das normas internacionais de contabilidade.

No presente trabalho, verificou-se que um julgamento do STF teve o potencial de alterar substancialmente a linha de posicionamento do CARF, ainda que não se tratasse de precedente vinculante, ou que não se tratasse especificamente do caso de extinção de pessoa jurídica.

A despeito disso, pode-se observar que a permanência de resultados favoráveis ao tema no âmbito de julgamentos administrativos deve depender de diferentes variáveis: (I) tratar o precedente da natureza jurídica da norma, qualificando-a como benefício fiscal; (II) ambiente favorável à tese no âmbito do contencioso administrativo, combinado com voto de qualidade em favor daquele posicionamento (até 2023); e, em alguns casos, (III) a possibilidade de se formar maioria em favor do contribuinte, sem necessidade do voto de desempate em seu favor.

---

<sup>18</sup> Art. 1º Os resultados dos julgamentos no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), na hipótese de empate na votação, serão proclamados na forma do disposto no § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, nos termos desta Lei.

<sup>19</sup> Decreto nº 70.235/1972, art. 25: § 9º Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade, e os cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 9º-A. Ficam excluídas as multas e cancelada a representação fiscal para os fins penais de que trata o art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na hipótese de julgamento de processo administrativo fiscal resolvido favoravelmente à Fazenda Pública pelo voto de qualidade previsto no § 9º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023).

Por outro lado, pode-se perceber, também, que pela compreensão de que a própria legislação indica a limitação da compensação de 30% em casos de extinção de pessoas jurídicas, a prevalência do voto de qualidade favorável à Fazenda Nacional também colabora para alterar o cenário analisado, tendência que pode ser uma constante dependendo das regras de votação adotadas em caso de empate.

Deve-se considerar, nesse aspecto, que a entrada em vigor da Lei nº 14689 de 2023 oferece nova tendência às discussões quando houver decisão por desempate, já que impõe o desempate favorável à Fazenda Nacional, o que deve também ocorrer com as discussões sobre a possibilidade de compensação de prejuízos fiscais.

Independentemente dessa variável, a presente situação revela que, a despeito de não possuírem efeitos vinculantes, as decisões proferidas nos tribunais superiores podem ser utilizadas como precedentes judiciais persuasivos para fundamentar os votos nos Conselhos Administrativos, devendo os tribunais superiores estarem atentos às suas fundamentações, ainda que posteriormente busquem tratá-las como *obiter dicta*. De qualquer forma, essa relevante discussão compele à evolução da jurisprudência administrativa que, de certo modo, também evidencia a tensão decorrente do critério de desempate, já que se podem alterar as conclusões da Corte a depender de sua composição.

Independente dessas peculiaridades e variáveis, o melhor caminho é o diálogo aberto e o labor técnico-jurídico de excelência, o que sempre foi característica elementar na análise dos casos concretos pelo CARF.

## Referências

ADAMY, P. O CARF como tribunal paritário. In: BEVILACQUA, L.; CECCONELLO, V. (coord.); PRZEPIORKA, M. (org.). **Tributação federal: jurisprudência do CARF em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 3-19.

ANDRADE, F. M. de. **A polêmica em torno do voto duplo: A inconstitucionalidade do voto de qualidade nas decisões do CARF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ÁVILA, H. **Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, M. Carf afasta trava de 30% em caso de empresa extinta por incorporação. **Jota**, 18 jul. 2022. Disponível em: [www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/carf-afasta-trava-de-30-em-caso-de-empresa-extinta-por-incorporacao-18072022](http://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/carf-afasta-trava-de-30-em-caso-de-empresa-extinta-por-incorporacao-18072022). Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990**. Altera a legislação do Imposto de Renda sobre o resultado da atividade rural, e dá outras providências. Brasília: Presidência da

República, 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8023.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8023.htm). Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.160, de 12 de janeiro de 2023. Dispõe sobre a proclamação do resultado do julgamento, na hipótese de empate na votação no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e sobre a conformidade tributária no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda e altera a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, para dispor sobre o contencioso administrativo fiscal de baixa complexidade. Vigência encerrada. Brasília: Presidência da República, 12 jan. 2023a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1160.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1160.htm). Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9101-005.728**. Compensação de prejuízos fiscais. Limitação. Trava de 30% do lucro tributável. Premissa de continuidade da atividade empresarial. Extinção. Incorporação. Desvio da tributação da renda. Oneração indevida do patrimônio. Inaplicabilidade. Brasília: CARF, 2021a. Disponível em: [velloza.com.br/wp-content/uploads/2021/11/9.-9101-005.728.pdf](https://velloza.com.br/wp-content/uploads/2021/11/9.-9101-005.728.pdf). Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9101-005.794**. Compensação de prejuízos IRPJ, declaração final. Não aplicação da limitação de 30% na compensação de prejuízos. Brasília: CARF, 2021b.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9101-006.183**. Incorporação. Limitação de 30% na compensação de prejuízos fiscais. Ausência de previsão legal excepcionando a regra geral. Brasília: CARF, 2022a.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9101-006.185**. Assunto: Imposto Sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ). Extinção da pessoa jurídica. Compensação de prejuízos fiscais. Inaplicabilidade do limite de 30%. Assunto: Contribuição Social Sobre o Lucro líquido (CSLL). Extinção da pessoa jurídica extinta. Compensação de bases negativas. Inaplicabilidade do limite de 30%. Brasília: CARF, 2022b.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9101-006.452**. Compensação de prejuízo fiscal e de base negativa. Evento de incorporação. Limitação de 30%. Brasília: CARF, 2023b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.805.925 - SP (2019/0087278-7)**. Tributário. Empresa extinta por incorporação. Compensação de prejuízos fiscais. Natureza jurídica. Benefício fiscal. Limitação de 30%. Ampliação. Impossibilidade. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator p/acórdão: Min. Gurgel de Faria, 23 de junho de 2020. Disponível em: [processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900872787&dt\\_publicacao=05/08/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900872787&dt_publicacao=05/08/2020). Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 591.340 São Paulo**. Tributário. Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Prejuízo. Compensação. Limite anual. Lei 8.981/1995, arts. 42 e 58. Lei 9.065/95, arts. 15 e 16. Constitucionalidade. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min.

Alexandre de Moraes, 27 de junho de 2019. Disponível em:  
[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751897755](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751897755).  
Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 344.994-0 Paraná**. Recurso Extraordinário. Tributário. Imposto de Renda. Dedução de prejuízos fiscais. Limitações. Artigos 42 e 58 da Lei n. 8.981/95. Constitucionalidade. Ausência de violação do disposto nos artigos 150, inciso III, alíneas “A” e “B”, e 5º, XXXVI, da Constituição do Brasil. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau, 25 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601625>. Acesso em: 16 jan. 2024.

CARRAZZA, R. A. **Imposto sobre a renda**: (perfil constitucional e temas específicos). São Paulo: Malheiros, 2009.

DA SILVA, A. J. P. *et al.* Trava de 30% na incorporação. *In*: DE SANTI, E. M. D. *et al.* (coord.). **Repertório analítico de jurisprudência do CARF**. São Paulo: Max Limonad, 2016. p. 339-340.

LEMGRUBER, A. A Tributação do capital: o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e o Imposto sobre Operações Financeiras. *In*: BIDERMAN, C.; ARVATE, P. (org.). **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

NETO, C. A. D. Compensação de prejuízos na extinção da PJ: pode o Carf derrotar regras? **Consultor Jurídico**, 18 maio 2022. Disponível em: [conjur.com.br/2022-mai-18/direto-carf-compensacao-prejuizos-fiscais-extincao-pj](http://conjur.com.br/2022-mai-18/direto-carf-compensacao-prejuizos-fiscais-extincao-pj). Acesso em: 15 jan. 2024.

OLIVEIRA, R. M. **Fundamentos do Imposto de Renda**, v. 2. São Paulo: IBDT, 2020a.

OLIVEIRA, R. M. de. Apresentação. *In*: BEVILACQUA, L.; CECCONELLO, V. (coord.); PRZEPIORKA, M. (org.). **Tributação federal**: jurisprudência do CARF em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020b. p. 3-19.

PINTO, A. E. Carf analisa compensação integral de prejuízos fiscais na incorporação. **Consultor Jurídico**, 8 dez. 2021. Disponível em: [conjur.com.br/2021-dez-08/direto-carf-compensacao-integral-prejuizos-fiscais-incorporacao](http://conjur.com.br/2021-dez-08/direto-carf-compensacao-integral-prejuizos-fiscais-incorporacao). Acesso em: 25 jul. 2022.

PRZEPIORKA, M. *et al.* O voto de qualidade e a macrolitigância fiscal. **Jota**, 13 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-voto-de-qualidade-e-a-macrolitigancia-fiscal-13072021>. Acesso em: 25 jul. 2022.

PRZEPIORKA, M.; BRANCO, L. O. de A. Repercussões práticas da limitação do voto de qualidade no CARF. **Revista de Direitos Fundamentais e Tributação**, v. 1, n. 4, 2021. Disponível em: [rdft.com.br/revista/article/view/47/32](http://rdft.com.br/revista/article/view/47/32). Acesso em: 25 jul. 2022.

PRZEPIORKA, M.; MALPIGHI, C. C. S. A evolução jurisprudencial do CARF e a trava do 30% em caso de extinção da pessoa jurídica. *In*: BEVILACQUA, L.; CECCONELLO, V. (coord.); PRZEPIORKA, M. (org.). **Tributação federal**: jurisprudência do CARF em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 3-19. Disponível em:

bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/150072/  
tributacao\_federal\_jurisprudencia\_bevilacqua.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

PRZEPIORKA, M.; MALPIGHI, C. C. S.; TEODOROVICZ, J. Tendências jurisprudenciais do CARF e a “trava do 30%” em caso de extinção da pessoa jurídica. *In*: DONIAK JUNIOR, J.; LYRA, P. B. J. (coord.). **100 anos de IR no Brasil**: estudos variados. São Paulo: Quartier Latin, 2023 (no prelo).

RODAS, S. Plenário do Supremo forma maioria para validar fim do voto de qualidade no Carf. **Consultor Jurídico**, 24 mar. 2022. Disponível em: [conjur.com.br/2022-mar-24/supremo-forma-maioria-validar-fim-voto-qualidade-carf](http://conjur.com.br/2022-mar-24/supremo-forma-maioria-validar-fim-voto-qualidade-carf). Acesso em: 8 nov. 2022.

ROVER, T. Cerca de 70 ações discutem no Judiciário voto de qualidade no Carf. **Consultor Jurídico**, 13 abr. 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-abr-13/cerca-70-acoes-discutem-judiciario-voto-qualidade-carf](http://www.conjur.com.br/2018-abr-13/cerca-70-acoes-discutem-judiciario-voto-qualidade-carf). Acesso em: 25 jul. 2022.

SCHOUERI, L. E. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. *In*: ZILVETI, F. A.; FAJERSTAJN, B.; SILVEIRA, R. M. da (coord.). **Direito tributário** — princípio da realização no Imposto sobre a Renda — estudo em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019, p. 23.

SCHOUERI, L. E. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. *In*: MOSQUEIRA, R. Q.; LOPES, A. B. (coord.) **Controvérsias jurídico-contábeis**: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2010.

# TRIBUTAÇÃO SOBRE *CLOUD COMPUTING* E OS TRATADOS BRASILEIROS CONTRA A DUPLA TRIBUTAÇÃO DE RENDA

## TAXATION OF *CLOUD COMPUTING* AND THE BRAZILIAN TREATIES AGAINST DOUBLE TAXATION OF INCOME

### TRIBUTACIÓN SOBRE *CLOUD COMPUTING* Y LOS TRATADOS BRASILEÑOS CONTRA LA DOBLE TRIBUTACIÓN DE LA RENTA

Gilson Pacheco Bonfim<sup>1</sup>  
Leonardo da Silva Sant'Anna<sup>2</sup>

#### Resumo

O presente artigo objetiva analisar a compatibilidade da retenção de imposto de renda sobre remessas ao exterior para pagamento de atividades de *cloud computing*, nos casos de existência de tratado firmado pelo Brasil para evitar a bitributação de renda. Para tanto, a investigação busca identificar a natureza jurídica das operações envolvendo computação na nuvem, bem como os objetivos, contexto e legitimidade da política fiscal internacional brasileira, especialmente no que tange à taxação em território brasileiro de valores remetidos ao exterior como *royalties* ou remuneração de serviços técnicos. A pesquisa utiliza a revisão da literatura especializada (revisão bibliográfica) e de documentos (Tratados, Convenções Modelos etc.), servindo-se das metodologias dedutiva-hipotética e explicativa, com abordagem qualitativa dos dados examinados. Constatou-se que 1) a política fiscal internacional brasileira, que busca reter poderes tributários, taxando os recursos produzidos no território nacional, além de legítima, é adotada por diversos países em desenvolvimento; 2) os pagamentos envolvendo contratos de *cloud computing* referentes a provedores situados no estrangeiro poderão ser tributados no território nacional, quando puderem ser enquadrados nos conceitos de *royalties* ou de serviços técnicos/assistência técnica previstos nos compromissos firmados pelo país.

**Palavras-chave:** tributação; computação na nuvem; *royalties*; tratados.

#### Abstract

This paper intends to analyze the compatibility of withholding income tax on remittances sent abroad for cloud computing activities, in cases where Brazil has signed treaties to avoid double taxation. The research aims to identify the legal nature of operations involving cloud computing, together with the objectives, contexts and legitimacy of Brazil's international tax policy, especially the taxation on Brazilian territory of values sent abroad as royalties or payments for technical services. The study conducts bibliographical research on specialized literature (literature review) and documents (treaties, model conventions, etc.), using a deductive-hypothetical methodology, with a qualitative approach to the data. The results were: 1) the Brazilian international tax policy — which seeks to maintain its taxing powers by taxing the resources produced on its national territory —, being legitimate, is adopted by many countries in development; 2) the payments associated with contracts for cloud computing activities related to international providers can be taxed on Brazilian territory when considered as royalties or as technical service/assistance, as provided by the treaties signed by the country.

**Keywords:** tax law; cloud computing; royalties; treaties.

#### Resumen

El presente artículo objetiva analizar la compatibilidad de la retención de impuesto a la renta sobre envíos al exterior para pago de actividades de *cloud computing*, en los casos de existencia de tratado firmado por Brasil para evitar la doble tributación de la renta. Para tanto, la investigación busca identificar la naturaleza jurídica de las operaciones que involucran computación en la nube, así como los objetivos, contexto y legitimidad de la política fiscal internacional brasileña, especialmente en lo que atañe a la tributación en territorio brasileño de valores

<sup>1</sup> Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

remetidos al exterior como *royalties* o remuneración de servicios técnicos. La investigación utiliza la revisión de la literatura especializada (revisión bibliográfica) y de documentos (Tratados, Convenciones Modelo, etc.), sirviéndose de las metodologías deductiva-hipotética y explicativa, con enfoque cualitativo de los datos examinados. Se constató que 1) la política fiscal internacional brasileña, que busca retener poderes tributarios, tributando los recursos producidos en el territorio nacional, además de legítima, es adoptada por diversos países en vías desarrollo; 2) los pagos que involucran contratos de *cloud computing* referentes a proveedores situados en el extranjero podrán ser tributados en el territorio nacional, cuando se encuadren en los conceptos de *royalties* o de servicios técnicos/asistencia técnica previstos en los compromisos firmados por el país.

**Palabras clave:** tributación; computación en la nube; *royalties*; tratados.

## 1 Introdução

O avanço tecnológico das últimas décadas tem contribuído para a construção de um modelo econômico mais e mais globalizado e sem fronteiras, fato que tem gerado reflexões sobre as políticas fiscais e as respectivas implicações tributárias para as empresas, cidadãos e países envolvidos. Nessas circunstâncias, os tratados internacionais têm ganhado destaque nas discussões de tributação internacional, figurando como principal meio de divisão de competências tributárias entre os países envolvidos.

Inserida em um ambiente de grandes avanços tecnológicos e de aumento da importância das discussões plurilaterais, a computação em nuvem (*cloud computing*) ocupa lugar significativo nesse cenário, pois permite a construção de negócios mais eficientes, menos custosos e, muitas vezes, transnacionais. Também em razão disso, essa espécie de operação acaba despertando muitas dúvidas e incertezas no campo jurídico, mormente quanto à competência tributária dos países envolvidos nas transações multinacionais.

Sem desconsiderar a relevância de outras discussões envolvendo esse tipo de negócio, o presente trabalho pretende analisar a legitimidade da retenção na fonte do imposto de renda sobre remessas ao exterior para pagamentos de contratos de *cloud computing*, quando os valores forem destinados a países com os quais o Brasil tenha firmado convenção para evitar a dupla taxação da renda. Com esse intuito, a pesquisa fará uma revisão de documentos e da literatura especializada sobre o tema, servindo-se das metodologias dedutiva-hipotética e explicativa, com abordagem qualitativa dos dados.

Após uma breve conceituação e exposição das espécies de computação na nuvem, bem como sua importância no contexto da economia digital, o estudo se dedica a examinar a natureza jurídica dessas operações, com base nas previsões constantes da LC nº 116/2003, bem como em recentes julgados do STF envolvendo atividades enquadráveis ou não como “prestação de serviços de qualquer natureza”, aptos a autorizar a incidência de ISS (imposto sobre serviços).

Verificada a natureza jurídica do *cloud computing*, o presente ensaio se concentra em examinar a conjuntura e os objetivos da política fiscal internacional brasileira, em relação à

retenção na fonte de imposto de renda sobre remessas ao exterior para pagamento de *royalties*, serviços técnicos ou de assistência técnica.

Por último, a presente investigação se propõe a averiguar se as transações envolvendo a “nuvem” podem ser rotuladas como serviços técnicos ou de assistência técnica, bem como sua correta qualificação no âmbito dos tratados firmados pelo Brasil (*royalties* e/ou rendimentos equiparados ou lucros das empresas) e as consequências que daí derivam.

Não será objeto de pesquisa a questão da existência ou não de estabelecimento permanente da empresa estrangeira em território brasileiro, em virtude das limitações de espaço e do escopo do presente estudo. Ao final, são apresentados os resultados e as conclusões.

## 2 Definição de *cloud computing* e sua relevância no ambiente econômico atual

A expressão Economia Digital é bastante utilizada para fazer referência às atividades econômicas que são desenvolvidas com uso da tecnologia digital. Posta em um contexto de desmaterialização das relações econômicas e sociais, esse novo modelo caracteriza-se por transações em que a ação humana e a presença no local onde a tarefa é realizada são cada vez menos importantes (Faria; Maitto; Monteiro, 2018). A economia tradicional, predominantemente baseada em um paradigma alicerçado em bens, mercadorias ou tangíveis, vai sendo suplantada por sistema baseado em serviços, funcionalidades e intangíveis<sup>3</sup>.

A tecnologia denominada *cloud computing* ocupa lugar de destaque nesse novo cenário. Com efeito, enquanto em um passado relativamente recente, pessoas físicas e jurídicas buscavam a aquisição de programas de computador (*softwares*) e de máquinas com alta capacidade de armazenamento e de processamento de dados (*hardware*), na atualidade, há uma clara tendência de terceirização de determinadas atividades, com redimensionamento de espaço físico e dispensa de aquisição de equipamentos e/ou programas que rapidamente se tornam obsoletos ou que demandam constante atualização. Claramente, muitas dessas mudanças têm relação direta com essa funcionalidade tecnológica.

Uma das mais conhecidas definições de *cloud computing* é da **NIST** (*National Institute of Standards and Technology*), agência de tecnologia do Departamento de Comércio dos Estados Unidos: uma espécie de negócio que permite o acesso a uma rede compartilhada de recursos configuráveis e sob demanda, que podem ser rapidamente provisionados e liberados com o mínimo esforço de gerenciamento ou interação do provedor de serviços (NIST, 2011).

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar a precisa observação da professora Rita de La Feria, que pontua que “a economia digital” está deixando de ser “uma parte da economia”, para se tornar “a própria economia real”. A digitalização da economia, segundo a professora, é irreversível (Taxjournal, 2017).



O usuário não instala o programa em seu computador, tampouco precisa de infraestrutura própria, acessando o *hardware* ou o *software*, que se encontra disponibilizado na “nuvem”, pela da internet e por qualquer dispositivo, *smartphone*, *tablet*, computador etc. (Rolim; Lara, 2018). É uma alternativa aos padrões tradicionais de armazenamento, acesso e/ou desenvolvimento de *softwares* e dados, possibilitando a utilização compartilhada de recursos físicos e virtuais (como servidores e aplicativos), disponibilizados on-line de forma padronizada ou configurados sob demanda (Neto; Paro, 2018).

Essa tecnologia produz uma redução drástica de custos, pois dispensa investimentos para aquisição de servidores, sistemas operacionais, estrutura de rede, banco de dados, espaço físico e outros equipamentos de *hardware* e *software*, além de outras despesas, tais como, energia elétrica, por exemplo<sup>4</sup>. Além disso, a *computação em nuvem* permite que as empresas passem a se preocupar quase que exclusivamente com seu *core business* (negócio principal), sem correr risco de superdimensionamento ou subdimensionamento de infraestrutura para a atividade essencial (Brandão Júnior; Piscitelli, 2020).

Os três tipos de “nuvem” são: 1) *Infrastructure as a service - IaaS* – Infraestrutura como um serviço; 2) *Plataform as a service – PaaS* – Plataforma como um serviço; 3) *Software as a service – SaaS* – *Software* como um serviço.

Na primeira modalidade, *IaaS*, o provedor disponibiliza ao interessado uma infraestrutura tecnológica, *hardware* (servidores, armazenamento, cabeamento, ar-condicionado para resfriamento de maquinário, redes etc.) ou recursos computacionais brutos de armazenamento, processamento, comunicação de rede e outros, nos quais o usuário pode instalar e executar *softwares* em geral (Tamanaha, 2020). A grande vantagem para os contratantes desse serviço é a terceirização da infraestrutura de informática, com a eliminação do custo de aquisição e manutenção de equipamentos, que passam a ser utilizados pelo acesso virtual (Brandão Júnior *et al.*, 2020).

No segundo tipo, *PaaS*, o prestador fornece soluções computacionais, como linguagens de programação, bibliotecas virtuais, serviços e ferramentas de suporte ao desenvolvimento de aplicações, para que o usuário possa, na infraestrutura da nuvem, implementar, desenvolver e/ou testar aplicativos e *softwares* criados ou adquiridos por ele (Tamanaha, 2020). Trata-se de funcionalidade destinada a usuários empresariais, mais adequada para desenvolvedores de *softwares* ou provedores de serviços.

---

<sup>4</sup> Na mesma linha, Antônio Gilson Aragão de Carvalho (2021) ressalta que um dos resultados ou consequências desse novo desenho é um alto grau de automação e consolidação dos meios preexistentes, com a consequente redução de custos de manutenção, somada à entrega de novos recursos. Como a infraestrutura está disponível pela internet, essa funcionalidade permite o acesso a um extraordinário poder de computação e serviços, de qualquer lugar e a qualquer tempo.

A última e mais difundida espécie de *cloud computing* é o *software* como um serviço — *SaaS*. Nessa hipótese, o usuário acessa e faz uso do *software* virtualmente, sem a necessidade de *download* do programa (Neto; Paro, 2018). Vale ressaltar que o usuário não instala o programa em seu computador ou em outro dispositivo, mas apenas o utiliza por meio de qualquer aparelho com acesso à internet.

### 3 Natureza jurídica das operações ou contratos envolvendo *cloud computing*

A constante evolução tecnológica traz incertezas e riscos aos negócios jurídicos. Sem que o legislador consiga acompanhar as mudanças impostas pela Economia Digital, a computação em nuvem tem sido uma das transações que mais desperta dúvidas, inclusive no campo tributário. Dentre as incertezas e a falta de segurança, o caráter ou a natureza dos rendimentos desse tipo de atividade é um dos pontos mais críticos (Uchôa Filho; Basilio, 2018).

A disponibilização de utilidades, por meio das espécies de “nuvem”, tem sido qualificada, tradicionalmente, no âmbito das legislações internas de cada um dos países, como; a) serviço; b) arrendamento de propriedade tangível; c) venda de propriedade tangível; d) licenciamento de um ativo intangível (Gomes; Gomes, 2020).

Embora o foco do presente trabalho não seja a análise de impostos indiretos (ICMS — imposto sobre circulação de mercadorias — *versus* ISS — imposto sobre serviços) sobre *cloud computing*, a verificação da natureza jurídica desses contratos é relevante na investigação que o texto se dispõe a fazer, qual seja: da legitimidade ou não da incidência de imposto de renda retido na fonte sobre remessas ao exterior para remuneração dessas transações<sup>5</sup>.

Nesse contexto, sem desconsiderar que o caso concreto pode ostentar peculiaridades que apresentem distinções das espécies de “nuvem” mais comuns (fato que torna obrigatória a análise casuística dos acordos, direitos e obrigações envolvidos), é possível afirmar que, no Brasil, em regra, as operações envolvendo essas funcionalidades devem ser identificadas como prestação de serviços, mormente diante das previsões constantes da LC nº 116/03.

No que tange ao *IaaS*, é razoável afirmar que as atividades de disponibilização de infraestrutura de *hardware* (servidores, armazenamento, cabeamento, ar-condicionado, redes etc.) ou recursos computacionais brutos de armazenamento, processamento, comunicação de rede e outros pelo prestador ao usuário podem ser enquadradas nos itens 1.03 e/ou 1.05 e/ou

---

<sup>5</sup> A despeito da Câmara dos Deputados ter aprovado recentemente a PEC nº 45/2019 (Reforma Tributária), que, no longo prazo, colocará fim às discussões entre ICMS e ISS, o debate sobre a incidência de um ou outro imposto (sobre determinado negócio) permanecerá relevante durante bastante tempo, pois a citada PEC possui algumas regras de transição que preveem que os tributos antigos (ISS e ICMS) continuarão em vigor durante alguns anos (ao lado das novas exações).

1.06 e/ou 1.07 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03<sup>6</sup>.

No modelo conhecido como *PaaS*, o provedor disponibiliza ao usuário soluções computacionais (softwares, plataforma de dados, serviços de informática e ferramentas de suporte etc.) para a implementação ou desenvolvimento (na infraestrutura da nuvem) de aplicativos ou *softwares*. Nesse caso, é evidente a condição de obrigação mista dessa funcionalidade, pois o negócio acordado busca uma utilidade final que não pode ser atingida sem a combinação das atividades de armazenamento e processamento de dados (item 1.03 da Lista da LC nº 116/03), cessão ou licenciamento do uso de programas de computador (item 1.05 da lista da LC nº 116/03), bem como suporte técnico em informática (item 1.07 da lista da LC nº 116/03)<sup>7</sup>.

Por sua vez, a espécie conhecida como *SaaS* caracteriza-se pelo fato de o usuário acessar e fazer uso do *software* sem *download* do programa. Essa hipótese se enquadra no item 1.05 da lista anexa da LC nº 116/03, configurando-se como prestação de serviço sujeita à incidência de ISS. Conquanto esse tipo de operação também envolva obrigações mistas, não se pode negar que há uma série de obrigações assumidas pelo provedor de *SaaS* sem as quais não seria possível que usuário pudesse acessar e utilizar o *software*. Assim, é legítima sua classificação como prestação de serviços e sua tributação pelo ISS (Lara, *et al.*, 2020)<sup>8</sup>.

Apesar de a Lei Complementar nº 116/03 ter previsão expressa de diversas atividades que se amoldam às espécies de *cloud computing*, não se pode deixar de analisar a posição do STF acerca do conteúdo e significado da expressão “prestação de serviços”. O tema tem sido objeto de muita controvérsia ao longo das últimas duas décadas. Nesse período, o STF teve oportunidade de examinar diferentes situações em que se discutia a inclusão de determinadas transações no “conceito” de “prestação de serviço” para os efeitos de ISS<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Lista anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003:

“1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres.

[...]

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

1.06 - Assessoria e consultoria em informática.

1.07 - Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados” (Brasil, 2003).

<sup>7</sup> É importante registrar a posição doutrinária que, a despeito de admitir que a contratação de *PaaS* configura prestação de serviços, entende que tal operação não seria passível de tributação por ISS, tendo em vista a ausência de previsão legal na LC nº 116/03, não sendo possível, segundo essa corrente, seu enquadramento nos itens 1.03 ou 1.05 da LC nº 116/03 (Lara *et al.*, 2020).

<sup>8</sup> No mesmo sentido, destacando que essa modalidade se enquadra nas recentes mudanças operadas pela LC nº 116/2003, bem como envolve diversas obrigações de fazer a cargo do provedor, que justificam a incidência do ISS, conferir Fernando Rocha, João Gabriel Rocha e Sofia Rocha (2021).

<sup>9</sup> Destaque-se, como exemplo: locações de bens móveis (RE nº 116.121); operações de *leasing* financeiro e *lease-back* (RE nº 592.905 e RE nº 547.245); transações envolvendo planos de saúde (RE nº 651.703); negócios envolvendo os contratos de franquia (RE nº 603.136); locação, sublocação e arrendamento de ferrovia, rodovia, postes, dutos, cabos e condutos (ADI nº 3.142); atividades com programas de computador ou *softwares* (RE nº 176.626, ADI nº 5.958 e ADI nº 5659).

Um dos capítulos mais importantes dessa história, sem dúvida, se deu na análise da incidência de ICMS ou ISS sobre *softwares*, no bojo da ADI nº 5.659<sup>10</sup>. Nessa ADI, discutiu-se a constitucionalidade da Lei Estadual que previa a cobrança de ICMS sobre *software*, embora a LC nº 116/2003 já tivesse previsão de ISS sobre essas atividades, na forma dos subitens 1.01, 1.02, 1.04, 1.05, 1.07 e 1.08 constantes da sua lista anexa<sup>11</sup>.

O precedente firmado na citada ADI tem especial relevância por dois motivos: 1) marcou uma mudança de posicionamento do STF com relação à exação que deveria incidir sobre transações envolvendo “*softwares*”, superando entendimento anterior (RE 176.626); 2) firmou premissas que podem ser utilizadas para análise dos casos envolvendo operações de *cloud computing* como um todo, em razão da existência de pontos de conexão entre as matérias.

O relator, ministro Dias Toffoli, entendeu que a distinção tradicional entre “*software de prateleira*” (padronizado) e “*software por encomenda*” (personalizado) não seria mais adequada para a definição da competência para a taxaçaõ dos negócios jurídicos de *licenciamento ou cessão do uso de programas de computador* em suas diversas modalidades. Igualmente, a tradicional distinção entre “obrigações de dar” e “obrigações de fazer” já não seria suficiente para resolver conflitos envolvendo ISS e ICMS, especialmente diante da existência de numerosos negócios jurídicos que envolvem obrigações mistas ou complexas<sup>12</sup>.

Em seu voto, o relator também fez significativa ressalva quanto ao papel da Lei Complementar como meio de resolução de conflitos de competência em matéria tributária (artigos 146, I, e 156, III, da CF/88). Segundo Toffoli, considerando que a LC nº 116/2003 passou a prever a incidência de ISS sobre o licenciamento/cessão de direito de uso de *software* (independente do programa ser padronizado ou customizado – *item 1.05*), afastando a distinção adotada pelo STF, não seria possível desconsiderar essa opção do legislador, que não teria ultrapassado o conceito constitucional de “serviços de qualquer natureza”.

Dias Toffoli consignou, outrossim, que, mesmo nas transações com *softwares padronizados*, há uma operação mista, envolvendo um “dar” e um “fazer”. A “obrigação de

---

<sup>10</sup> STF, ADI nº 5.659, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021.

<sup>11</sup> Lista anexa da LC nº 116/2003:

“1.01 – Análise e desenvolvimento de sistemas.

1.02 – Programação.

1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres.

1.04 - Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres.

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.

1.08 – Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas” (Brasil, 2003).

<sup>12</sup> STF, ADI nº 5.659, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021.

fazer” estaria presente no desenvolvimento do *software* e nas diversas funcionalidades que são disponibilizadas ao usuário, como *help desk*, atualizações tecnológicas etc. Tais características reforçariam a ideia da existência de uma obrigação mista, a justificar a incidência do ISS, na linha do que restou decidido nos RE nº 547.245 e 592.905 (Rel. Min. Eros Grau); RE nº 651.703 (Rel. Min. Luiz Fux); e, RE nº 603.136 (Rel. Min. Gilmar Mendes)<sup>13</sup>.

O precedente firmado na ADI nº 5.659, além de se aplicar integralmente para as atividades de *cloud computing* na modalidade *SaaS* (mencionadas expressamente no voto do relator Dias Toffoli na ADI nº 5.659), também corrobora as opções legislativas plasmadas na LC nº 116/03, autorizando que as demais modalidades desse tipo de tecnologia (*IaaS e PaaS*) sejam classificadas como prestação de serviço.

Em primeiro lugar, as três espécies de “nuvem” envolvem autênticas prestações de serviço, dentro de uma visão mais moderna desse negócio jurídico, que contempla o fornecimento de uma utilidade (inclusive, bens) pelo prestador (Ribeiro, 2013). Em segundo lugar, as mudanças implementadas na LC nº 116/03 revelam uma opção legislativa que deve ser respeitada, dentro da ideia de que cabe à Lei Complementar resolver conflitos de competência em matéria tributária<sup>14</sup>. Por último, são obrigações complexas, ou mistas, com alta carga de serviços que não podem ser separados, pois fazem parte de um todo (serviço final) que é o objetivo principal da contratação<sup>15</sup>.

#### **4 Da legitimidade da política fiscal brasileira quanto à retenção de imposto de renda sobre remessas ao exterior para pagamento de *royalties* e/ou serviços técnicos**

Firmada a premissa de que esses tipos de negócios envolvem prestações de serviços, passa-se a analisar a legitimidade da retenção de imposto de renda sobre contratos de *cloud computing* transnacionais.

No contexto da economia digital, é bastante comum que as operações de computação em nuvem sejam transnacionais, com provedores situados nos mais diversos locais do mundo, já que não há necessidade de o fornecedor do serviço estar estabelecido no país do usuário (Rolim; Lara, 2018). Realmente, uma série de pagamentos podem ser remetidos ao exterior por

---

<sup>13</sup> STF, ADI nº 5.659, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021.

<sup>14</sup> Nessa linha, Gustavo da Gama Vital de Oliveira (2014) adverte que a superação, pela jurisdição constitucional, dos critérios adotados pelo legislador complementar somente seria possível diante de evidente abuso do direito de legislar em face das materialidades econômicas que justificam cada um dos impostos. Não se pode, assim, cancelar a declaração de invalidade dos critérios adotados pelo legislador complementar simplesmente por critérios de política fiscal ou melhoria do sistema tributário como um todo.

<sup>15</sup> Em 2017, a Receita Federal do Brasil (RFB) tratou especificamente da computação em nuvem, na Solução de Consulta COSIT nº 499/2017. Nesse pronunciamento, a RFB menciona expressamente suas três espécies, reconhecendo a computação em nuvem como prestação de serviços (itens 12 e 13 da citada Solução de Consulta).

fontes brasileiras para remunerar essas atividades, razão pela qual se torna relevantíssimo entender quais as respectivas obrigações tributárias daí decorrentes (Neto; Paro, 2018).

Nos casos de transações com valores remetidos a residentes em países com os quais o Brasil não possui tratado para evitar a dupla taxação sobre a renda (por exemplo, Alemanha), a situação é mais simples, aplicando-se as regras que estabelecem a retenção na fonte sobre os pagamentos decorrentes de prestação de serviços devidos a residentes ou domiciliados no exterior (art. 7º da Lei nº 9779/1999 e regulamento do IR - Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018 – art. 746 e 765)<sup>16</sup>.

O cenário fica mais complicado, entretanto, nas hipóteses em que os valores são remetidos a empresas (provedores) domiciliadas em países com os quais o Brasil possui acordo para evitar a dupla tributação sobre a renda<sup>17</sup>. Imagine-se, por exemplo, uma empresa brasileira que contrata uma empresa holandesa (sem sede ou filial em território brasileiro) como fornecedora de *cloud computing*. Nessas situações, a legitimidade ou não da retenção, quando dos pagamentos efetuados à empresa holandesa, depende de uma análise sobre a qualificação dos rendimentos envolvidos e seu tratamento pela convenção firmada pelos países signatários (Brasil e país de residência do provedor, no caso citado, Holanda).

Sem desconsiderar a relevância de outras discussões envolvendo tratados para evitar a dupla tributação (como a existência de estabelecimento permanente da empresa estrangeira no Brasil, que não será objeto de análise nesse trabalho), o presente artigo irá focar na identificação das remessas ao exterior para remuneração de atividades de computação em nuvem como “*lucros das empresas*” (passíveis de tributação no país da residência do prestador) ou “*royalties*” e/ou “*serviços técnicos*” (passíveis de taxação na residência do usuário - o Brasil). O correto enquadramento desses valores não prescinde, contudo, de uma análise prévia das funções que possuem os acordos para evitar a dupla tributação, da política fiscal internacional

---

<sup>16</sup> Lei nº 9.779, de 1999:

“Art. 7º Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, de aposentadoria, de pensão e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Art. 746. Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, de aposentadoria, de pensão e os rendimentos da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de vinte e cinco por cento, excepcionado, no que se refere a serviços, o disposto no art. 765” (Brasil, 1999).

Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, caput:

“Art. 765. Ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de quinze por cento, os rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes derivados do País e recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e da data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada. Parágrafo único. A retenção do imposto sobre a renda será obrigatória na data do pagamento, do crédito, da entrega, do emprego ou da remessa dos rendimentos” (Brasil, 1943).

<sup>17</sup> Daniel Freire e Almeida (2015) sublinha com precisão que essa conjuntura revela grandes desafios para o direito tributário, justamente porque as leis não foram instituídas para lidar com esse ambiente virtual, no qual empresas conduzem seus negócios em países em que não possuem sede física. Por vezes, salienta o autor, algumas empresas preferem utilizar servidores longínquos para obter vantagens, esquivando-se da taxação devida naquele país em que deveriam ser tributadas.

brasileira, bem como do estudo desses tratados como fontes de regras que obrigam os países signatários.

Nesse contexto, inicialmente, é essencial destacar que uma das mais importantes funções dos compromissos firmados para evitar a dupla taxaço da renda é repartir a competência tributária entre os países pactuantes. De fato, é fundamental realçar que esses tipos de tratados são, na verdade, manuais de repartição de competência tributária (Gomes; Gomes, 2020), ou seja, uma das suas principais funções é dividir a competência para cobrar impostos entre os Estados Pactuantes, definindo quais rendimentos (e em quais casos) poderão ser taxados pelos respectivos signatários (Estado-fonte e Estado-residência).

Nesse ponto, não se deve olvidar que, embora existam Convenções Modelos que orientam o processo de negociação e a própria confecção dos acordos para evitar dupla tributação de renda (como, por exemplo, as Convenções Modelos da OCDE — Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico — e da ONU — Organização da Nações Unidas), cada avença é fruto de ajustes e negociações específicas, que, por vezes, levam anos e envolvem (naturalmente) concessões recíprocas, em que um Estado cede em determinado tópico para ganhar em outro (Dias Júnior, 2019).

No caso brasileiro (e de outros países em desenvolvimento, em regra, importadores de tecnologia e serviços técnicos ou especializados), é mais do que compreensível que a política fiscal internacional seja orientada a firmar tratados que privilegiam a tributação dos rendimentos na fonte (ou local onde foram gerados, no caso, Brasil).

Sergio André Rocha (2017) observa que os artigos dos pactos assinados pelo Brasil, especialmente aqueles que tratam de regras de distribuição de competências tributárias, foram fortemente influenciados pela posição histórica dos países em desenvolvimento, que buscam reter maiores poderes tributários, quando da assinatura de compromissos<sup>18</sup>. Essa característica da política fiscal brasileira, segundo o autor, faz com que os tratados assinados pelo país se aproximem mais do padrão da ONU do que daquele praticado pela OCDE<sup>19</sup> (2017). Trata-se de política fiscal legítima, que objetiva resguardar a manutenção de receitas no território nacional, evitar evasão fiscal e planejamentos abusivos.

Evidentemente, o interesse brasileiro nem sempre prevalece, entretanto o país tem grande poder de barganha, fato que tem contribuído para seu relativo sucesso na negociação de

---

<sup>18</sup> Na mesma linha, Yariv Brauner chama a atenção para o fato de que os países em desenvolvimento tentam frequentemente buscar um aumento das hipóteses de tributação na fonte (2018).

<sup>19</sup> Daniel de Paiva Gomes e Eduardo de Paiva Gomes (2020) destacam a existência de uma conhecida predileção da OCDE em favor dos países desenvolvidos, razão pela qual, segundo os autores, comumente se diz que a Convenção Modelo da OCDE priorizaria o interesse dos países desenvolvidos em detrimento dos países em desenvolvimento, enquanto a Convenção da ONU, por sua vez, direcionar-se-ia a uma maior proteção dos países em desenvolvimento.

tratados. Exemplo claro disso é a disciplina que os acordos negociados e assinados pelo Brasil conferem à taxação dos rendimentos classificados como *royalties* (e os respectivos pagamentos a eles equiparados).

Para o escopo do presente trabalho, é possível destacar duas diferenças fundamentais da política fiscal brasileira em relação à OCDE: 1) os pactos firmados pelo Brasil permitem a tributação de *royalties* no país fonte (onde os recursos foram gerados), enquanto a OCDE, exceto na hipótese da existência de estabelecimento permanente, determina a tributação no país de residência (onde tem domicílio o prestador do serviço); 2) os tratados firmados pelo Brasil, em regra, incluem no conceito de *royalties* (no próprio artigo que trata desses rendimentos ou por protocolo) a remuneração devida por serviços técnicos e de assistência técnica.

Dentro desse contexto, não se pode deixar de criticar a tese que condiciona a validade da equiparação entre serviços técnicos e *royalties* (que encontra previsão na grande maioria dos compromissos firmados pelo país) à existência de um negócio jurídico relacionado a contratos de transferência de tecnologia.<sup>20</sup> Ora, não se pode olvidar que o conceito de *royalties* e a sua eventual equiparação a serviços técnicos (por tratado ou protocolo), sem qualquer restrição, foi objeto de negociação entre os estados signatários da avença, os quais, bilateralmente, estipularam cláusulas específicas, afastando-se expressamente da ideia contida na Convenção Modelo da OCDE.

Decerto, conforme salienta Antônio Augusto Souza Dias Junior (2019), criar um critério de vinculação a um contrato de transferência de tecnologia (inexistente nos tratados), além de restringir o alcance de uma cláusula que foi objeto de negociação entre Estados contratantes, faz parte da política fiscal internacional brasileira<sup>21</sup> e significa negar aos Estados signatários o direito de celebrar compromissos que contrariem o padrão desenhado pela OCDE. Nessa conjuntura, é relevante realçar, ainda, que, na interpretação dos acordos para evitar a dupla tributação, deve ser aplicada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. O referido pacto possui dispositivos específicos que não podem ser desconsiderados.

---

<sup>20</sup> Um dos principais nomes que defende essa tese é o professor Alberto Xavier (2015), para quem os recursos oriundos de serviços técnicos, sem transferência de tecnologia, deveriam ser qualificados como lucros das empresas (art. 7º da maior parte dos acordos firmados pelo Brasil), deixando-se o enquadramento na categoria de *royalties* (art. 12 da maior parte dos tratados firmados pelo Brasil) apenas para os casos em que haja transferência de tecnologia.

<sup>21</sup> Prova disso é a constante presença desse tipo de dispositivo nos pactos firmados pelo Brasil. Trata-se de característica da política fiscal brasileira, que não se vê retratada apenas nos tratados celebrados com a Áustria, a Finlândia, a França, o Japão e a Suécia. Nesses casos, conforme será visto mais à frente, se os serviços técnicos ou de assistência técnica não puderem ser inseridos diretamente no artigo que trata dos *royalties*, deverão ser enquadrados como *lucros das empresas*, não sendo passíveis de tributação ou retenção no Brasil.



Com efeito, deve ser ressaltado que os tratados são normas de direito internacional público, que, enquanto estiverem em vigor, obrigam os Estados pactuantes e devem ser cumpridos em suas disposições, conforme art. 26, da Convenção de Viena<sup>22</sup>. Esse ponto é importantíssimo e passa, por vezes, despercebido por aqueles que analisam ou interpretam tratados: esses acordos são oriundos da “autonomia de vontade” dos Estados pactuantes, que resolveram, por meio de processos de concessões mútuas, repartir as competências tributárias de determinada forma e firmar compromissos. Enquanto estiverem em vigor, tais avenças são *normas de direito internacional público* que geram direitos e deveres para os Estados envolvidos e seus contribuintes (*pacta sunt servanda*).<sup>23</sup>

As regras de compromisso internacional surgem após amplo processo de negociação entre os países, com debates e reflexões envolvendo agentes altamente gabaritados e especializados nessa função. Naturalmente, como nos casos de contratos firmados entre pessoas físicas e/ou jurídicas, os termos firmados obrigam os pactuantes (*pacta sunt servanda*), não se podendo admitir, que regras constantes de pactos em vigor deixem de ser aplicadas. Em suma, se o compromisso permanece em vigor, as regras ali estabelecidas são normas de direito interacional público que obrigam os países signatários e seus contribuintes, devendo ser aplicadas.

A leitura do artigo 31 da Convenção de Viena também é fundamental para o deslinde da controvérsia. O referido artigo prescreve que o tratado deve ser interpretado de boa-fé, conforme o sentido comum atribuível aos termos nele utilizados, dentro do seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidades (item 1). O mesmo artigo ressalva, contudo, que um termo deve ser entendido em seu sentido especial, se estiver consignado que essa era a intenção das partes (item 4). Em síntese: os termos do acordo devem ser interpretados conforme o seu sentido comum, exceto se as partes tiverem estabelecido sentido especial a determinadas expressões ou institutos, quando, então, esse sentido especial deverá prevalecer. É disso que se trata, quando se observa que os signatários resolveram estabelecer um conceito próprio de *royalties* nos tratados firmados pelo Brasil.

Diante disso, não se pode ignorar o sentido especial que a maior parte dos compromissos firmados pelo país conferiu a essas remunerações, sob o fundamento de que existiria uma contrariedade a um conceito “metafísico” de *royalties*, que exigiria transferência de tecnologia.

---

<sup>22</sup> Artigo 26 - *Pacta sunt servanda* - Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

<sup>23</sup> Na mesma linha argumenta Rodolfo Tsunetaka Tamanaha (2020), sustentando que tais acordos geram normas de direito internacional público e estão sujeitos à Convenção de Viena.

Não foi essa a intenção dos Estados pactuantes, que estabeleceram um conceito especial para esses pagamentos, inclusive, com equiparação entre eles, sem qualquer restrição.

Nessa linha, Ramon Tomazela Santos (2015) adverte que, se os Estados concordaram em realizar a equiparação desses rendimentos, não se pode desprezar a vontade das partes, sob o argumento de que esse conceito abrange apenas as hipóteses que envolvem a transferência de tecnologia ou *know-how*. O autor observa que, mesmo se considerarmos que o conceito está intimamente ligado à ideia de transferência de tecnologia, o fato é que os Estados contratantes (no caso das convenções assinadas pelo Brasil) optaram por atribuir a esses rendimentos um sentido especial, equiparando-os à prestação de serviços técnicos, independentemente da transferência, ou não, de tecnologia (Santos, 2015).

Ademais, a posição de taxar serviços técnicos e/ou assistência técnica na fonte (no caso, no Brasil) não deve ser vista como uma “jabuticaba” ou algo que contraria o direito tributário internacional. Pelo contrário, essa política fiscal representa uma reivindicação legítima de países em desenvolvimento<sup>24</sup>, e que, uma vez inserida nos textos dos tratados ou protocolos, torna-se vinculante quando da aplicação das respectivas Convenções (Dias Júnior, 2019)<sup>25</sup>.

Após revisar relatórios preparados por autores de diversos países, Pasquale Pistone (2012) concluiu que a concepção ou ideia de *royalties* prevista na Convenção Modelo da OCDE (conceito restrito e tributação no país de residência) é mais exceção do que regra. Segundo o autor, a cláusula de *royalties* do Modelo de acordos da ONU (conceito mais amplo e tributação no país fonte) tem sido o maior ponto de referência para os tratados bilaterais. Além disso, particularmente nos casos de países em desenvolvimento, serviços técnicos e de assistência técnica são frequentemente incluídos nessa categoria, como “dispositivos específicos adicionais” (Pistone, 2012, p. 21).

Nesse contexto, é interessante apontar que a própria OCDE reconhece a existência de uma política fiscal comum de países em desenvolvimento, quanto à taxação na fonte de pagamentos de serviços técnicos, admitindo como legítimo e possível o afastamento das prescrições do seu referencial de pactos para evitar a dupla incidência de impostos, de acordo com as peculiaridades de cada país. Realmente, uma rápida consulta aos comentários à

---

<sup>24</sup> Sergio André Rocha (2017) pontua que a equiparação entre alguns tipos de atividades faz parte de uma tradição da política fiscal de países em desenvolvimento, que buscam assegurar maiores competências tributárias para os países geradores dos recursos. Na mesma linha, Tatiana Falcão (2018) aduz que é comum países em desenvolvimento buscarem taxar serviços técnicos dentro do conceito de *royalties*.

<sup>25</sup> É fundamental destacar que a matéria foi analisada recentemente pelo STJ, justamente em julgamentos em que se investigou a legitimidade da retenção de IR diante de avenças para evitar a bitributação. Nesses julgados, o ministro relator Mauro Campbell consignou expressamente que a transferência ou não de tecnologia é desnecessária para aferição da norma aplicável, eis que é irrelevante para a conceituação dessas receitas (REsp nº 1.759.081 de 15-12-2020, REsp nº 1.743.319, de 09-03-21 e o REsp nº 1.808.614, de 16-03-21).

Convenção Modelo da OCDE, revela que diversos países importadores de tecnologia adotam paradigma similar ao brasileiro, com tributação de *royalties* na fonte e/ou equiparando-os aos serviços técnicos e de assistência técnica, podendo ser citados como exemplo: Argentina, Índia, China, Rússia, Tunísia, Marrocos, Gabão, Filipinas, Tailândia, Colômbia, Albânia, Malásia, Sérvia, Vietnam etc. (OCDE, 2017).

Para encerrar essa seção, é importante fazer menção às preocupações e ao tratamento da matéria no âmbito da ONU e da OCDE. Embora a discussão entre a opção por taxar no país fonte ou no país da residência não seja nova, a temática ganhou contornos mais complexos diante de uma economia em que a presença física se torna cada vez menos relevante e as transações ocorrem massivamente em ambiente virtuais (Ribeiro, 2021). Além das questões afetas às opções de política fiscal, nota-se claramente um descompasso em um sistema que foi desenhado com base em presença física e que está tentando tributar operações ocorridas no meio virtual (Valente, 2018). Essas situações têm preocupado e impulsionado a ONU e a OCDE na busca de novos desenhos tributários.

Em 2017, por exemplo, foi inserido um dispositivo específico sobre serviços técnicos na Convenção Modelo da ONU. O novo dispositivo, não por acaso numerado de “12A” (ou seja, ligado ao artigo 12 – *royalties*) adota a técnica de ampliar a competência tributária do país fonte, não fazendo qualquer exigência de que os serviços técnicos tenham relação com transferência de tecnologia ou *Know-How*. Em 2021, ocorreu nova mudança e foi incluído o dispositivo “12B”, que trata dos serviços digitais automatizados, dentre os quais o *cloud computing*, autorizando a taxação na fonte ou no país que efetua o pagamento dessas transações (ONU, 2022).

No âmbito da OCDE, as mudanças têm sido construídas a partir dos relatórios e recomendações do projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). A iniciativa tem buscado estruturar e implementar dois novos pilares para a tributação internacional. Para o que importa ao presente ensaio, é interessante destacar o Pilar “1” do aludido projeto<sup>26</sup>.

O Pilar 1 traz novas regras de alocação de lucros, cujo objetivo é atribuir aos países que são mercados finais uma maior parcela dos direitos de tributar a renda global dos negócios (taxação na fonte). Sua implementação depende da adesão e aprovação de um acordo multilateral, com as respectivas mudanças nas legislações internas dos aderentes à convenção (Gomes; Lima, 2023). A previsão da OCDE é que o aludido pacto fique disponível para assinatura a partir do segundo semestre de 2023, com estimativa de entrada em vigor (em pelo menos 138 países, dentre

---

<sup>26</sup> O pilar “2” objetiva implementar um imposto mínimo global sobre grandes corporações (OCDE, 2023).

eles o Brasil) em 2025 (OCDE, 2023). Mesmo com a entrada em vigor da citada convenção, provavelmente, serão necessárias modificações nas legislações domésticas.

Em suma: A política fiscal internacional brasileira, além de legítima, é comum entre vários países em desenvolvimento. Ademais, as iniciativas da ONU e da OCDE, no sentido de buscar um novo desenho de impostos para operações transnacionais, acabam convergindo para o padrão já adotado pelo país.

## **5 As atividades de computação na nuvem como serviços técnicos ou *royalties* e a retenção de Imposto de Renda sobre as remessas ao exterior para sua remuneração**

Assentadas as duas primeiras premissas do trabalho (1 - que os negócios relacionados a *cloud computing* envolvem prestações de serviços; 2 - que a equiparação de serviços técnicos a *royalties* é legítima), sobram dois pontos a serem enfrentados: a) o enquadramento ou não das transações envolvendo computação em nuvem como serviços técnicos; b) a qualificação ou não desses rendimentos como *royalties*.

Sem extrapolar o conteúdo semântico das expressões “serviços técnicos” e “serviços de assistência técnica” previstos nos tratados assinados pelo Brasil, a RFB, pela Instrução Normativa nº 1455 (Brasil, 2014b), tratou de explicitar o conteúdo e significado das expressões. Em ambos os casos, fez-se referência expressa à exigência de conhecimentos técnicos especializados e/ou estruturas automatizadas com conteúdo tecnológico e/ou assistência técnica para a caracterização dessas atividades, conforme regra prevista na citada norma (art. 17, §1º, II, “a” e “b”)<sup>27</sup>.

A Receita Federal do Brasil (RFB), pela Solução de Consulta COSIT nº 191/2017, consignou expressamente o caráter de serviço técnico de uma das camadas da “nuvem” (*SaaS*). Nada obstante, os fundamentos utilizados para a identificação desse negócio como serviço técnico, especialmente a menção à necessidade de conhecimentos específicos e a utilização de estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico, não se aplicam exclusivamente ao *SaaS*, sendo perfeitamente aplicáveis às espécies *IaaS* e *PaaS*<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> A Instrução Normativa nº 1455, art. 17, §1º, II, “a” e “b”, considera: “a) serviço técnico a execução de serviço que dependa de conhecimentos técnicos especializados ou que envolva assistência administrativa ou prestação de consultoria, realizado por profissionais independentes ou com vínculo empregatício ou, ainda, decorrente de estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico; e b) assistência técnica a assessoria permanente prestada pela cedente de processo ou fórmula secreta à concessionária, mediante técnicos, desenhos, estudos, instruções enviadas ao País e outros serviços semelhantes, os quais possibilitem a efetiva utilização do processo ou fórmula cedido” (Brasil, 2014b).

<sup>28</sup> Consulta COSIT nº 191/2017: “(...) Saliente-se portanto que, os serviços postos à disposição dos usuários caracterizam-se como serviços técnicos, pois dependem de conhecimentos especializados em informática e, além disso, conforme se depreende da sistemática relatada pela consulente, os serviços decorrem de estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico, que os usuários acessarão à distância para usá-los nas suas atividades empresariais, cabendo ao fornecedor do serviço prover a manutenção e o suporte técnico para o funcionamento dos aplicativos disponibilizados” (Receita Federal do Brasil, 2017).

Diante de tudo que foi exposto, é possível concluir que todas as camadas da *cloud computing* envolvem a prestação de serviços técnicos e/ou assistência técnica, nos moldes da disciplina legal da Instrução Normativa RFB nº 1455 (Brasil, 2014b): a primeira envolve obrigações mistas/complexas que demandam a utilização de tecnologia avançada, pessoal altamente qualificado e especializado tecnicamente; a segunda precisa de manutenções e atualizações contínuas dos programas e instalações; a terceira porque grande parte das funcionalidades disponibilizadas decorre da utilização de estruturas automatizadas com elevado conteúdo tecnológico.

Assentado que as atividades relacionadas à “nuvem” são serviços técnicos ou de assistência técnica, passa-se ao último ponto do trabalho, que é definir, então, em qual dispositivo dos tratados esses recursos se inserem (*lucros das empresas* — enquadramento que não permite tributação no Brasil — ou *royalties* — enquadramento que permite tributação no Brasil, pela retenção sobre os pagamentos efetuados às empresas situadas no estrangeiro).

O processo de qualificação do rendimento é de fundamental importância, pois, a depender do resultado da categorização (por exemplo, lucros da empresa — a taxação ocorrerá na *residência* do prestador de serviços — ou *royalties* — a tributação ocorrerá no local que gerou a riqueza — *fonte*), a repartição da competência para impor impostos poderá sofrer alterações.

Nesse ponto, é fundamental destacar o relevo de um princípio, muitas vezes, esquecido: o “princípio de prevalência dos regimes especiais” ou do “caráter residual da noção de lucro das empresas”. Decerto, conforme observa Alberto Xavier (2010), se a remessa ao exterior puder ser inserida em alguma categoria especial prevista na Convenção, não se aplica a classe “residual” dos “*lucros das empresas*”, mas os respectivos regimes especiais previstos nos outros dispositivos do tratado, — “pagamentos imobiliários”, “*royalties*”, “ganhos de capital” etc. Dito de outro modo, não se deve tratar as remessas ao exterior como lucro até que se exclua o enquadramento em qualquer outra categoria específica, para a qual há dispositivos próprios.

É preciso admitir, contudo, que a Receita Federal, em um primeiro momento, identificou os serviços técnicos como *rendimentos não expressamente mencionados* (Ato Declaratório Normativo COSIT nº 1, de 5/01/2000). A classe residual de *rendimentos não expressamente mencionados*, que consta, em regra, do art. 21 dos tratados brasileiros, permite a taxação no país, pela retenção na fonte. Todavia, essa espécie é ainda mais residual, não devendo ser utilizada para esses casos de recursos que possuem categorização própria.

O STJ enfrentou a matéria, no REsp nº 1.161.467, afastando o entendimento da RFB, constante do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 1. Prevaleceu a tese de que essas

remunerações não deveriam ser classificadas como *rendimentos não expressamente mencionados*, mas como *lucros das empresas* (que constam em geral do artigo 7º dos acordos firmados pelo Brasil), afastando a tributação desses valores no território brasileiro.

Posteriormente, o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 1 foi revogado pelo Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5 (Brasil, 2014). Esse último ato normativo, de forma acertada, consignou expressamente que os pagamentos decorrentes da prestação de serviços técnicos e/ou de assistência técnica devem ser qualificados como: I) art. 12 - “*royalties*”, quando puderem ser enquadrados no artigo que trata dessa categoria no respectivo tratado (ou na hipótese de existir equiparação dessas atividades aos *royalties* na convenção ou pelo protocolo do acordo internacional firmado pelo país); II) art. 14 - “*profissões independentes ou serviços independentes*”, na eventualidade de prestação de serviços técnicos ou de assistência técnica com qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas; III) “*lucros das empresas*”, nos demais casos, ressalvadas as situações previstas nos itens I e II.

É possível concluir, portanto, que os valores pagos a pessoas domiciliadas no estrangeiro serão classificados como *royalties*<sup>29</sup> (quando essas atividades puderem ser inseridas: 1) no próprio conceito de *royalties* previsto no respectivo acordo; 2) quando existir equiparação entre essas categorias, por meio de dispositivo no corpo do tratado ou em protocolo anexo)<sup>30</sup>, sendo, nesses casos, tributados no Brasil pela retenção na fonte. Na eventualidade de inexistir previsão expressa na convenção ou equiparação (no tratado ou pelo protocolo), tais rendimentos devem ser qualificados como *lucros das empresas*, hipótese em que serão taxados exclusivamente pelo Estado-Residência do provedor da computação em nuvem, exceto se existir estabelecimento permanente da empresa situado no território brasileiro<sup>31</sup>.

Não se deve olvidar, outrossim, que o STJ, quando do julgamento do REsp nº 1.161.467, analisou a questão exclusivamente sob a ótica da validade do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 01/2000, limitando-se, portanto, a decidir entre o enquadramento dos pagamentos realizados por serviços prestados a não residentes nos *artigos 7º (lucro das empresas) ou 21 (rendimentos não expressamente mencionados)* dos pactos Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá. Não houve, naquela oportunidade, qualquer discussão envolvendo a eventual

---

<sup>29</sup> Parece pouco provável que os pagamentos decorrentes de *cloud computing* possam ser identificados como “rendimentos de profissões independentes” ou “serviços independentes” (em regra, previstos no artigo 14 dos tratados brasileiros), pois não estão relacionados à qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas e não decorrem de profissões independentes (Gomes; Gomes, 2020).

<sup>30</sup> Consoante o já exposto, a maior parte dos compromissos firmados pelo país permite a taxação de serviços técnicos ou de assistência técnica na fonte (Brasil), seja pelo próprio conceito ampliado de *royalties* ou pela equiparação dos rendimentos dessas atividades por meio do protocolo. Apenas os acordos celebrados com a Áustria, a Finlândia, a França, o Japão e a Suécia não trazem a citada equiparação. Também é importante consignar que, em alguns casos, esse tipo de tributação é autorizado por meio de artigo autônomo previsto em alguns tratados.

<sup>31</sup> Como já dito na introdução, a questão do estabelecimento permanente não faz parte do presente estudo.

equiparação entre serviços técnicos e *royalties* pelo protocolo, ou mesmo quanto ao próprio conceito de *royalties* (em geral previsto no artigo 12 dos compromissos assinados pelo país).

Percebe-se, portanto, que o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5, de 16/06/2014, não contrariou o entendimento firmado pelo STJ no REsp nº 1.161.467. Com efeito, o citado Ato Declaratório afastou a equivocada categorização de valores remetidos ao exterior do artigo 21 (*rendimentos não expressamente mencionados*), determinando o enquadramento dessas remunerações no artigo 12 (*royalties*), nos casos em que existe previsão expressa dessas atividades como *royalties* no tratado ou nas hipóteses de sua equiparação pelo protocolo (Paiva Gomes; Paiva Gomes, 2020).

Em recentes julgados (REsp nº 1759081, REsp nº 1808614 e REsp nº 1743319), o STJ reconheceu a validade do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5/2014, fazendo menção expressa ao fato de que o citado ato normativo não colide com aquilo que foi decidido no REsp nº 1.161.467. Além disso, o ministro relator Mauro Campbell, consignou expressamente que o precedente firmado no REsp nº 1.161.467 não conduz a um automático enquadramento da remuneração decorrente da prestação de serviços técnicos na condição de “*lucro das empresas*”.

Argutamente, o ministro relator destacou que, como bem delineado pelo Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5/2014, a correta qualificação dessa espécie de rendimentos aos itens dos respectivos acordos depende sempre do exame prévio de sua submissão à condição de “*royalties*” ou “*serviços profissionais independentes*”. Esse fato, demanda a análise dos contratos envolvidos e dos respectivos tratados, enfatizando, outrossim, que as convenções para evitar a dupla incidência de impostos não devem ser interpretadas de maneira a conduzir a uma hipótese de dupla não taxaça<sup>32</sup>.

Realmente, conforme bem observado por Luana Debatin Tomasi (2021), tão ou mais nefasto para a economia dos países que a dupla tributação é o fenômeno da dupla não tributação, situação em que o contribuinte se vale de brechas e desencontros entre as legislações internas e constantes de tratados, para escapar integralmente da devida taxaça, por meio de planejamentos tributários agressivos.

---

<sup>32</sup> REsp nº 1743319, relator min. Mauro Campbell, julgamento em 15/03/2021; REsp nº 1759081, relator min. Mauro Campbell, julgamento em 18/12/2020; REsp nº 1808614, relator min. Mauro Campbell, julgamento em 22/02/2019.

## 6 Conclusões

As atividades de *cloud computing* ocupam lugar de destaque no cenário da Economia Digital. Produzem uma ruptura de paradigmas, pelo redimensionamento de operações, com uma redução drástica de espaço físico e dispensa de aquisição de equipamentos e/ou programas.

No Brasil, as três camadas de “computação na nuvem” configuram autênticas prestações de serviço. Essa conclusão pode ser extraída da LC nº 116/2003, que possui vários itens que se amoldam como uma luva às funcionalidades desse negócio. Ademais, os recentes posicionamentos do STF também indicam que o *cloud computing* pode ser classificado como prestação de serviço. Mesmo com a reforma tributária recentemente aprovada (PEC 45/2019), a matéria continuará tendo relevância, tendo em vista a existência de regras de transição, que darão sobrevida ao ISS e ao ICMS durante alguns anos.

A política fiscal internacional brasileira, a exemplo do que é praticado por outros países em desenvolvimento, caracteriza-se pela pretensão de cobrar impostos sobre os rendimentos gerados em seu território. Exemplo claro disso é a presença, nos compromissos firmados pelo país, de um conceito mais amplo de *royalties*, da possibilidade de sua taxaço no país fonte (Brasil) e da sua constante equiparação a serviços técnicos e de assistência técnica. A presença de tais regras deve ser vista como política fiscal legítima, que foi fruto de negociação e acordo entre os países envolvidos, gerando, portanto, dispositivo que vincula os estados signatários dos pactos e seus contribuintes, conforme normas de direito internacional público.

As funcionalidades da computação em nuvem configuram autênticos “serviços técnicos ou de assistência técnica”, em virtude de exigirem conhecimentos técnicos específicos em informática e da utilização de estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico. A regulamentação administrativa da matéria não se afastou dos limites semânticos das expressões constantes dos acordos firmados pelo país.

Os valores pagos a provedores não domiciliados no território brasileiro devem ser qualificados como *royalties* (quando puderem ser inseridos: 1) no próprio conceito de *royalties* previsto no respectivo tratado; 2) no conceito de *royalties* por equiparação pelo protocolo), sendo tributados, nesses casos, no Brasil, pela retenção na fonte. Quando não existir previsão no tratado ou equiparação no protocolo, tais rendimentos devem ser classificados como *lucros das empresas*, hipótese em que serão taxados exclusivamente pelo Estado-Residência do provedor da computação em nuvem.



Em julgados recentes, o STJ chancelou a opção político-fiscal brasileira, no sentido de priorizar a cobrança de impostos sobre os recursos gerados no território nacional, nos casos em que os serviços prestados por empresas situadas no exterior possam ser enquadrados como *royalties* ou tenham sido equiparados a esses rendimentos pelos acordos firmados pelo país. Nesses julgados, ficou evidente também a preocupação da Corte com os casos de estruturas montadas para se buscar uma dupla não tributação por meio dos tratados, conduta que não se compatibiliza com as finalidades dessas convenções.

## Referências

ALMEIDA, D. F. e. **A tributação do comércio eletrônico nos Estados Unidos da América e na União Europeia**. São Paulo: Almedina, 2015.

BRANDÃO JÚNIOR, S. C.; PISCITELLI, T. Introdução: do data center à nuvem. In: BOSSA, G. B.; PISCITELLI, T. (coord.). **Tributação da nuvem: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 19-23.

BRANDÃO JÚNIOR, S. C. *et al.* Computação na Nuvem: Modelos possíveis. In: BOSSA, G. B.; PISCITELLI, T. (coord.). **Tributação da nuvem: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 25-35.

BRASIL. **Convenção de Viena Sobre Tratados**, 2020. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, n. 147, p. 3, 1 ago. 2003. Disponível em: [camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=260503](http://camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=260503). Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda, relativamente à tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos rendimentos auferidos em aplicação ou operação financeira de renda fixa ou variável, ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, à incidência sobre rendimentos de beneficiários no exterior, bem assim a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, relativamente ao aproveitamento de créditos e à equiparação de atacadista a estabelecimento industrial, do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou Relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF, relativamente às operações de mútuo, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, relativamente às despesas financeiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 20 jan. 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19779.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19779.htm). Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943. Dispõe sobre a cobrança e fiscalização do imposto de renda. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, p. 14541, 1

out. 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5844.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5844.htm). Acesso em: 25 jan. 2024.

BRAUNER, Y. Taxing the digital economy post-BEPS, seriously. **Intertax**, v. 46. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018.

CARVALHO, A. G. A. de. Economia Digital: O ICMS e o impacto da tributação sobre os programas de computador (software). In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Tributação e novas tecnologias**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 116-143.

DIAS JUNIOR, A. A. S. A política brasileira de tributação de serviços técnicos. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, v. I, p. 44-66, 2019.

FALCÃO, T. The U.N. Model's New Fees for Technical Services Provision. **Tax Notes International**, v. 91, n. 4, 23 jul. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3827548>. Acesso em: 22 fev. 2023.

FARIA, R.; MAITTO, R.; MONTEIRO, A. (coord.). **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, D. de P.; GOMES, E. de P. A qualificação dos rendimentos da computação em nuvem: O entendimento da OCDE e o posicionamento brasileiro. In: BOSSA, G. B.; PISCITELLI, T. (coord.). **Tributação da nuvem: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 133-216.

GOMES, M. L.; LIMA, L. H. M. de. O contexto de incerteza quanto ao tratamento tributário da renda oriunda dos serviços técnicos no ambiente da economia digital. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário - RDIET**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 176-199, jan./jun. 2023. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/13560>. Acesso em: 30 ago. 2023.

LARA, D. S. *et al.* IAAS, PAAS e SAAS: Como Tributar? In: BOSSA, G. B.; PISCITELLI, T. (coord.). **Tributação da nuvem: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 415-450.

NETO, L.; PARO, G. Com a cabeça nas nuvens e os pés no chão? A tributação internacional da Renda no ambiente de cloud computing. In: FARIA, R.; MAITTO, R.; MONTEIRO, A. (coord.). **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 98-115.

NIST. **Final Version of NIST Cloud Computing Definition Published**, 2011. Disponível em: <https://www.nist.gov/news-events/news/2011/10/final-version-nist-cloud-computing-definition-published>. Acesso em: 31 ago. 2023.

OCDE. **Comentários e Ressalvas à Convenção Modelo da OCDE**, 2017. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017\\_mtc\\_cond-2017-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page1). Acesso em: 30 ago. 2023.

OCDE. **BEPS**, 2023. Disponível em: [www.oecd.org/tax/beps](http://www.oecd.org/tax/beps). Acesso em: 31 ago. 2023.

ONU. **United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries 2021**, 2022. DOI: doi.org/10.18356/9789210001007. Disponível em: <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210001007/read>. Acesso em: 30 ago. 2023.

OLIVEIRA, G. da G. V. de. Federalismo Fiscal, jurisdição constitucional e conflitos de competência em matéria tributária: o papel da lei complementar. *In*: GOMES, M. L.; VELLOSO, A. P. (coord.). **Sistema Constitucional Tributário** - Dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários - Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 197-210.

PISTONE, P. General Report. *In*: LANG, M. *et al.* (Coords.). **The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Ato Declaratório Normativo COSIT nº 1, de 19 de janeiro de 2000. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, p. 12. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=5754&visao=anotado>. Acesso em: 24 set. 2023.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Solução de Consulta COSIT nº 191, de 23 de março de 2017. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, p. 20. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=96487&visao=anotado>. Acesso em: 24 set. 2023.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5**, de 16 de junho de 2014a. Disponível em: [normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=53416&visao=anotado](http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=53416&visao=anotado). Acesso em: 24 set. 2023.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa RFB nº 1455**, de 06 de março de 2014b. Disponível em: [normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=50414](http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=50414). Acesso em: 10 abr. 2023.

RIBEIRO, F. M. Tributação na fonte e cooperação entre administrações tributárias e entidades privadas na economia digital. *In*: BARRETO, P. A. (coord.). **Estudos Tributários Sobre a Economia Digital**. São Paulo: Noeses, 2021. p. 337-362.

RIBEIRO, R. L. **Tributos**. Teoria Geral e Espécies. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

ROCHA; F. L. X.; ROCHA, J. G. L.; ROCHA, S. L. Tributação dos “softwares”: mercadoria, serviço ou realidade nova? *In*: MACHADO, H. de B. (coord.). **Tributação e novas tecnologias**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 89-115.

ROCHA, S. A. **Política Fiscal Internacional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROLIM, J. D.; LARA, D. S. A tributação de IRRF na importação de cloud computing no Brasil e as soluções analisadas na ação 1 do BEPS. *In*: FARIA, R.; MAITTO, R.; MONTEIRO, A. (coord.). **Tributação da Economia Digital**: Desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 37-56.

TAMANAHARA, R. T. Tributação e Economia Digital. Análise do Tratamento Tributário dos Rendimentos da Computação em Nuvem. **IBDT**, Série Doutrina Tributária, 2020. v. XXX.

TAXJOURNAL. **EU tax rules not fit for digital economy**, 2017. Disponível em: <https://www.taxjournal.com/articles/eu-tax-rules-not-fit-digital-economy-10052017>. Acesso em: 31 ago. 2023.

TOMASI, L. D. A redefinição de estabelecimento permanente para a adequada tributação da renda decorrente das operações de computação em nuvem. *In*: FEIGELSON, B.; LEITE, L.; SCHWARTZ, R. (coord.). **Tax 4.0**: tributação na realidade exponencial. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 539-549.

SANTOS, R. T. A classificação da remuneração proveniente da prestação de serviços técnicos e de assistência técnica nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil, **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 121, p. 105-138, abr. 2015.

UCHÔA FILHO, S. P. de M.; BASÍLIO, I. C. Aspectos da tributação sobre o consumo no cloud computing. *In*: FARIA, R.; MAITTO, R.; MONTEIRO, A. (coord.). **Tributação da Economia Digital**: Desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 462-479.

VALENTE, P. **Digital Revolution**. Tax Revolution? Bulletin for International Taxation. Amsterdam: IBFD, 2018.

XAVIER, A. **Direito tributário internacional do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2015.