

Ano 12 - Nº 1
Jan./Jun. 2020
Fortaleza-CE

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

Publicação Semestral
ISSN 2176-7939



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Revista Acadêmica
Escola Superior do
Ministério Público
do Ceará

Ano 12 nº 1
(Jan./Jun. 2020)

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB3 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará – Ano 12, nº1 (Jan./Jun. 2020) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, 2020.

Semestral

ISSN 2176-7939

Disponível em versão eletrônica:

<http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/>

Resumo em português e inglês ou espanhol 1. Direito - Periódico. I Ministério Público do Estado do Ceará (CE).

CDD 340

E-mail: revistaacademica.esmp@mpce.mp.br

Expediente

Procurador-Geral de Justiça

Manuel Pinheiro Freitas

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Plácido Barroso Rios

Coordenação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Diretoria de Ensino

Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves

Técnica Ministerial

Marcela Márjore Olímpio Pereira

Diretoria Administrativo-Financeira

Lise Alcântara Castelo

Editor-Chefe

Enéas Romero de Vasconcelos

Conselho Editorial

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Flávia Soares Unneberg

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlasic

Nicholas Cowdery

Rasmus Wandall

Silvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

Corpo de Pareceristas

Alexandre Pinto Moreira

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

André Araújo Barbosa

André Luís Tabosa de Oliveira

André Machado Maya

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

Antônio Henrique Graciano Suxberger

Ardyllis Alves Soares

Dione Cardoso de Alcântara

Douglas Fischer

Ednéa Teixeira Magalhães

Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves

Enéas Romero de Vasconcelos

Flávia Soares Unneberg

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Kelly Cristina Vieira de Sousa

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Maira Marchi Gomes

Manuel Lima Soares Filho

Marcus Pinto Aguiar

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nestor Alexandre Souza Júnior

Paulo Antonio Locatelli

Plácido Barroso Rios

Sheila Cavalcante Pitombeira

Roberto Carlos Silva

Rodrigo da Silva Brandalise

Solange Almeida Holanda Silvio

Tirza Coelho de Souza

Victor Fernandes Gonçalves

Vladimir Aras

Apoio Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

Secretaria

Kelviane Sombra Lima

Suziane Holanda Fernandes Vieira

Biblioteca

Josimar de Jesus Lemos

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo CRB3 - 1162

Projeto gráfico e diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Periodicidade semestral

Resumo em português, inglês ou espanhol



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Assunção 1.200, José Bonifácio, Fortaleza-CE - CEP: 60.050-011
Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713 / www.mpce.mp.br/institucional/esmp

Sumário

APRESENTAÇÃO _____ 08

ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

SAÚDE FISCAL DOS MUNICÍPIOS - UMA ANÁLISE DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA DOS MUNICÍPIOS CEARENSES

Ana Katrine de Moraes Sousa _____ 11

A PREPONDERÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS, DA FAMÍLIA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS: O CASO GÖRGÜLÜ E SUA IMPORTÂNCIA PARA O SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E REFLEXOS PARA O SISTEMA INTERAMERICANO

Eneas Romero de Vasconcelos _____ 27

BLOCKCHAIN: TENDÊNCIAS NO MERCADO E OPORTUNIDADES DE APLICAÇÃO PARA A SEGURANÇA DE DADOS E ATIVOS DIGITAIS EM UNIDADES DE COMBATE AO CRIME

Gleidson Sobreira Leite _____ 49

CONTRATOS PÚBLICOS MEDIANTE O PROCESSO DE ADESÃO

Tatiane Costa Silva Gomes _____ 73

OS IMPACTOS DA TECNOLOGIA NA RELAÇÃO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DO CASO UBER

Tobias Henrique Cruz de Holanda _____ 99

FEMINICÍDIO/FEMICÍDIO: ORIGEM E ESTATÍSTICAS OFICIAIS
*Ythalo Frota Loureiro*_____115

ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: UM ESTUDO EURO-AMERICANO

*André Ricci Amorim*_____131

CONSENT BY GDPR VS. BLOCKCHAIN

*Bruno Moslavac*_____149

WITNESS PROTECTION IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM OF THE BAHAMAS

*David Baxter Bakibinga*_____167

PROSECUTOR, COURT AND JUSTICE: THE BALKANS' EXPERIENCE

Jasmina Krštenić

*Sadmir Karović*_____195

DA COCULPABILIDADE À COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS: AS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO PENAL

Júlia Gmeiner Caminhag Lopes

*Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira*_____207

THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR IN THE UNITED STATES

*Michael C. Kovac*_____253

Apresentação

A Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público (ESMP) apresenta mais uma edição alusiva ao primeiro semestre do ano de 2020. Este periódico tem como missão a difusão do conhecimento jurídico de forma democrática e plural, buscando contemplar os mais variados pensamentos e visões inerentes à dialética da ciência jurídica.

A primeira revista da ESMP foi publicada em 1976, e, ao longo desses 44 anos, foi se consolidando como um periódico de reconhecida respeitabilidade no mundo jurídico. A partir de 2007 a Revista Acadêmica da ESMP recebeu o ISSN (*International Standard Serial Number*) e passou a ter duas edições anuais, e, de 2017 em diante, a ter um absoluto rigor e respeito com a periodicidade semestral em suas publicações.

Hoje, a revista conta com um conselho editorial próprio, revisão cega por pares (*double blind review*), renomado corpo de pareceristas, rígidas regras para submissão de artigos, além do respeito aos critérios da exogenia e endogenia em todas as edições, predicados que nos levam a acreditar que, muito em breve, ela contará com o merecido reconhecimento e qualificação da Qualis/Capes em sua primeira avaliação como periódico científico.

Nesta edição contamos com 12 artigos, os quais nos permitirão aprofundar nossos conhecimentos sobre as mais diversas matizes da ciência jurídica. Destaca-se no corpo da presente revista, 04 articulistas estrangeiros, sendo um dos Estados Unidos, um da Croácia, um de Bahamas e um último escrito por dois autores, da Sérvia e da Bósnia e Herzegovina, nos permitindo uma visão globalizada e sistêmica do direito.

Nesse primeiro semestre de 2020 a Revista Acadêmica da ESMP será veiculada unicamente em sua versão eletrônica, em face dos inúmeros desafios decorrentes desta pandemia que abalou o mundo. O êxito desta publicação deve-se ao imprescindível apoio do CEAF, do Conselho Editorial, do Corpo de Pareceristas e de todos os servidores do MPCE envolvidos neste árduo e complexo trabalho. A todos nosso reconhecimento e gratidão.

Boa leitura!

Fortaleza, julho de 2020

Plácido Barroso Rios

Promotor de Justiça

Diretor-Geral da ESMP

Presentation

The Academic Journal of the Superior School of the Public Prosecution of Ceará (SSPP) presents one more edition of the first semester of 2020. This publication has a mission to spread juridical knowledge democratically and diverse, trying to englobe various points of view and thoughts inherent to the dialectical ideas of law science.

The first journal of the SSPP published in 1976 was consolidated along the following 44 years as a respectable reference in the juridical world. The Academic Journal of the SSPP received the ISSN (International Standard Serial Number) since 2007 and it obtained proper conditions and respect with the periodical distribution from 2017 on.

Today, the journal has its own editorial council, double blind review, a renowned team of referees, strict rules to article submits, a high quality on exogeny and endogeny criteria in all its issues, characteristics that lead us to believe that it will has the right merit and qualification on its first review as a scientific journal very soon.

This issue allow us to learn more about a great variety of aspects related to law science along its 12 articles. The Academic Journal highlights a number of professionals from different areas, 04 foreign columnists, one from the United States of America, one from Croatia, one from Bahamas and one which was written by two authors, one from Serbia and another from Bosnia and Herzegovina, which permits us a global and systemic view concerned to law.

The on line version of the Academic Journal of the SSPP is going to get broadcasted due to the huge numbers of challenges everyone suffered with the pandemic that shocked the planet on the first semester of 2020. The success of this edition was achieved with the contribution of CEAF, Editorial Council, Referee Body and all the servers of the MPCE who support this hard and complex work. Thank you very much for everything!

Good reading!

Fortaleza, July 2020

Plácido Barroso Rios

*Public Prosecutor
General Director of SSPP*

Saúde fiscal dos municípios - uma análise da arrecadação tributária dos municípios cearenses¹

*Ana Katrine de Moraes Sousa*²

RESUMO

O presente artigo pretende, a partir de uma metodologia de análise associativa de dados, apresentar informações sobre a arrecadação tributária dos municípios cearenses, tendo como ponto de partida as informações apresentadas pelo próprio Município ao órgão auxiliar de controle, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará – TCE/CE, à Secretaria da Receita Federal e ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, com o escopo de produzir conhecimento que possa ser de interesse dos gestores. Espera-se, a partir dos esforços dos gestores e dos incentivos e orientações hauridos dos diversos Órgãos de Planejamento e de Controle Externo que, ao longo do tempo, haja um incremento na arrecadação e, portanto, aumento nos recursos disponíveis para investimento em políticas públicas. Assim, o presente estudo busca trazer à tona o debate sobre a importância da temática tributária, da eficiência na arrecadação dos tributos como mecanismo de responsabilidade na gestão fiscal para uma prestação adequada dos serviços públicos a toda a população.

Palavras-chave: Arrecadação. Responsabilidade. Serviços Públicos.

¹ Data de Recebimento: 07/02/2020. Data de Aceite: 29/05/2020.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Estagiária do Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: anakatrinems@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O município deve prover-se para bem existir. A continuidade da prestação de serviços públicos, tais como saúde, educação e saneamento, além do funcionamento da própria máquina, na maioria dos municípios brasileiros, depende essencialmente de transferências de receitas estaduais e federais.

Embora constitucionalmente obrigatórias, as transferências são passíveis de grandes oscilações alheias à esfera local. Surgem incertezas políticas e fragiliza-se o pacto federativo. Os gestores acomodam-se, conforme a experiência demonstra, ao não enfrentarem o desafio político de cobrar mais tributos em geral ou, mesmo, de aliados – criando situação injusta para a coletividade.

O presente estudo é baseado no Projeto Saúde Fiscal dos Municípios Cearenses desenvolvido como instrumento de integração entre os Municípios e o Ministério Público do Estado. Busca não apenas combater a evasão fiscal e investigar ilicitudes e improbidades na omissão em tributar, mas fomentar o profissionalismo na gestão tributária e os estudos acadêmicos sobre a matéria.

Uma das diretrizes é disponibilizar e disseminar as boas práticas fiscais, estimular um ambiente de cooperação entre os municípios, e fomentar a excelência na gestão fiscal, com foco nos princípios da legalidade e da eficiência e da publicidade também seus pilares.

Baseou-se nos exitosos resultados do projeto do Ministério Público de Santa Catarina – com alterações e acréscimos. Com base nos Relatórios elaborados, os Gestores são instados a firmar com o Ministério Público Termos de Cooperação – assumindo compromissos pela melhoria da gestão tributária.

Espera-se o incremento na arrecadação e nos recursos destinados ao bem-estar geral. Bem informado, o cidadão-contribuinte poderá exigir melhores serviços conforme pague seus tributos. Os Gestores poderão usar o Projeto e a presença do Ministério Público

como justificativa política para mais exação – missão desagradável perante o eleitorado.

Dessa forma, este artigo busca sublinhar o debate sobre temática tributária, da eficiência na arrecadação e dos mecanismos de responsabilização na gestão fiscal.

2 A IMPORTÂNCIA DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA

Como trazido pela doutrina, o Direito Tributário é inerente ao poder estatal, ao poder de tributar. Nas palavras de Aliomar Baleeiro, trata-se da “vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação. Inúmeros testemunhos, desde a Antiguidade até hoje, excluem qualquer dúvida”. (BALEIRO, 2001, p. 1).

O objetivo da tributação está ligado ao da cidadania popular afinal, realizar guerras, prestar serviços públicos, diminuir as desigualdades sociais – tudo demanda recursos financeiros, e estes são obtidos pela exação.

Hugo de Brito Machado Segundo alerta que a instituição e a cobrança do tributo devem ser legitimadas, tanto quando o próprio Estado, em fatores que levam a sociedade a considerá-los como “o preço da cidadania” e de um “contrato social”, em condições ideais, sendo importante pesquisar como obter isso, ainda que seja um ideal difícil de ser alcançado, mas em busca da possível aproximação. (MACHADO SEGUNDO, 2018, p. 22).

A relação entre a soberania popular e o fundamento da tributação assumem funções importantes para a fiscalização e controle populares da instituição e da arrecadação de tributos, bem como da sua aplicação. Essencial que o tributo seja cobrado em conformidade com os parâmetros constitucionais e legais, democraticamente definidos, respeitando a capacidade contributiva.

Sobre a capacidade contributiva, leciona Leandro Paulsen: (PAUL-

SEN, 2015, p. 38).

A Constituição Federal, ao estabelecer as competências tributárias, as limitações ao poder de tributar e a repartição de receitas tributárias, permite que se extraia do seu próprio texto qual o conceito de tributo por ela considerado. Cuida-se de prestação em dinheiro exigida compulsoriamente, pelos entes políticos ou por outras pessoas jurídicas de direito público, de pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem promessa de devolução, forte na ocorrência de situação estabelecida por lei que revele sua capacidade contributiva ou que consubstancie atividade estatal a elas diretamente relacionadas, com vista à obtenção de recursos para o financiamento geral do Estado, para o financiamento de fins específicos realizados e promovidos pelo próprio Estado ou por terceiros em prol do interesse público.

Mensurar a possibilidade econômica é o desafio de quantos lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos, e o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário. (CARVALHO, 2019, p. 224).

Sem dúvida, a tributação hoje é, ainda que indiretamente, um dos grandes instrumentos de justiça social, a favor da sociedade. Além da função tipicamente arrecadatória, a tributação desestimula condutas nocivas, dirige comportamentos: eis a função extrafiscal do tributo. Exemplo é a expressiva alíquota no imposto do cigarro, devida não à capacidade contributiva, mas em razão da nocividade do produto.

Para uma maior conscientização da sociedade em relação à importância da administração tributária, indispensável o fortalecimento da educação fiscal. Somente com esta, saberá a população que é a maior prejudicada com eventos como: sonegação, contrabando, pirataria, falta de transparência, irracionalidade e corrupção na aplicação dos recursos.

3 O PANORAMA FISCAL DO CEARÁ

Dentre os objetivos do Projeto Saúde Fiscal está o combate à

evasão fiscal, por várias causas, grassante nos municípios. Buscando proporcionar o cumprimento das políticas públicas relativas à Governança Fiscal Interfederativa e à Educação Fiscal, surge a necessidade de empreender ações coletivas institucionais fortalecedoras da gestão e a performance fiscal dos municípios de forma cooperada e compartilhada.

Exatamente por isso, faz-se necessário, ainda que de forma resumida, conhecer como é representado o ranking dos municípios cearenses com maior arrecadação. Assim, para esta análise, optou-se por calcular a arrecadação tributária municipal do estado referente aos anos de 2013 e 2016 – cujos dados já se encontravam consolidados quando do lançamento do Projeto. Os dados pormenorizados estão acessíveis na página virtual do Projeto, referida na bibliografia – estando disponíveis ferramentas para análises independentes.

Municípios com Maior Arrecadação no Estado do Ceará (R\$1.000.000 correntes)

Ranking	2013					2016				
	Município	Arrecadação		População		Município	Arrecadação		População	
		R\$1.000.000	(%)	Abs.	(%)		R\$1.000.000	(%)	Abs.	(%)
1	Fortaleza	1.051,58	64,6	2.551.805	29,1	Fortaleza	1.448,22	61,9	2.609.716	29,2
2	São Gonçalo do Amarante	56,98	3,5	46.247	0,5	São Gonçalo do Amarante	97,39	4,2	47.791	0,5
3	Caucaia	43,85	2,7	344.936	3,9	Eusébio	59,84	2,6	51.913	0,6
4	Maracanaú	38,56	2,4	217.922	2,5	Caucaia	59,59	2,5	358.164	4,0
5	Eusébio	32,48	2,0	49.455	0,6	Aquiraz	55,50	2,4	78.438	0,9
6	Sobral	31,69	1,9	197.663	2,3	Maracanaú	55,43	2,4	223.188	2,5
7	Juazeiro do Norte	29,80	1,8	261.289	3,0	Juazeiro do Norte	46,44	2,0	268.248	3,0
8	Aquiraz	26,43	1,6	76.186	0,9	Sobral	44,37	1,9	203.682	2,3
	Demais	316,90	19,5	5.033.072	57,3		471,78	20,2	5.095.325	57,0
	Total	1.628,27	100,0	8.778.575	100,0		2.338,55	100,0	8.936.465	100,0

Como é observado no ranking acima, a capital cearense ocupa o primeiro lugar na posição de município que mais recolhe tributos a partir da relação arrecadação x população. Fenômeno repetido nas outras capitais brasileiras, uma vez que, em razão do maior desenvolvimento industrial e econômico, presentes nas capitais e grandes cidades, a possibilidade de recolhimento tributário aos cofres

públicos é expressamente maior do que comparado a outras cidades com menor fluxo comercial.

A arrecadação dos municípios brasileiros é composta por dois subgrupos principais: receitas tributárias (arrecadação tributária própria) - que decorrem dos tributos de competência municipal, e as receitas de transferência, divididas entre transferências da União e do Estado – que decorrem da repartição da receita tributária auferida por estes entes, e as transferências correntes, decorrentes de fontes diversas. As previsões de tais transferências – que estão no cerne de nosso modelo federativo – estão nos seguintes artigos da Constituição: 153, § 5º, 157, 158 e 159, I, alíneas de “a”, “b” e “c” e inciso II.

Abaixo foi desenvolvido um levantamento geral simplificado, relacionando os tipos de arrecadação e a população. As comparações foram realizadas em dois grupos distintos, sempre tomando por referência a média da arrecadação por habitante: geral, computando-se a média por habitante de todos os municípios, e específica, compreendendo subgrupos que foram definidos a partir das categorias populacionais abaixo e os dados compilados do ano de 2016.

	Até 5.000	5.001- 15.000	15.001- 30.000	30.001- 90.000	90.001+
N. Municípios	02	51	66	56	09
População Total	8.091	554.841	1.387.292	2.867.474	4.145.965
Arrecadação Total	2.308.736	41.527	104.179.767	486.840.202	1.705.580.403
Arrecadação própria por habitante	285,35	74,85	75,10	169,78	411,38
Proporção da arrecadação própria com a Receita Total	4,67%	2,74%	3,07%	6,51%	16,92%

Nota-se, sem margem para dúvidas, que os municípios são na quase totalidade dependentes de transferências da União e do Estado. O presente estudo constatou que, afora as exceções daqueles

de grande porte, como, por exemplo, Fortaleza, Maracanaú, Sobral e Eusébio, ocorre uma distorção no sistema arrecadatório como um todo. Tanto assim que foi necessário realizar ajustes para evitar desvios estatísticos, de forma a não mascarar a realidade da imensa maioria dos casos.

Não é minimamente razoável que quase todos os municípios tenham dependência financeira das transferências constitucionais acima de 93%. É no município que nós, cidadãos, efetivamente vivemos. É preciso esforço contínuo para que a esfera municipal cada vez mais autonomize-se da União e do Estado – como é o desiderato da Constituição de 1988, marcadamente municipalista e social-democrata. Exige, portanto, o investimento do e no Município.

Outro ponto importante é considerar que existem peculiaridades sazonais e regionais que fazem as arrecadações de certos tributos destoarem das médias regionais, ou dos entes municipais de semelhante potencial econômico. Os municípios com vocação turística (como Guaramiranga e Aquiraz) possuem elevada arrecadação per capita de IPTU, haja vista os muitos imóveis de recreação, de maior valor venal, e sem que a eles correspondam contribuintes residentes.

De outra feita, existem investimentos específicos de outras esferas governativas que elevam a arrecadação do ISSQN, como as obras de Transposição do São Francisco (municípios do Cariri), a construção do complexo portuário do Pecém (município de São Gonçalo do Amarante). Estas alterações saltam aos olhos nas comparações que o relatório do Projeto Saúde Fiscal realiza, 184 vezes, entre cada município e seus semelhantes, tanto na região como ao longo do Estado.

4 NEGLIGÊNCIA NO DEVER DE ARRECADAR: POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS

O dever fundamental de pagar tributos não impõe uma tributação que desrespeite as limitações constitucionais ao dever de tributar.

A existência do dever fundamental não faz com que desapareça a preservação do mínimo vital, nem legitima uma tributação separada da capacidade contributiva. O imposto não se esgota em uma simples relação de poder ou de submissão, na verdade, ele deve ser visto como um meio para se atingir fins previstos no texto constitucional.

Prestar serviços públicos de qualidade, realizar políticas públicas que atinjam o desenvolvimento social, investimentos na saúde, eficiência no saneamento básico, todas essas demandas precisam de recursos financeiros para serem efetivadas e utilizadas pela sociedade.

Quando um gestor deixa de cumprir seu dever de corretamente praticar a exação tributária, em última instância está privando os municípios de melhores condições de vida. A Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) prevê, literalmente:

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos.

Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas. [...]

§ 3º - O Poder Executivo de cada ente colocará à disposição dos demais Poderes e do Ministério Público, no mínimo trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias, os estudos e as estimativas das receitas para o exercício subsequente, inclusive da corrente líquida, e as respectivas memórias de cálculo. [...]

Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

Exige-se, além de transparência e rigor técnico, o esforço do gestor em bem arrecadar, sob pena de responsabilização. Mas a legislação também previu um dever de solidariedade, de auxílio da União para a modernização de sua tributação. Cabe, todavia, ao bom gestor buscar tais parcerias, um exemplo extraído da própria legislação é a cooperação financeira, que compreenderá a doação de bens e valores, por intermédio das instituições financeiras federais e o repasse de recursos oriundos de operações externas.

A mesma LRF define que a concessão de anistia tributária está compreendida no conceito de renúncia de receita tributária, conforme se observa do §1º de seu artigo 14. De forma bastante simples, perdoar uma dívida, anistiar total ou parcialmente é, assim, renunciar à receita e não pode ocorrer graciosamente, nem sem planejamento prévio de seus impactos, nem - obviamente - para beneficiar aliados políticos, ou para gerar boa impressão em anos eleitorais.

A Lei 4.320/1964 – Normas Gerais de Direito Financeiro e Orçamentário da Administração Pública, também regula a matéria, também com foco na obrigatoriedade da previsão de receitas e do planejamento para a elaboração e a execução dos Orçamentos. Dentre outros pontos, a lei prevê que caberá aos órgãos de contabilidade, ou de arrecadação, organizar demonstrações mensais da receita arrecadada para servirem de base a estimativa da receita, na proposta orçamentária.

Os crimes tributários, em regra, têm sua tônica no ardil ou artifício empregado pelo agente com vistas à obtenção do resultado (que é o não-recolhimento do tributo). Documentos falsos, omissão de registros, informações incorretas permeiam tais figuras delituosas. (AMARO, 2006, p. 462).

Assim, deixar de cumprir as normas contábeis obrigatórias não é uma irregularidade irrelevante. A falta de formalidade dificulta o acesso democrático ao conteúdo dos atos e normas. O descontrole ou o faz-de-conta nas previsões das Leis Orçamentárias Anuais –

LOAs denotam a irresponsabilidade de quem não quer planejar nem demonstrar quais são as bases de seus planos.

Logo, o desconhecimento da realidade tanto deseduca a população como leva à solução de continuidade de programas e ações de relevância pública. Em último caso, a desorganização serve para mascarar atos ímprobos e criminosos, por dificultarem o controle externo de um modo geral – inclusive pelo Ministério Público.

Demais disto, a Lei 9.430/1996 garantiu efetividade à Lei dos Crimes contra as Ordens Tributária, Econômica e as Relações de Consumo. Tal norma determinou que o Ministério Público seja formalmente comunicado dos casos de sonegação comprovados durante os processos fiscais. Excepcionalmente, é condição de procedibilidade para a ação penal e o pagamento (ou parcelamento) da dívida extingue a pretensão punitiva.

Na prática, acabam servindo o Titular da Ação Penal e o Judiciário como auxiliares extremos da atividade de exação. Deixar de comunicar é impedir o funcionamento do sistema, incentivando a impunidade e, obviamente, recai o responsável em improbidade e crime (no mínimo, nega vigência a Lei Federal). Mas este controle a posteriori é deveras ineficiente diante dos benefícios do trabalho preventivo ora preconizado.

Em interpretação sistêmica, conclui-se que deixar de atuar no sentido de normalmente arrecadar o que lhe é devido, pode representar negligência a reclamar a responsabilização dos gestores pela aplicação de todas as normas acima. Eventual negligência, a ser apurada conforme o devido processo legal e demais garantias (das qual o Ministério Público é também fiscal), pode resultar na responsabilização dos gestores.

Tal negligência pode ocorrer ativamente, quando, a título de “incentivo/benefício fiscal”, ocorrer de forma indevida ou excessiva uma renúncia à cobrança de certo tributo (isenção de IPTU/ISSQN para a instalação de uma indústria, ou reduzindo a dívida inscrita na Dívida Ativa).

5 A GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA E A SINERGIA ENTRE INSTITUIÇÕES

Como instrumento essencial do Projeto Saúde Fiscal mencionamos o Acordo de Cooperação Técnica³ firmado pela Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ), Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (IPECE), Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE), Associação dos Municípios do Estado do Ceará (APRECE) e Ministério Público Cearense elaborado (pendente publicação). É o principal instrumento da faceta tributária do Programa de Governança Interfederativa Ceará Um Só, integrado ao Projeto Saúde Fiscal do MPCE. Por meio do Acordo – ampliando o original Termo de Cooperação deste, realiza-se o desiderato de promover a sinergia entre os atores da gestão pública. Firma-se o compromisso do auxílio mútuo, conforme diretrizes técnicas para o cumprimento da políticas públicas comuns à Governança Fiscal Interfederativa, à excelência da gestão e à Educação Fiscal.

Como algumas das ações celebradas no presente documento, que devem ser cumpridas pelo município, estão: compartilhamento de base de dados e informações contábeis, envio à SEFAZ de relatório circunstanciado das ações realizadas, atualização da legislação tributária no portal da internet, formação de parcerias com outros entes, a fim de viabilizar a criação de Consórcio Intermunicipal de Tributos, formação continuada, assistência técnica, aquisição de equipamentos, software e demais insumos necessários à melhoria da gestão fiscal.

As condutas previstas no respectivo Termo obedecem ao estabelecido na Lei Complementar nº 180, de 18 de julho de 2018, que estabeleceu o referido Projeto “Ceará um Só”, combinada com a Lei Complementar nº 206, de 14 de novembro de 2019 e a Lei nº 16.697

³ Fornecido pela Coordenação do CAODPP, a partir dos arquivos próprios do CAODPP, que espelham o procedimento comum utilizado por todos os órgãos (TCE, SEFAZ, MPCE e SEPLAG).

de 12 de dezembro de 2018, que instituiu o Programa de Educação Fiscal do Estado do Ceará. Há a previsão de premiação aos municípios destacados na melhoria de suas gestões – com relevância em tempos crise fiscal, pela notória pandemia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa aqui desenvolvida, buscou-se um parâmetro entre a arrecadação tributária dos municípios cearenses e o quão estas podem, objetivamente, ser incrementadas. Objetivou o presente estudo, secundariamente, examinar a primazia de dois postulados constitucionais na seara tributária, ligados à almejada justiça fiscal: a isonomia no trato do contribuinte e a função social do tributo.

Os pontos de alerta elaborados por intermédio dos Relatórios⁴ servem para cada município identificar quais problemas e averiguar suas origens: se na instituição do tributo (problemas sobre a base de cálculo, alíquotas, ou mesmo nas hipóteses de incidência); se na sua fiscalização (deficiência do quadro de auditores, do processo fiscal ou, até mesmo, do processo administrativo tributário); se na cobrança do tributo (alta inadimplência e falta previsão normativa de mecanismos extrajudiciais de cobrança) ou, finalmente, na falta de educação tributária.

Para que os Municípios arrecadem as suas receitas próprias, é necessário o enfrentamento das demandas, cientes que são investimentos que, além de cumprir a obrigação constitucional, da lei de responsabilidade fiscal, e evitar penalidades aos administradores, o retorno se dará mediante o aumento da receita própria, diminuindo a dependência das transferências correntes.

Os municípios devem estruturar a sua Administração Tributária Municipal, setor que deve ser responsável pelo lançamento, co-

⁴ Projeto Saúde Fiscal dos Municípios Cearenses. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/caodpp/saudefiscal/relatorios-fiscais/>. Acesso em: 11 jan. de 2020.

brança, arrecadação e inscrição da dívida ativa para a competente execução fiscal – também obrigação legal de cada ente federado – dos inadimplentes.

Os municípios devem atentar à melhoria das receitas próprias e à obrigação de arrecadar, investindo e fortalecendo seus Órgãos ou Departamentos de Arrecadação de Tributos ligados às Secretarias de Finanças. A gestão eficaz das Receitas Próprias, cumprindo os preceitos constitucionais e otimizando a arrecadação, é implementável, gradativamente, mas exige medidas concretas e efetivas – mesmo impopulares.

Não se trata de aumentar isoladamente a carga tributária, sem respeitar segurança jurídica ou capacidade contributiva. Por exemplo, trata-se de aprimorar, atualizar e racionalizar as normas e os procedimentos, identificando e eliminando deficiências e desatualizações das quais decorrem o reduzido aporte. Para tal, a melhor alternativa é a colaboração entre gestores públicos municipais e todos os Órgãos vocacionados ao controle externo e ao planejamento, sinergicamente em busca do bem comum.

FISCAL HEALTH OF MUNICIPALITIES - AN ANALYSIS OF THE TAX COLLECTION OF MUNICIPALITIES IN CEARÁ

ABSTRACT

This article aims, from a methodology of associative data analysis, to present information about the tax collection of the municipalities of Ceará, having as a starting point the information presented by the Municipality to the auxiliary control body, the Court of Auditors of the State of Ceará - TCE/CE, the Federal Revenue Secretariat and the Brazilian Institute of Geography and Statistics, with the purpose of producing knowledge that may be of interest to managers. Over time, an increase in revenue is expected, and thus an increase in resources

available for public policy investment. Therefore, the present study seeks to bring up the debate on the importance of the tax thematic, the efficiency of tax collection as a mechanism of responsibility in tax management for the adequate provision of public services to the entire population.

Keywords: Collection. Responsibility. Public services.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. ed. Atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2020
- BRASIL. **Lei nº 12.092, de 21 de dezembro de 2006**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 10 jan. 2020
- BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 10 jan. 2020
- BRASIL. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/L9430.htm> Acesso em: 10 jan. 2020
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário** / Paulo de

Barros Carvalho. – 30. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. – 10. ed. rev e atual – São Paulo: Atlas, 2018

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo** / Leandro Paulsen. 7. Ed. revisada, atualizada e ampliada. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Projeto Saúde Fiscal dos Municípios Cearenses. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/caodpp/saundefiscal/>. Acesso em: 11 jan. 2020.

A preponderância dos direitos humanos, da família e do melhor interesse da criança e do adolescente nos direitos humanos internacionais: O caso Görgülü e sua importância para o sistema europeu de direitos humanos e reflexos para o sistema interamericano¹

Eneas Romero de Vasconcelos²

RESUMO

O presente artigo analisa importante contribuição para os direitos humanos internacionais a partir da análise do caso Görgülü, em que a CtEDH estabeleceu um critério universal de respeito ao direito da família e dos pais naturais de guarda e visita aos filhos, de acordo com o princípio do melhor interesse. No caso, o direito do genitor biológico acabou sendo assegurado no âmbito do direito interno após decisão do Tribunal Constitucional Alemão. A decisão do caso Görgülü, pelo Tribunal Constitucional, fixou um parâmetro mínimo para a interpretação e aplicação da CEDH, que pode ser considerado tímido, na medida em que apenas garantiu a necessidade de levar em consideração a CEDH. A interpretação que foi dada ao caso Görgülü, pelos Tribunais, alemães garantiu que a Convenção seja levada em consideração, sempre que for aplicável e também a proeminência no direito nacional para o Tribunal internacional.

¹ Data de Recebimento: 17/12/2019. Data de Aceite: 29/05/2020.

² O autor é Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (Unb), foi bolsista CAPES/DAAD de doutorado na Universidade de Göttingen na Alemanha, pesquisador do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-Americano (CEDPAL) e Promotor de Justiça no Estado do Ceará. E-mail: eneasromero@hotmail.com

Palavras-chave: Direitos humanos. Corte Europeia de Direitos Humanos. Direito da Criança e do Adolescente. Princípio do Melhor interesse. Conflito entre jurisdição. Direito Internacional.

1 INTRODUÇÃO

A Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante CtEDH ou Corte de Estrasburgo), estabelecida em 1959, depois da aceitação da cláusula opcional por 9 Estados, é a mais antiga Corte Regional de Direitos Humanos do mundo e é considerada como a mais efetiva das Cortes Internacionais.³ A sua jurisprudência tem influenciado todos os 47 Estados-parte⁴ nos mais diversos aspectos dos direitos humanos, embora muitas vezes tenha enfrentado resistência dos Estados e dos Poderes do Estado.

A Alemanha, desde o advento da Lei Fundamental de 1949, vem buscando seguir estritamente os direitos fundamentais e, depois que incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos, ela tem ocupado um importante papel na efetivação dos direitos humanos internacionais na ordem interna. Algumas vezes, o papel proeminente que a CtEDH adquiriu tem encontrado resistência no direito interno, inclusive no alemão, e a vinculação da Convenção e da jurisprudência da Corte Europeia encontrou resistência por parte dos Tribunais locais. O caso *Görgülü* é um dos *leading cases* para compreender a relação entre a Corte de Estrasburgo e os Tribunais nacionais, inclusive das Cortes Constitucionais, e entre a CEDH e o direito interno.

Apesar de já ter mais de uma década, o caso *Görgülü* ainda é pouco conhecido no Brasil, e os problemas que foram enfrentados nele podem servir para melhor compreender e apresentar soluções

3 Sobre a Efetividade da Corte Europeia de Direitos Humanos, ver: LOVAT, Henry and SHANY, Yuval. *The European Court of Human Rights. In: Assessing the Effectiveness of International Courts.* Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 253-276. Para a afirmação, ver p. 253 e nota 2.

4 Para uma lista completa dos 47 Estados-parte atualmente, ver: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=#n1347951547702_pointer acesso em: 5 de novembro de 2014 às 19 h 30.

para outras situações, inclusive para os conflitos entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os sistemas nacionais, inclusive o brasileiro, como se mostrará adiante.

2 RESUMO DO CASO

Antes de se discutir o mérito, é necessário compreender o caso Görgülü.⁵ Kazim Görgülü, um cidadão turco, residente em Krostitz na Alemanha, manteve um relacionamento, entre 1997 e 1999, com uma cidadã alemã, a Sra. M., que terminou o relacionamento enquanto estava grávida. Em 25 de agosto de 1999, nasceu Christopher, filho de Görgülü e da Sra. M., que foi registrado apenas com o nome da genitora, e entregue logo depois do seu nascimento para adoção no Tribunal local, sem o consentimento do genitor, que não foi comunicado sobre o nascimento de seu filho, embora tivesse manifestado para a genitora, durante a gravidez, interesse em manter a guarda da criança.

Logo depois de receber a criança, o órgão legal responsável na Alemanha (o Wittenberg Jugendamt) informou sobre o nascimento a um casal (o Sr. e Sra. B), que já adotara uma criança anteriormente, e estava inscrito para adotar uma outra criança. O Casal B recebeu, então, Christopher do hospital, 4 dias depois de ser comunicado, e menos de uma semana depois do seu nascimento e o levou para casa. Somente 2 (dois) meses depois, em Outubro do mesmo ano, é que Görgülü soube do nascimento de seu filho, e se dirigiu, em novembro, para o órgão responsável em Leipzig para receber a guarda de seu filho, mas não obteve informações do Estado em razão de a genitora não ter informado qualquer dado sobre o genitor para o órgão local, que se recusou a informar em face do sigilo. Somente depois de comparecer com a genitora ao mesmo órgão no final de novembro é

⁵ Para uma análise detalhada do caso, ver: KLEIN, Karen. Der Fall Görgülü. Ein Sorgerechtsstreit schreibt Rechtsgeschichte. St. Ingbert: Röhrig Universitätsverlag, 2010.

que Görgülü conseguiu informações sobre o seu filho e ingressou, no início do ano seguinte, com uma ação judicial perante a Corte local de Wittenberg, solicitando o reconhecimento de paternidade e a guarda da criança. A paternidade, após exame de DNA, foi reconhecida, mas somente em setembro de 2000 (mais de um ano depois do nascimento do filho de Görgülü) é que, em uma audiência na corte Local de Wittenberg, foi decidido que encontros entre o pai biológico, os pais adotivos, o curador judicial nomeado e a criança deveriam ser feitos, o que ocorreu entre outubro e dezembro de 2000. As visitas cessaram em janeiro (supostamente) em face da doença da criança. Görgülü solicitou, ainda em janeiro, que fossem agendadas novas visitas, o que foi determinado pela Justiça local. Em março de 2001, a Corte de Wittenberg concedeu a guarda de Christopher para o seu genitor biológico conforme Art. 1672 (1) do Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch). A Corte argumentou que a criança estava bem adaptada com o seu genitor biológico, que tinha todas as condições de cuidar dela do melhor modo. Considerou, ainda, que eventual descoberta posterior de sua paternidade biológica, sem que lhe fosse garantida a guarda ao genitor biológico, poderia ter sérias consequências para a criança sem embargo do direito de visitas dos adotantes poderia ser benéfica. O órgão responsável e o casal adotante, o Sr. e a Sra. B, recorreu da decisão do Tribunal de Wittenberg para a Tribunal de Naumburg (Oberlandesgericht Naumburg), que suspendeu os efeitos da sentença que determinara a guarda provisória em favor de Görgülü, até que fosse julgado o mérito da apelação.

Neste ínterim, em junho de 2001, a Corte de Wittenberg regulou o direito de visitas por Gürgülü, mas, logo em seguida, a Corte de Naumburg revogou o direito de visitas até junho de 2002, e denegou o pedido de guarda por Görgülü: (1) por supostamente não atender ao melhor interesse da criança, (2) pelas melhores condições financeiras do casal B, (3) pelo longo período de guarda do casal adotante, e uma mudança poderia causar sérios prejuízos psicológicos para

a criança. O Tribunal de Naumburg baseou-se na sua experiência, no relatório do curador e em relatório médico, mas não solicitou uma análise mais aprofundada do caso por equipe interdisciplinar imparcial. Görgülü levou o caso para a Corte Constitucional Alemã, mas o recurso não foi conhecido. Görgülü ingressou com sucessivos pedidos de guarda, mas não obteve êxito. A adoção continuou sendo discutida judicialmente.

Após o esgotamento dos recursos internos e no prazo legal, Görgülü levou o caso para a Corte de Strasbourg. O Caso Görgülü v. Alemanha foi instruído e julgado no mérito em 2004.⁶ A Corte reconheceu, então, que não houve violação ao Art. 6º e houve violação parcial ao Art. 8º (violação ao direito de guarda pelo genitor biológico⁷ e ao direito de visita⁸) da CEDH e condenou a Alemanha a fazer a reparação civil de Görgülü no valor de 15.000,00 (quinze mil Euros) e, ainda, a pagar as custas e despesas processuais.

6 Corte Europeia de Direitos Humanos, Terceira Seção, Case Görgülü v. Germany, Application no. 74969/01, Julgamento final em 26 de maio de 2004, disponível em : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61646>, acessado em 05 de novembro de 2014 às 19 h.

7 “46. The Court concedes that an instant separation from Christofer’s foster family might have had negative effects on his physical and mental condition. However, bearing in mind that the applicant is Christofer’s biological parent and undisputedly willing and able to care for him, the Court is not convinced that the Naumburg Court of Appeal examined all possible solutions to the problem. In particular, that court does not appear to have examined whether it would be viable to unify Christofer and the applicant under circumstances that would minimise the strain put on Christofer. Instead, the Court of Appeal apparently only focussed on the imminent effects which a separation from his foster parents would have on the child, but failed to consider the long-term effects which a permanent separation from his natural father might have on Christofer. The solution envisaged by the District Court, namely to increase and facilitate contacts between the applicant and Christofer, who would at an initial stage continue to live with his foster family, was seemingly not taken into consideration. The Court recalls in this respect that the possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological father and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur (K. and T. v. Finland, cited above, § 179).” Caso Görgülü (nota 4), § 46.

47. In the light of the above, the Court finds that there was a violation of Article 8 of the Convention.” Caso Görgülü, (nota 4), §§ 59 e 60.

8 “50. Accordingly, and bearing in mind the more narrow margin of appreciation as regards restrictions on parental rights of access (see paragraph 42 above), the Court considers that the reasons which the Naumburg Court of Appeal relied on to suspend the applicant’s access to his child for one year, were insufficient to justify such a serious interference in the applicant’s family life. Notwithstanding the domestic authorities’ margin of appreciation, the interference was therefore not proportionate to the legitimate aims pursued.” Caso Görgülü (nota 4), § 50.

“Consequently, there has been a violation of Article 8 of the Convention.” Caso Görgülü (nota 4), § 51 e §§ 59 e 60.

3 OS EFEITOS DO “CASO GÖRGÜLÜ” NO DIREITO NACIONAL ALEMÃO

Depois do julgamento do “Caso Gürgülü” pelo CtEDH, o caso foi novamente levado ao Tribunal de Wittenberg, que determinou o direito de visitas do genitor biológico. Os adotantes recorreram e o Tribunal de Naumburg (OLG Naumburg), que indeferiu o recurso e, mais importante para os direitos humanos internacionais, decidiu que os julgamentos da Corte de Estrasburgo vinculam apenas a República Federal da Alemanha, mas não vinculam os Tribunais alemães, enquanto órgãos de um poder independente.

Görgülü recorreu, então, do acórdão, do Tribunal de Naumburg para o Tribunal Constitucional alemão que reconheceu uma violação ao Art. 6º da Lei Fundamental e ao princípio do Estado de Direito, e decidiu que a CEDH e os julgamentos da CtEDH devem ser levadas em consideração pelo Tribunais locais e somente podem deixar de ser aplicadas quando forem incompatíveis com a Constituição alemã.⁹

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão foi muito discutida e gerou uma série de dúvidas. No caso, há dois aspectos a serem analisados: (1) a CEDH e o seu status, a sua aplicação e interpretação no direito interno; (2) a vinculação do Estado alemão e dos tribunais locais (inclusive do Tribunal Constitucional) às decisões da CtEDH.

4 A CEDH

A CEDH entrou em vigor em 1953, e é considerada a mais efetiva das cortes internacionais.¹⁰ Desde que entrou em vigor, a CEDH

9 Ver caso Gürgülü (nota 18), § 1º: „Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung“.

10 KELLER, Helen & STONE Sweet, Alec. The Reception of the ECHR in National Legal Orders. In: Keller, Helen; Stone Sweet, Alec (Eds.). A Europe of rights. The impact of the ECHR on national legal systems. Oxford: Oxford Univ. Press, 2008, p. 3: “The European Convention on Human Rights is the most effective human rights regime in the world”.

obteve consistente evolução com a incorporação de protocolos adicionais e a criação de instituições para exigir o seu cumprimento, tendo especial destaque a CtEDH em sua atual configuração. De igual modo, a CEDH obteve progressivo sucesso na implementação dos direitos humanos pelos Estados-parte e na recepção da CEDH pelos mesmos.¹¹ A Alemanha ratificou a CEDH, em 5 de dezembro de 1952, antes de sua entrada em vigor, em 3 de setembro de 1953. A Alemanha adota uma concepção dualista e um tratado internacional deve ser incorporado ao direito nacional obedecendo, formal (no procedimento) e materialmente, à Constituição, conforme o Art. 59 (2) da Lei Fundamental. As relações entre a Convenção e os direitos fundamentais é, porém, mais complexa e apresenta mais nuances do que apresentando inicialmente por uma visão estritamente dualista.

O caso Görgülü, decidido tanto pela CtEDH quanto pelo Tribunal Constitucional Alemão, é um dos mais importantes casos em que essa relação entrou em conflito.

O primeiro ponto a ser visto é que a CEDH foi reconhecida como normal de aplicação cogente e os Arts. 6º e 8º que fundamentaram a decisão da CtEDH foram também aplicados pelo Tribunal Constitucional.

4.1 O art. 6º da CEDH

O artigo 6º da CEDH trata do direito ao fair trial ou ao processo equitativo (na tradução oficial de Portugal, enquanto Estado-parte da CEDH) é amplamente protegido nos direitos humanos internacionais (o artigo 8º da CADH protege as garantias judiciais e o art. 14 do PIDCP as devidas garantias). O Art. 6º prevê:

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por

¹¹ Sobre a incorporação da CEDH na Europa, ver: KELLER e STONE (nota 8).

um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Embora haja uma discussão terminológica, a importância do fair trial é evidente, e se incorporou de tal modo aos standards do processo interno que, na Alemanha, por exemplo, o termo “fair” em inglês foi mantido e se incorporou à linguagem jurídica alemã, a denominada “fares verfahren”.¹²

Um dos elementos do fair trial é o direito à fair hearing (ou à oitiva com as devidas garantias). No caso específico, a CtEDH não encontrou

¹² Fletcher, George P. “‘Fairness’ in German and American legal discourse”. In: *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, 2008, pp. 1241–1250.

violação do Art. 6º e ao devido processo já que o requerente “estava suficientemente envolvido no processo decisório” e pode “discutir o conteúdo das opiniões dos experts”.¹³

4.2 O art. 8º da CEDH

O Art. 8º da CEDH trata do direito à família, à convivência familiar e do princípio do melhor interesse da criança, in verbis:

Artigo 8º

(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

No caso do Art. 8º da CEDH, a CtEDH reconheceu a sua violação parcial em relação ao direito de guarda pelo genitor biológico¹⁴ e ao

13 Caso Görgülü (nota 4), § 59 e 60: “The Court has found above that the applicant was sufficiently involved in the decision-making process for the purposes of Article 8 of the Convention. The Court finds no indication that the procedures or decisions adopted by the domestic courts in this case infringed the fairness requirement at the heart of Article 6 § 1 of the Convention, in particular as the applicant, represented by legal counsel, had the opportunity to challenge the contents of the expert opinions during the court proceedings. As regards the legal representation of the Youth Office and the foster parents by the same counsel, albeit in different proceedings, the Court notes furthermore that in its decision of 9 March 2001 the Wittenberg District Court had already taken notice of and mentioned this double representation. There is no indication that this element had any influence on the German courts’ decisions. Moreover, the applicant does not appear to have given weight to this complaint, as he did not raise it before the Federal Constitutional Court.”

“In sum, the Court finds that with regard to the proceedings before the Court of Appeal, there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.”

14 Caso Görgülü (nota 4), § 46 “The Court concedes that an instant separation from Christofer’s foster family might have had negative effects on his physical and mental condition. However, bearing in mind that the applicant is Christofer’s biological parent and undisputedly willing and able to care for him, the Court is not convinced that the Naumburg Court of Appeal examined all possible solutions to the problem. In particular, that court does not appear to have examined whether it would be viable to unify Christofer and the applicant under circumstances that would minimise the strain put on Christofer. Instead, the Court of Appeal apparently only focussed on the imminent effects which a separation

direito de visita¹⁵. A Corte reconheceu que o genitor biológico tem direito a guarda de seu filho¹⁶ e que a distância entre ambos poderia ter efeitos na saúde física e mental da criança. Nesse sentido, a solução dada pelos Tribunais alemães que impediu a guarda pelo genitor biológico não atendeu ao melhor interesse da criança de conviver com o seu genitor biológico, que, desde o início, procurou reaver a guarda da criança. Ainda mais grave, foi a proibição do direito de visitas pelo genitor biológico, o que poderia acarretar danos ainda maiores para a saúde física e mental da criança.

5 A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CTEDH)

A CEDH apenas reconhece a violação da Convenção (no caso do Art. 8º) e condena o Estado à reparação da vítima no caso. Não há previsão expressa para a vinculação dos tribunais nacionais da decisão da CtEDH, e esse ponto tem sido amplamente discutido. No caso específico, após a decisão da CtEDH, o caso foi novamente decidido na Alemanha, o que culminou com o julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão, que foi de suma importância para os direitos humanos internacionais.

from his foster parents would have on the child, but failed to consider the long-term effects which a permanent separation from his natural father might have on Christofer. The solution envisaged by the District Court, namely to increase and facilitate contacts between the applicant and Christofer, who would at an initial stage continue to live with his foster family, was seemingly not taken into consideration. The Court recalls in this respect that the possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological father and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur (K. and T. v. Finland, cited above, § 179)."

47. "In the light of the above, the Court finds that there was a violation of Article 8 of the Convention..."
Caso Görgülü (nota 4), § 47.

15 "Accordingly, and bearing in mind the more narrow margin of appreciation as regards restrictions on parental rights of access (see paragraph 42 above), the Court considers that the reasons which the Naumburg Court of Appeal relied on to suspend the applicant's access to his child for one year, were insufficient to justify such a serious interference in the applicant's family life. Notwithstanding the domestic authorities' margin of appreciation, the interference was therefore not proportionate to the legitimate aims pursued. Consequently, there has been a violation of Article 8 of the Convention."
Caso Görgülü, nota 4, §§ 59 e 60.

16 Caso Görgülü (nota 4), § 45: "Article 8 of the Convention thus imposes on every State the obligation to aim at reuniting a natural parent with his or her child (see K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, § 178, ECHR 2001- VII, Johansen v. Norway, judgment of 7 August 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, p. 1008, § 78, and Olsson v. Sweden (no. 1), judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, p. 36, § 81). In this context, the Court also notes that effective respect for family life requires that future relations between parent and child not be determined by the mere passage of time"

6 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

A relação entre direito internacional e direito nacional e entre os direitos humanos internacionais¹⁷ e os direitos fundamentais nacionais¹⁸ já vinha sendo discutida antes do caso Görgülü na Alemanha e na Europa. Hoje, os direitos humanos internacionais, especialmente a CEDH e a jurisprudência da CtEDH, têm um papel de destaque reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência alemã.¹⁹

No caso Görgülü,²⁰ o Tribunal Constitucional Alemão considerou que²¹ os Tribunais alemães têm a obrigação de levar em consideração as decisões da CtEDH, e que a violação de referida obrigação violaria o art. 2º, § 3º da Lei Fundamental e o Princípio do Estado de Direito.²² A interpretação da Convenção, porém, tem como li-

17 Sobre os direitos humanos internacionais, ver: KÄLLIN, Walter & KÜNZLI, Jörg. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

18 Utilizam, normalmente, a expressão direitos fundamentais constitucionalistas como: MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 197-210; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 514-530; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 33-41. Utilizam a expressão direitos humanos internacionalistas como: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume 1, p. 17-58.

19 Ver as seguintes obras: KLEINLEIN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*. Heidelberg: Springer, 2012. SAUER, Heiko. *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystem. Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen. Conflicts of jurisdiction in multi-level systems*. Berlin, Heidelberg and New York: Springer, 2008. ISBN 978-3-540-77227-9. Klatt, Matthias (2014): *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz. Univ., Habil.-Schr.--Hamburg, 2013. Tübingen: Mohr Siebeck (Jus publicum, 232).

20 BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004, Absatz-Nr. (1 - 73), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bv1r148104.html, último acesso em 10/02/2015.

21 BVerfG, 2 BvR 1481/04 (nota 18), § 18: "Die Europäische Menschenrechtskonvention gilt in der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes und ist bei der Interpretation des nationalen Rechts – auch der Grundrechte und rechtsstaatlichen Garantien – zu berücksichtigen (1.). Die Bindungswirkung einer Entscheidung des Gerichtshofs erstreckt sich auf alle staatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen (2.). Die Art und Weise der Bindungswirkung hängt von dem Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe ab und von dem Spielraum, den vorrangig anwendbares Recht lässt. Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entscheiden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen können (3.). Ein Beschwerdeführer kann die Missachtung dieser Berücksichtigungspflicht als Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip rügen (4.)."

22 Sobre a violação da falta de observância ao princípio do Estado de Direito ver BVerfG 2, BvR 1481/04 (nota 18), § 47, in verbis: „Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hängt von dem jeweiligen Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe und des einschlägigen Rechts ab. Verwaltungsbehörden und Gerichte können sich nicht unter Berufung auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte von der rechtsstaatlichen Kompetenzordnung und der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) lösen. Zur Bindung an

mite para interpretação os métodos tradicionais de interpretação do direito.

Na decisão, o Tribunal Constitucional decidiu que: “no caso de aplicação dos direitos fundamentais deve-se recorrer à Convenção Europeia de Direitos Humanos em sua concreta formação como auxiliar na sua interpretação. Enquanto se amoldar aos métodos Standards de interpretação e o sopesamento estiver aberto, os Tribunais alemães têm o dever de conferir um ranking superior a interpretação conforme à Convenção. Algo diferente vige, porém, quando a observância da decisão do Tribunal (de Estrasburgo) em razão de alguma mudança nos fatos básicos vai de encontro inequivocamente ao direito vigente ou a uma disposição constitucional, nomeadamente também ao violar o direito fundamental de terceiros. Levar em consideração significa tomar conhecimento das disposições convencionais na interpretação do tribunal e aplicá-la ao caso na medida em que a aplicação não violar uma norma de hierarquia superior, especialmente a Constituição”.²³

Gesetz und Recht gehört aber auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische “Vollstreckung” können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.“

23 BVerG 2, BVR 1481/04 (nota 18), § 62, in verbis: “Dies gilt in besonderem Maße für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, die dazu beiträgt, eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung zu fördern. Das Grundgesetz weist mit Art. 1 Abs. 2 GG dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz zu. Dieser ist in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG die Grundlage für die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen (vgl. BVerfGE 74, 358 <370>). Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt. “Berücksichtigen” bedeutet, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt. Die Konventionsbestimmung muss in der Auslegung des Gerichtshofs jedenfalls in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, das Gericht muss sich zumindest gebührend mit ihr auseinandersetzen. Bei einem zwischenzeitlich veränderten oder bei einem anderen Sachverhalt werden die Gerichte ermitteln müssen, worin der spezifische Konventionsverstoß nach Auffassung des Gerichtshofs gelegen hat und warum eine geänderte Tatsachenbasis eine Anwendung auf den Fall nicht erlaubt. Dabei wird es immer auch von Bedeutung sein, wie sich die Berücksichtigung der Entscheidung im System des jeweiligen Rechtsgebietes darstellt. Auch auf der Ebene des Bundesrechts genießt die Konvention nicht automatisch Vorrang vor anderem Bundesrecht, zumal wenn es in diesem Zusammenhang nicht

No caso Görgülü, foi reconhecido o dever de levar em consideração a interpretação da Convenção pela Corte, que somente pode deixar de ser aplicada quando contrariar frontalmente uma norma de hierarquia superior, especialmente a Constituição. Embora não tenha afirmado, na época, a vinculação direta dos tribunais alemães às decisões da CtEDH, a Corte Constitucional alemã conferiu uma grande importância à mesma e estabeleceu que havia uma obrigação argumentativa dos tribunais de interpretar e aplicar a CEDH e a interpretação da Corte, o que somente excepcionalmente poderia não ocorrer. Nessa linha, a jurisprudência foi coerente com a doutrina já anteriormente manifestada no caso Solage I e Solange II. Referida decisão teve um grande impacto no direito alemão, no sistema regional europeu de direitos humanos e no sistema internacional de direitos humanos.

7 O CUMPRIMENTO E CONSEQUÊNCIAS DO CASO GÖRGÜLÜ PARA O SISTEMA ALEMÃO E EUROPEU

Ao final, o julgamento da CtEDH foi cumprido pelo Estado alemão, que pagou a indenização e os custos determinados, e pelos tribunais locais que terminaram, após resistência com graves consequências para os juízes, por cumpri-la e transferir a guarda de Christopher para o seu genitor biológico, Görgülü com o devido acompanhamento psicológico de todos os interessados, inclusive dos adotantes.²⁴ Muito mais do que o cumprimento do acórdão da CtEDH, foi o significado

bereits Gegenstand der Entscheidung des Gerichtshofs war”.

24 From August 2005 onwards considerable progress had been made as regards the exercise of these rights, as a result of which the competent court granted to the applicant an extension of his visiting rights in December 2006. As from September 2007 onwards, the scheduled visits no longer took place due to certain difficulties between the parties concerned. However, the German authorities rapidly implemented an action plan, including a whole range of measures amongst which psychological assistance to all parties concerned. Thanks to this action plan, regular visits started to take place again from the end of November 2007 and since February 2008, the son has been living with the applicant and his family.” Resolution CM/ResDH(2009)4, Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Görgülü against Germany, Application No. 74969/01, judgment of 26 February 2004, final on 26 May 2004, rectified 24 May 2005.

que as decisões do caso Görgülü pela CtEDH e pelo Tribunal Constitucional Alemão tiveram para o sistema regional europeu de direitos humanos e para os direitos humanos internacionais.

Apesar de não admitir uma vinculação direta dos tribunais alemães à interpretação da CEDH, o acórdão do caso Görgülü pela Corte Constitucional alemã estabeleceu que: 1) há uma obrigação de interpretar os direitos fundamentais conforme à CEDH; 2) nos casos em que envolver o país, a jurisprudência alemã tem o dever de levar em consideração à interpretação da CtEDH; 3) somente excepcionalmente, quando houver violação inequívoca da Constituição de acordo com os métodos tradicionais de interpretação, é que a CEDH e a interpretação conferida pela CtEDH poderão deixar de ser aplicada pelos tribunais locais no caso concreto envolvendo o Estado-parte.

Embora tenha admitido que, excepcionalmente, a interpretação da Corte Constitucional possa prevalecer e tenha negado uma vinculação direta e imediata, foi reconhecido no caso Görgülü e desde então está consolidado no direito alemão, e no sistema regional de direitos humanos (embora com alguma resistência por alguns Estados) a obrigação de, pelo menos, interpretar a CEDH e ter em consideração a jurisprudência da CtEDH.

No sistema interamericano, e especialmente no Brasil, não é reconhecida ainda (por alguns Estado-parte, como ocorre com o Brasil) sequer a obrigação de interpretar a CADH nos casos em que um direito protegido por ela esteja regulado e, menos ainda, a vinculação à jurisprudência ou a obrigação de ter em consideração a jurisprudência da CtIADH, como se verá agora.

8 O CASO GÖRGÜLÜ, A CTIDH E O DIREITO BRASILEIRO

O caso Görgülü trata dos direitos humanos no sistema regional europeu, que não tem vigência para o sistema interamericano. As normas vigentes aplicadas ao caso, porém, tem redação muito se-

melhante na CADH (sobre a guarda e o direito de família e o direito ao fair trial), e o reconhecimento dos efeitos da decisão da CtEDH certamente são importantes para o debate atual no sistema regional americano e no Brasil sobre a recepção da CADH no direito nacional, e sobre a vinculação dos tribunais nacionais, inclusive do STF.

O direito à convivência familiar e comunitária é previsto pelo Art. 17 e 19 da CADH.²⁵ A redação dos artigos é muito parecida e trata do direito humano ao respeito pela vida privada e familiar (Art. 8º da CEDH) e da proteção da família (Art. 17 da CADH), in verbis:

Artigo 8º

(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”
“Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.”

A CEDH e a CADH pertencem a diferentes sistemas. No atual estágio em que se encontram os direitos humanos fundamentais, porém, a influência entre elas, especialmente para garantir um standard universal mínimo de direitos humanos, como é o caso Görgülü, decorre do que tem sido denominado de várias formas

²⁵ “Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento”.

“Artigo 19. Direitos da criança.

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.” Cfr. http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Para a versão oficial brasileira, ver o Decreto 678/92 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) e o anexo da Convenção com texto oficial adotado pelo Brasil enquanto Estado-parte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf

como cross-fertilization,²⁶ interdependência nos direitos humanos internacionais,²⁷ transconstitucionalismo,²⁸ dentre outros termos.

No caso do princípio que fundamenta o acórdão do caso *Görgülü*, o direito à família, à convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança, também se encontram previstos no sistema inter-americano e no sistema jurídico brasileiro. O princípio do melhor interesse²⁹ já foi reconhecido também pela jurisprudência consultiva da CtIDH, que cita inclusive a jurisprudência da CtEDH.³⁰ A CtIDH tem importante jurisprudência na área de direitos humanos das crianças.³¹

No caso específico do princípio do melhor interesse, pode-se

26 Segundo DORSEN: "One sign of the cross-fertilization and dialogue in constitutional law is the increasing practices of supreme and constitutional courts to cite to international instruments and foreign decisions. Many newer courts, as in South Africa, and many courts interpreting relatively new constitutional instruments, as in Canada, routinely cite to other jurisdictions. Even some justices of the U.S. Supreme Court, older and more insular that its breathing, have cited foreign cases and foreign examples". DORSEN, Norman et. al. *Comparative Constitutionalism: cases and materials*, preface, p. iii, 27 CAÑADO TRINDADE reconhece, no seu Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, que "a Declaração e Programa de Ação de Viena resultante da Conferência Mundial de Derechos Humanos de 1993, além de declinar considerável espaço a cada um dos elementos da triade, muito significativa e categoricamente afirmou que a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos são 'interdependentes' e se reforçam mutuamente" TRINDADE, Antônio Augusto Cañado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 2, p. 204. No mesmo sentido, afirma: "Afastada, no presente domínio, a compartimentalização, teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno, em nossos dias, com a interação dinâmica entre um e outro neste âmbito de proteção, é o próprio direito que se enriquece - e se justifica, - na medida em que cumpre a sua missão última de fazer justiça. No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano. Nestes anos derradeiros a conduzir-nos ao final do século, é alentador ao menos constatar que o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de ambos da proteção do ser humano." TRINDADE, Antônio Augusto Cañado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume 1, p. 445.

28 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 129: "O que caracteriza o transconstitucionalismo é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídicos-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a 'conversação' constitucional é indispensável".

29 O princípio do melhor interesse teve origem no instituto do *parens patrie* do direito anglo-saxônico em que o Estado outorgava para si a guarda dos loucos e menores, que evoluiu para a proteção infantil e, por fim, para a oficialização da proteção do melhor interesse, *best interest* (1836). A Declaração Internacional dos Direitos da Criança de 1959 o previa. No Brasil, até mesmo o Código de Menores, em seu art. 5º, o previa também, embora em consonância com a doutrina da situação irregular e restrita as pessoas nesta situação.

30 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, §§ 71 e 74, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

31 Para uma visão ampla do problema, ver: TINTA, Monica Feria. *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child*, Brill Nijhoff.

falar, inclusive, na dupla vigência da norma no plano nacional e internacional, o que torna a sua interpretação e aplicação obrigatória pelos tribunais nacionais, e levando em consideração a interpretação da CtIDH, conforme defendemos em outro artigo, in verbis:

A obrigação de o STF (e os demais tribunais nacionais) fundamentarem suas sentenças e acórdãos na interpretação dos direitos humanos pela Corte IDH decorre da sua: 1) institucionalidade: é reconhecida oficialmente pelo Estado brasileiro como a última instância, no direito internacional, para interpretar a Convenção Americana, norma que também é vigente no direito brasileiro; 2) identidade da fonte normativa, tanto o STF quanto a Corte IDH interpretam a Convenção como fonte vigente de direito, nacional e internacional, respectivamente; 3) vinculação do Estado perante o direito internacional: o Brasil (embora não o STF) está obrigado a respeitar essas decisões, que, pelo menos no âmbito internacional, são vinculantes e cogentes; 4) interpretação mais protetiva, uma interpretação mais protetora dos direitos humanos a partir do controle de convencionalidade deveria ser aplicada, se compatível com a Constituição, ou, pelo menos, levadas em consideração pelo STF na fundamentação de seus acórdãos.³²

A utilização dos direitos humanos internacionais como parâmetro para a interpretação dos standards mínimos no sistema regional americano de direitos humanos e no sistema brasileiro refletem consensos científicos internacionais³³, sendo legítima a procura dos melhores argumentos para fundamentar uma decisão nacional com base nos parâmetros argumentativos da comunidade acadêmica internacional.³⁴

32 Cfr. de Vasconcelos, Eneas Romero, O Conflito entre Direito Nacional e Internacional: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (The Conflict Between National and International Law: The Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian Supreme Court Amnesty Case Law) (February 1, 2014), p. 20. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2389415> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2389415>

33 Nesse sentido, veja-se: WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, IN: Harvard Law Review, Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 129-147.

34 WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, pp. 132-133.

9 O CASO GÖRGÜLÜ, A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E A OBRIGAÇÃO DE (PELO MENOS) TER EM CONSIDERAÇÃO A CEDH

Além da importância para os direitos humanos internacionais, para o direito da criança e de família, o caso Görgülü ampliou o debate tornou possível a solução (ainda que parcial) para resolver o problema da relação entre direitos humanos internacionais e nacionais, e a vinculação das Cortes nacionais e internacionais, problema ainda sem resposta no Brasil, já que o Supremo Tribunal Federal vem sendo refratário há uma aplicação plena da CADH, embora admita o seu status supra legal e a aplique em alguns casos com bastante abrangência.³⁵

O STF já reconheceu o princípio pro homine que determina que direitos fundamentais de modo a garantir a ampliação da proteção dos direitos e liberdades, não podendo interpretá-los restritivamente. No leading case relativo à prisão civil do depositário infiel, a norma mais benéfica à vítima prevaleceu e tornou ineficaz a legislação infraconstitucional fundamentada em norma constitucional menos protetiva (a que garantia a prisão civil). Nesse sentido, é bastante clara a emenda do acórdão do RE 466.343-1 SP:

PRISÃO CIVIL.

Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (grifei).

³⁵ Para uma análise mais detalhada desse tema, ver: de Vasconcelos, Eneas Romero (nota 30).

Apesar de ter admitido a prevalência da Convenção no referido caso, o mesmo não tem ocorrido em outros, como ocorreu no caso da anistia. Mais grave ainda é que a obrigação de ter em consideração, em todos os casos em que for aplicável, à Convenção e a jurisprudência da CtIDH ainda não foi reconhecida. O caso Görgülü pela Corte Constitucional alemã que previu a obrigação de ter em consideração a interpretação da CEDH e CtEDH (quando a Alemanha for parte) pode servir como um parâmetro para garantia da eficácia mínima da CEDH no direito brasileiro.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos internacionais têm sido interpretados como direitos vivos que evoluem ao longo do tempo. As Cortes Regionais de Direitos Humanos desempenham um importante papel no desenvolvimento desse direito, na garantia de sua efetividade e no estabelecimento de standards de proteção.

No caso Görgülü, a CtEDH estabeleceu um critério universal de respeito ao direito da família e dos pais naturais de guarda e visita aos filhos, de acordo com o princípio do melhor interesse. Apesar da grande resistência que houve pelos tribunais alemães, o direito do genitor biológico acabou sendo assegurado no âmbito do direito interno após decisão do Tribunal Constitucional Alemão.

A decisão do caso Görgülü pelo Tribunal Constitucional fixou um parâmetro mínimo para a interpretação e aplicação da CEDH, que pode ser considerado tímido, na medida em que apenas garantiu a necessidade de levar em consideração a CEDH. A interpretação que foi dada ao caso Görgülü, pelos Tribunais alemães, garantiu que a Convenção seja levada em consideração, sempre que for aplicável e também a proeminência no direito nacional para o Tribunal internacional.

Referidos acórdãos, ainda que aplicáveis ao sistema europeu de

direitos humanos e ao sistema alemão, podem servir de parâmetro para o direito interamericano e brasileiro, tanto para convergir eficácia plena ao princípio do melhor interesse, que possui grande importância para os direitos humanos fundamentais, quanto para que seja exigido dos tribunais nacionais que seja, pelo menos, levada em consideração a CEDH, quando aplicável (como ocorreu na interpretação do depositário infiel pelo STF), e a a jurisprudência da CtIDH pelos Tribunais locais no mínimo nos casos em que o Brasil seja parte, o que não ocorreu no caso Araguaia.

THE PREPONDERANCE OF HUMAN RIGHTS, THE FAMILY AND THE BEST INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS: THE GÖRGÜLÜ CASE AND ITS IMPORTANCE FOR THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS SYSTEM AND ITS EFFECTS ON THE INTER-AMERICAN SYSTEM

ABSTRACT

This article analyzes an important contribution to international human rights based on the analysis of the Görgülü case, in which the ECHR established a universal criteria of respect for the right of the family and natural parents to guard and visit children in accordance with the principle of the best interest. In this case, the right of the biological parent ended up being guaranteed under domestic law after a decision by the German Constitutional Court. The decision of the Gürgülü case by the Constitutional Court set a minimum parameter for the interpretation and application of the ECHR, which can be considered timid, as it only guaranteed the need to take the ECHR into account. The interpretation that was given to the Görgülü case by the German Courts ensured that the Convention is taken into account whenever applicable and also the prominence in national law for the international Court.

Keywords: Human Rights. European Court of Human Rights. Child and Adolescent Law. Best Interest Principle. Jurisdiction Conflict. International Law.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DORSEN, Norman *et. al.* **Comparative Constitutionalism: cases and materials**. St. Paul, MN: Thompson West, 2003.
- FLETCHER, George P. “Fairness” in German and American legal discourse”. *In: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, 2008.
- KÄLLIN, Walter & KÜNZLI, Jörg. **The Law of International Human Rights Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- KELLER, Helen & STONE Sweet, Alec. **The Reception of the ECHR in National Legal Orders**. *In: Keller, Helen; Stone Sweet, Alec (Eds.). A Europe of rights. The impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2008.
- KLATT, Matthias (2014): Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz. Univ., Habil.-Schr.--Hamburg, 2013. Tübingen: Mohr Siebeck (Jus publicum, 232).
- KLEIN, Karen. **Der Fall Görgülü. Ein Sorgerechtsstreit schreibt Rechtsgeschichte**. St. Ingbert: Röhrig Universitätsverlag, 2010.
- KLEINLEIN, Thomas. **Konstitutionalisierung im Völkerrecht**. Heidelberg: Springer, 2012.
- LOVAT, Henry and SHANY, Yuval. **The European Court of Human Rights**. *In: Assessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira e outros. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 197-210.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAUER, Heiko. **Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystem.**

Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen. Conflicts of jurisdiction in multi-level systems.

Berlin, Heidelberg und New York: Springer, 2008.

TINTA, Monica Fería. *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child*, Brill Nijhoff.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito**

Internacional dos Direitos Humanos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. vol. 1.

VASCONCELOS, Eneas Romero. **O Conflito entre Direito Nacional e Internacional:** a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (The Conflict Between National and International Law: The Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian Supreme Court Amnesty Case Law) (February 1, 2014), Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2389415> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2389415>

WALDRON, Jeremy. *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, *In:*

Harvard Law Review, Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 129-147.

*Blockchain: tendências no mercado e oportunidades de aplicação para a segurança de dados e ativos digitais em unidades de combate ao crime*¹

*Gleidson Sobreira Leite*²

RESUMO

No contexto do combate ao crime, instituições governamentais de vários países instituíram unidades ou setores especializados para atuar em diferentes áreas e expertises como, por exemplo, em atividades de investigação e inteligência. Entretanto, por atuarem em um cenário voltado a atividades restritas, ou que muitas vezes envolvem informações ou ativos sigilosos, surge a necessidade de adoção de soluções alternativas voltadas à gestão, armazenamento e/ou compartilhamento de ativos digitais com a preocupação em segurança da informação. Sendo uma das tecnologias que vem ganhando cada vez mais espaço no mercado mundial, *blockchain* vem se apresentando como uma solução viável para o setor público e o governo. Explorando as principais características da tecnologia *blockchain*, este documento apresenta uma visão geral das diferentes tendências de aplicação da tecnologia, e propõe o uso de *blockchain* como mecanismo de suporte no gerenciamento, armazenamento e/ou compartilhamento de ativos digitais gerados no contexto de unidades especializadas que atuam no combate à criminalidade.

¹ Data de Recebimento: 07/02/2020. Data de Aceite: 29/05/2020.

² Servidor público. Analista Ministerial de tecnologia da informação do Ministério Público do Estado do Ceará lotado no Núcleo de Inteligência e Apoio Técnico (NIAT). Pós-Graduação em segurança da Informação da Universidade Estácio de Sá. Mestre em Informática Aplicada pela Universidade de Fortaleza. Doutorando em Informática Aplicada pela Universidade de Fortaleza. E-mail: gleidson.sleite@gmail.com

Palavras-chave: *Blockchain*. Combate ao Crime. Governo. Segurança da Informação. Setor Público.

1 INTRODUÇÃO

Existem diversas variações nas taxas de criminalidade apresentadas em estudos estatísticos em diferentes épocas e lugares do mundo, onde, sendo um tópico emergente e muito importante, principalmente devido aos impactos econômicos e sociais negativos, a prevenção ao crime é uma preocupação mundial.

Uma pesquisa realizada em março de 2018 por Refinitiv (2018), por exemplo, que contou com a participação de 2.373 gerentes seniores de grandes organizações globais em 19 países, encontrou cerca de 1,45 trilhões de dólares em volume total perdido estimado como resultado de crimes financeiros. Com relação a crimes violentos, FBI (2019) realizou estudos estatísticos, e salientou que, em 2018, havia um número estimado de 1.206.836 crimes violentos apenas nos Estados Unidos.

Esses e vários outros estudos apontam preocupações sobre a evolução e expansão do crime, onde, devido à diversidade e ao volume das práticas criminais existentes, é essencial a ação preventiva, repressiva (impedimento de continuidade), controle ou punição por parte das instituições do governo para minimizar os danos causados à sociedade.

Com esse fim, instituições governamentais de vários países, e que trabalham no combate ao crime, estabeleceram unidades, ou setores especializados em atividades de investigação e inteligência para atuar em diferentes áreas e conhecimentos, como, por exemplo, FBI (2020) ou EUROPOL (2020), que possuem unidades especializadas no combate a crimes como corrupção, organizações criminosas, crimes violentos, crimes de colarinho branco, crimes financeiros, entre outros.

Como exemplo de unidades especializadas, no Brasil uma ação estratégica nacional (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA) possibilitou a criação de uma rede de laboratórios de tecnologia e combate a lavagem de dinheiro (LAB-LD), que atuam com foco em crimes financeiros. (ENCCLA, 2003).

Segundo Pina (2014), o LAB-LD é uma unidade de investigação e análise de dados que visa à identificação de atividades ilícitas por meio da aplicação de soluções tecnológicas, metodologias e técnicas diversas, possui especialistas com perfis profissionais ou expertises distintas, e normalmente trabalha com alto volume de dados proveniente de diversas fontes. (FRANÇA JUNIOR, 2001).

No entanto, no caso de unidades especializadas em combate ao crime, existe a questão de também trabalharem com informações sigilosas (ou sensíveis) e atividades restritas, muito específicas e com considerável complexidade. Esses problemas geram uma grande preocupação com a segurança, e a confidencialidade durante todos os processos operacionais internos, incluindo a geração, armazenamento e compartilhamento de informações, ou ativos entre membros da mesma unidade ou mesmo entre diferentes unidades ou instituições. (DREZEWSKI, 2015; UNDP, 2019).

Nessas situações, em caso de exposição, ou vazamento de informações, ou mesmo de ativos como documentos eletrônicos contendo padrões, metodologias, técnicas ou estratégias adotadas, pode prejudicar o desempenho não apenas de um setor especializado, mas também da instituição como um todo e de demais envolvidos. (UNODC, 2011).

Com o intuito de minimizar o uso indiscriminado de informações, nortear o tratamento (coleta, uso, manutenção e armazenamento) das mesmas, assim como prover meios de possibilitar atuações mais efetivas de monitoramento, fiscalização ou punição, regulamentações voltadas à proteção e segurança de dados vem sendo aplicadas em diversos países.

No Brasil, o Decreto nº 9.637 de 26 de dezembro de 2018, que institui a Política nacional de segurança da informação, e dispõe sobre a governança da segurança da informação, é um exemplo de ação para fortalecimento da cultura de segurança da informação na sociedade. O decreto abrange a segurança cibernética, defesa cibernética, segurança física e a proteção de dados organizacionais e ações destinadas a assegurar a disponibilidade, integridade, confidencialidade e autenticidade da informação. (BRASIL, 2018, p. 23).

A administração pública, em todos os seus níveis e órgãos, processa informações consideradas “sensíveis”, que requerem a proteção contra a intrusão e modificação desautorizadas. Assim, o estabelecimento de uma política de segurança do material informativo que é armazenado e documentado em sistemas de computação e bases de dados, ou até mesmo ativos digitais como documentos eletrônicos, áudios, vídeos, entre outros, é de extrema importância.

Com relação a aspectos da responsabilidade pela guarda da informação, a União Europeia foi pioneira na regulamentação e proteção de dados com a *General Data Protection Regulation* (GDPR), que entrou em vigor em maio de 2018, e serviu de base para inúmeras outras legislações nacionais como, por exemplo, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil. (GDPR, 2018; BRASIL, 2018, p. 59).

Porém, embora as abordagens atuais relacionadas ao gerenciamento de ativos digitais tenham trazido benefícios para mercado, ainda é um grande desafio oferecer uma maneira eficaz, segura, verificável e rastreável de gerenciar, armazenar, organizar e recuperar dados e ativos digitais. Em alguns casos, devido ao envolvimento de terceiros que são responsáveis por armazenar esses ativos (exemplo: armazenamento na nuvem), muitas abordagens carecem de confiança, transparência e segurança. (ZHU, 2018).

Motivado por esse cenário, e devido à considerável preocupação com segurança da informação, além das características inerentes ao contexto dessas unidades especializadas, surge uma oportunidade

para a adoção de soluções alternativas voltadas ao gerenciamento, armazenamento e compartilhamento de ativos digitais.

Com base nesse contexto, e explorando as principais características da tecnologia *blockchain*, este documento apresenta uma visão geral das diferentes tendências de aplicação da tecnologia, e propõe o uso de *blockchain* como mecanismo de suporte no gerenciamento, armazenamento e/ou compartilhamento de ativos digitais gerados no contexto dessas unidades especializadas.

Este trabalho também pretende ser uma contribuição ao conjunto de conhecimentos relacionados aos estudos sobre o uso da tecnologia da informação no combate ao crime, e pode ser adotado para auxiliar profissionais e pesquisadores na identificação de possíveis tendências de aplicações.

Para a realização do objetivo deste trabalho, realizaram-se três ações específicas, sendo elas: pesquisa e exploração das principais características da tecnologia *blockchain* apresentadas em estudos acadêmicos; pesquisa bibliográfica e seleção de tendências de aplicação em diferentes domínios; e proposta de uso da tecnologia *blockchain* como mecanismo de suporte no gerenciamento, armazenamento e/ou compartilhamento de ativos digitais gerados no contexto de unidades de especializadas no combate ao crime, e discutir suas contribuições com relação à segurança da informação.

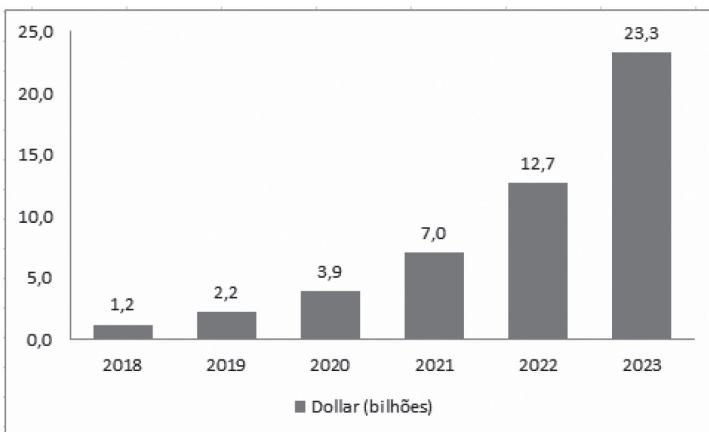
Este artigo, organizado em seções, procura apresentar em linhas gerais: metodologia de pesquisa do trabalho (Seção 2); principais características da tecnologia *blockchain* e tendências de aplicação em diferentes domínios (Seção 3); uma proposta de uso da tecnologia no contexto de unidades de combate ao crime, seguida de discussões (Seção 4); e finalmente, as considerações finais e possibilidades de trabalhos futuros (Seção 5).

2 A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* E APLICAÇÕES NO SETOR PÚBLICO

Sendo introduzida pela primeira vez como a principal tecnologia por trás da criptomoeda Bitcoin proposta por Satoshi Nakamoto (2018), em um artigo pseudônimo, a *blockchain* vem atraindo cada vez mais atenção da indústria e da academia.

Com o crescente interesse global por tecnologias de informação e comunicação, é possível prever o futuro da *blockchain* como uma das tecnologias em progresso da era atual. Em dezembro de 2018, por exemplo, a Statista conduziu uma pesquisa estatística em que, de 2019 a 2023, foi observado um grande aumento no tamanho do mercado da tecnologia *blockchain* em todo o mundo (Figura 1).

Figura 1 – Tamanho do mercado mundial da tecnologia *blockchain* de 2018 a 2023 (em bilhões de dólares). Período da pesquisa: 2018. Data de publicação: dezembro de 2018.



Fonte: statista.com

De acordo com Swan (2015), *blockchain* é uma tecnologia baseada em um sequenciamento ou cadeia de informações armazenadas em blocos. Ela pode ser definida como uma rede distribuída e descentralizada, na qual as transações realizadas pelos participantes são armazenadas em ordem estrita em um “livro de registros” (ledger), imutável e transparente, composto de blocos conectados entre si por hashes criptográficos, o que dificulta a ocorrência de fraudes.

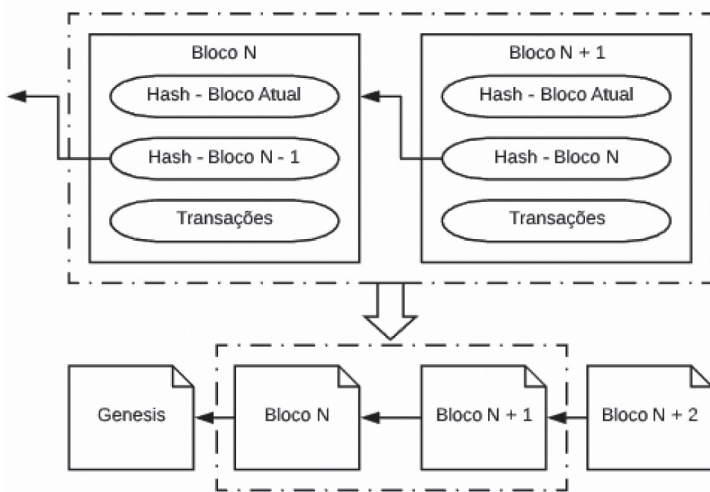
Hashes criptográficos permitem a geração de um identificador único de tamanho fixo (representação em texto) mapeado a partir de entradas de tamanho variável (exemplo: um ativo digital como um documento eletrônico). Com isso, verificações de integridade podem ser realizadas, visto que, com a geração do *hash* de um arquivo, qualquer alteração do mesmo acarretaria também em uma alteração do valor *hash*. (PINHEIRO, 2019).

A ideia básica por trás da tecnologia *blockchain* é que ela permite que os atores de um sistema (chamados nós) transacionem dados ou ativos digitais, usando uma rede que armazena essas transações de maneira distribuída pela rede. Os proprietários dos ativos e as transações, que envolvem mudança de propriedade (ou demais transações), são registrados no livro de registros pelo uso de criptografia de chave pública e assinaturas digitais. Toda transação é validada pelos nós da rede, empregando algum tipo de “mecanismo de consenso” (protocolo de consenso). (BACK, 2014; WARBURG, 2016).

Isso funciona da seguinte maneira: sempre que uma transação é inserida na rede, os nós primeiro validam a transação. Se os nós concordam com sua legitimidade, confirmam a transação e essa decisão é inserida em um bloco, onde este novo bloco é adicionado à cadeia anterior de blocos. Dessa maneira, o último bloco mantém uma visão compartilhada e acordada do estado atual da *blockchain*. (BUTERIN, 2014).

Um exemplo ilustrativo da estrutura de dados da cadeia de blocos do *blockchain* é apresentado na Figura 2.

Figura 2 – Estrutura de dados da cadeia do blockchain



Fonte: Elaborado pelo autor

Em relação ao conteúdo dos blocos, eles são divididos em hash, formando um identificador único de bloco armazenado no bloco atual e subsequente. Cada bloco contém transações de dados com registro de data e hora (*timestamp*), cuja integridade e autenticidade são garantidas graças aos algoritmos de *hash* e criptografia de chave pública. A partir do resultado determinístico e irreversível da função hash, é possível verificar se o conteúdo do bloco foi modificado. Cada bloco faz referência ao *hash* do bloco que veio antes dele, estabelecendo um link entre eles e, assim, criando o *blockchain*. Os hashes a seguir do bloco atual terminam com o primeiro bloco criado em uma *blockchain* específica (chamada de bloco de gênese). (JAMIL, 2019; ALKURDI, 2018; ZHENG, 2019).

Com o uso de *hash*, *timestamp* e demais informações inseridas no livro de registros imutável, é possível obter uma prova concreta e irrefutável sobre a existência, data de criação, origem, propriedade, conteúdo, segurança e integridade de ativos digitais (exemplo:

documentos eletrônicos, áudios, vídeos, entre outros), e sem necessariamente revelar seu conteúdo, mas com relevante valor jurídico.

Para formalizar e proteger digitalmente os relacionamentos e transações em uma rede *blockchain*, um contrato inteligente pode ser usado para automatizar o processo de acordo entre os participantes.

Conforme mencionado por Szabo (1994), um contrato inteligente é um aplicativo (como um protocolo digital) que verifica, executa e aplica os termos dos contratos que foram acordados entre as partes, ajudando as transações a serem executadas automaticamente de forma transparente, sem conflitos, de forma obrigatória, mais rápida e segura, sem precisar depender de intermediários. (ZHENG, 2017; FENG, 2019).

Com o desenvolvimento contínuo da tecnologia *blockchain*, o escopo de aplicação da *blockchain* é muito amplo e pode ser dividido em três tipos: pública, consórcio e privada. A Tabela 1 apresenta uma comparação geral sobre os tipos de *blockchain*.

Tabela 1 - Tipos *blockchain* (público, privado e consórcio)

	Público	Privado	Consórcio
Definição	Todo participante pode ler, escrever, monitorar, negociar e participar do processo de consenso.	Usado em uma única organização. Permite apenas que os participantes escolhidos ingressem na rede com participações restritas.	Opera sob a liderança de um grupo de organizações. Permite apenas que os participantes escolhidos ingressem na rede com participações restritas.
Acesso	Aberto	Permissionado	Permissionado
Segurança	Alta	Média	Média
Privacidade	Média	Alta	Alta
Ambiente	Não-confiável	Confiável	Confiável

Fonte: ZHENG, 2019; YANG, 2019

A seleção e uso do tipo de *blockchain* leva em consideração o domínio de aplicação. Por exemplo, para o cenário de unidades especializadas, onde é importante que os participantes sejam devidamente identificados e autorizados (acesso permissionado), que todas as

suas transações sejam registradas, e que normalmente estão dentro de um ambiente com maior nível de segurança (ex: rede privada ao invés da internet), a seleção do tipo privado ou em consórcio seria mais adequado a depender do número de organizações participantes.

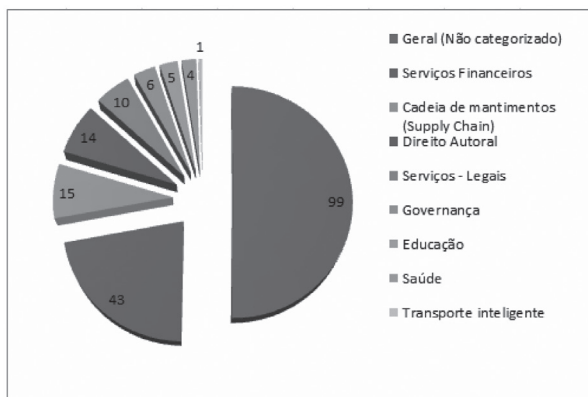
2.1 Tendências de Aplicações de *Blockchain* e uso no Setor Público

No que diz respeito às tendências de aplicação e perspectivas de uso da tecnologia *blockchain*, empresas e instituições de vários setores e indústrias da economia global vêm explorando seu potencial nos últimos anos.

Com base no conjunto de dados do Cambridge Center for Alternative Finance (CCAF) de 67 redes *blockchain* corporativas de 25 países globalmente implantados em produção e atualmente ativos, Rauchs (2019) apontou que 43% da lista de casos de uso são aplicáveis setor financeiro e de seguros. Os serviços de acomodação e alimentação, bem como os setores de assistência médica e assistência social ficaram em um segundo lugar distante, com 6% de todas as redes cada.

No início de 2019 havia, segundo CAC (2019), 197 provedores de serviços de *blockchain* registrados na *Cyberspace Administration of China*. A Figura 3 apresenta um agrupamento por categorias de domínios de aplicação apresentado por Zheng. (2019).

Figura 3 - Estatísticas de provedores de serviços de *blockchain* registradas no início de 2019 na China



Fonte: (ZHENG, 2019)

No Brasil, a *blockchain* vem sendo adotada onde um dos pioneiros foi o Cartório Azevedo Bastos, localizado em João Pessoa (PB), em parceria com uma *start-up* denominada OriginalMy, que utilizou a tecnologia para tornar disponíveis serviços de autenticação de documentos. O cartório oferece o serviço de autenticação digital para pessoas jurídicas por meio de uma rede *blockchain*. (ANDRIGHI, 2018, p. 610).

No campo jurídico, Aleixo (2017) aponta exemplos de aplicações de *blockchain* como registros de propriedades, comprovações de autoria e propriedade intelectual, contratos automatizados, remessas internacionais de valores, emissão de títulos privados, organizações descentralizadas autônomas, armazenamento remoto e distribuído de dados na nuvem, além de produtos financeiros diversos.

Com relação às aplicações da tecnologia no setor público e governo, Batubara (2018) realizou uma revisão sistemática para entender os tópicos atuais de pesquisa, desafios e orientações futuras sobre a adoção da *blockchain* para o governo eletrônico.

Dos 21 artigos científicos encontrados em sua pesquisa, e que propuseram a integração de *blockchain* no governo eletrônico, a maioria das pesquisas (sete artigos) discute a aplicação do *blockchain* para o governo eletrônico em geral, discutindo a ideia, benefícios potenciais, questões atuais, uso potencial, abordagem e avaliação de adoção de *blockchain*.

As aplicações de *blockchain* na saúde pública receberam a maior atenção em quatro artigos. Enquanto isso, três artigos examinaram o uso da *blockchain* em serviços educacionais, e também três artigos no contexto de cidades inteligentes. Dois artigos analisam no contexto do governo as cadeias de suprimentos comerciais, e artigos únicos foram dedicados à identidade digital, votação eletrônica e sistema tributário. Os resultados mostraram que a adoção de soluções baseadas em *blockchain* no governo eletrônico ainda é muito limitada.

Os benefícios potenciais em termos de aspectos estratégicos, organizacionais, econômicos, informacionais e tecnológicos no governo foram identificados por Ølnes (2017) e, de acordo com Jun (2018), em 2018, mais de 100 projetos de *blockchain* criados para transformar sistemas governamentais estavam sendo conduzidos em mais de 40 países ao redor do mundo.

Zhang (2019) também citou que governos como no Reino Unido, Europa, China, Estados Unidos da América (EUA), entre outros, divulgaram documentos oficiais e relatórios técnicos sobre *blockchain*, para mostrar sua atitude positiva em relação ao desenvolvimento da tecnologia.

Robichez (2019) apresentou um relatório temático elaborado por pesquisadores e apoiado pela Fundação Carlos Chagas com o objetivo de fornecer uma visão consolidada sobre o potencial da tecnologia *blockchain* quanto sua aplicação em governos e setor público. Sua pesquisa apontou estudos pelo mundo com foco em identidade digital, votação, registros públicos, compartilhamento de dados, transparência pública, contratações, mercado de ativos e

criptomoedas, dados do cidadão e E-social.

Apesar de que a adoção da tecnologia *blockchain* vem sendo uma tendência crescente, nos últimos anos, no entanto, apesar das diversas aplicações em distintos contextos, no que diz respeito às aplicações dentro do domínio das unidades de inteligência e investigação, verificou-se uma carência de abordagens nos aspectos industrial e acadêmico.

Motivado a partir dos trabalhos de Warburg (2016), Naz (2019), Xia (2017) e Xuan (2019), na próxima seção, o uso de blockchain é proposto como um mecanismo de suporte no gerenciamento, armazenamento e/ou compartilhamento de ativos digitais gerados no contexto de unidades de investigação e inteligência.

3 APLICAÇÃO DE BLOCKCHAIN NO SENÁRIO DE UNIDADES ESPECIALIZADAS

3.1 Cenário e arquitetura proposta

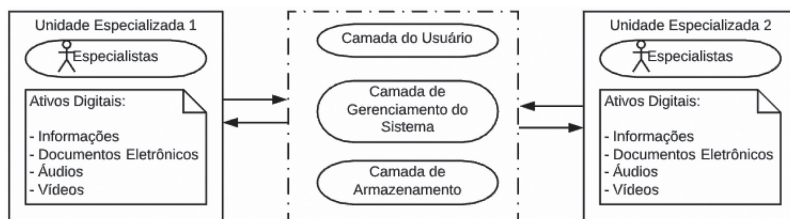
A Figura 4 apresenta o cenário referente ao gerenciamento, armazenamento e/ou compartilhamento de ativos digitais de uma ou mais unidades especializadas no contexto de atividades de inteligência e investigação.

Nesse cenário, durante a execução de várias atividades inerentes a essas unidades especializadas, diferentes ativos (exemplo: documentos eletrônicos, áudios e vídeos) são gerados e pode ser necessário gerenciar seu uso, armazenamento e/ou compartilhamento em uma unidade, ou entre unidades diferentes (unidades podem estar localizadas em uma ou mais organizações).

Nesse caso, os especialistas responsáveis por esses ativos precisam não apenas executar operações CRUD (criar, ler, atualizar e excluir) nos ativos gerados, mas também ter meios disponíveis para executar controle de acesso, realização de auditorias, identificação

de versão, autenticidade, não-repúdio, verificação de integridade, confidencialidade e segurança dos ativos digitais gerados.

Figura 4 – Cenário: iteração de unidades especializadas no gerenciamento, armazenamento e/ou compartilhamento de ativos digitais



Fonte: Elaborado pelo autor

No projeto proposto, foram adotadas 3 camadas. A camada do usuário é composta de um ou mais aplicações (sistemas) para permitir que os usuários acessem a camada de gerenciamento, realizem operações com ativos digitais e outras atividades de gerenciamento. As aplicações podem ser desenvolvidas em diferentes linguagens de programação ou não, dependendo do consenso entre os participantes.

Por meio dessa camada, os usuários enviam propostas de transações para chamar serviços (por exemplo, operações CRUD, verificar entradas de log ou compartilhar ativos digitais) fornecidos pela rede *blockchain* que distribui os dados entre os participantes.

A camada de gerenciamento do sistema é onde a rede *blockchain* é implementada, e é composta por entidades conectadas responsáveis pelo estabelecimento seguro e pela execução eficiente do esquema. As informações sobre todas as operações são registradas em um livro de registros distribuído composto por blocos, onde cada bloco compreende um número de transações, *hashs* gerados e informações criptografadas (quando necessário).

No cenário de unidades especializadas, as *blockchains* permis-

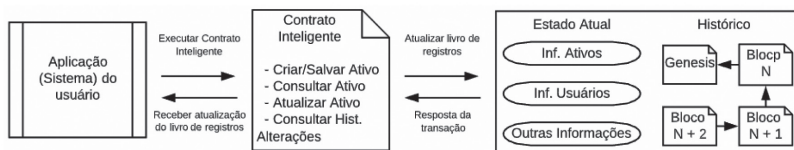
sionadas (privadas ou consorciadas) são mais apropriadas devido à necessidade de limitar o acesso a ambientes mais confiáveis e restritos, além de identificar participantes e suas operações.

Juntamente com o uso de contratos inteligentes, livro de registros imutáveis, criptografia, assinatura digital e políticas de controle de acesso, é possível restringir as operações a participantes autorizados, além de permitir realização de auditorias, identificação de versão, autenticidade, verificação de integridade, confidencialidade e segurança dos ativos digitais gerados.

Na camada de gerenciamento do sistema, os contratos inteligentes são usados para fornecer acesso controlado ao livro de registro e permitir que os participantes executem certos aspectos das transações automaticamente. Invocado pelas aplicações, o contrato inteligente realiza as transações e executa vários tipos de consultas e atualiza o estado do livro de registros, anexando cada transação em blocos, e retornando o resultado atualizado à aplicação como resposta.

Enquanto um livro de registros contém fatos sobre o estado atual e histórico (logs de transações) de um conjunto de objetos (ativos digitais), um contrato inteligente define a lógica executável que gera novos fatos que são adicionados ao livro. Tomados em conjunto, esses contratos estabelecem o modelo de negócios que governa todas as interações entre as partes envolvidas na transação. A Fig. 5 ilustra as operações do livro de registros usando contrato inteligente.

Figura 5 – Operações no livro de registros usando contratos inteligentes



Fonte: Elaborado pelo autor

Por fim, a terceira camada compõe a infraestrutura responsável pelo armazenamento dos ativos digitais (armazenamento fora da *blockchain*). Em relação ao armazenamento, podem ser adotadas abordagens distribuídas ou centralizadas (por exemplo, armazenamento em nuvem ou bancos de dados tradicionais), dependendo das necessidades dos participantes.

Assim, operações realizadas pelos usuários em ativos digitais são gerenciadas e registradas na camada de gerenciamento (2ª camada), ativos são armazenados em servidores de armazenamento (3ª camada), e aplicações são utilizadas como interface de acesso para possibilitar a realização das operações pelos usuários (1ª camada).

3.2 Discussões

As características inerentes à tecnologia *blockchain*, bem como a adoção de *blockchains* permitidas e contratos inteligentes na abordagem proposta, proveem os meios para executar o controle de acesso, realização de auditorias, identificação de versionamento, autenticidade, não repúdio, integridade verificação, confidencialidade e segurança dos ativos digitais gerados.

Através da característica de resistência à violação do *blockchain*, a integridade dos dados do usuário é garantida. Todos os blocos e transações válidos registrados no livro de registros são praticamente imutáveis devido à necessidade de validação por outros nós. Com o log imutável de transações, é possível realizar a rastreabilidade de alterações, a auditoria e a identificação de versão sem receios de que a informação foi adulterada.

Como todas as transações são assinadas e registradas com um valor de hash gerado nos blocos, também adotando criptografia para permitir mais segurança e confidencialidade quando necessário, também é possível fornecer verificação de integridade e autenticidade. O uso de canais privados e/ou criptografia aumenta a proteção contra vazamentos de dados.

Com a adoção de uma *blockchain* permissionada (apenas permite a participação de pessoas identificadas e autorizadas) e contratos inteligentes não apenas todas as transações são identificadas e verificadas, mas também permitem que apenas participantes autorizados possam acessar e realizar transações na rede.

Além disso, todo o livro de registros é sincronizado entre os participantes da rede distribuída *blockchain* de acordo com um mecanismo de consenso, dando aos usuários maior confiança na autenticidade e precisão dos dados na rede.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido à evolução e expansão do crime, bem como à diversidade e volume das práticas criminais existentes (inclusive relacionadas a ataques cibernéticos que podem comprometer informações armazenadas por organizações diversas), são necessárias pesquisas destinadas a ajudar ou fortalecer o desempenho de instituições que se concentram no combate ao crime.

Motivado por esse cenário, e explorando as principais características da tecnologia *blockchain*, este documento apresentou uma visão geral das diferentes tendências de aplicação da tecnologia blockchain e propôs o uso da tecnologia como mecanismo de suporte no gerenciamento, armazenamento e/ou compartilhamento de dados e ativos digitais gerados no contexto de unidades especializadas no combate ao crime.

Devido às características inerentes à tecnologia *blockchain*, bem como à adoção de *blockchains* permitidas, contratos inteligentes e criptografia, uma oportunidade de adoção de uma solução alternativa para fornecer meios para executar o controle de acesso, realização de auditorias, identificação de versão, autenticidade, verificação de integridade, confidencialidade e segurança dos ativos digitais gerados foi apresentada.

Porém cabe acrescentar que, apesar da existência de uma cres-

cente tendência de aplicação da tecnologia *blockchain* no mercado público e privado, em muitos países, incluindo no Brasil, há uma carência de legislação sobre o tema, assim como definições de padrões oficiais quanto ao uso da tecnologia, o que pode acarretar em vulnerabilidades diversas ao ser aplicado sem o devido planejamento.

Trabalhos futuros recomendam expandir o escopo deste trabalho através da realização de um estudo de caso voltado a aplicação da proposta deste trabalho em um cenário real de unidades voltadas no combate à criminalidade.

BLOCKCHAIN: MARKET TRENDS AND APPLICATION OPPORTUNITIES FOR THE SECURITY OF DATA AND DIGITAL ASSETS IN CRIME COMBATING UNITS

ABSTRACT

In the context of crime combat, government entities in several countries have established specialized units or sectors to act in different areas and expertise as, for example, in investigation and intelligence activities. However, because they act in a scenario focused on restricted activities or that often involve sensitive information or assets, there is a need for the adoption of alternative solutions focused in management, storage or sharing of digital assets with a concern for information security. As one of the technologies that is gaining more attention in the world market, blockchain has been presenting itself as a viable solution for the public sector and government. Exploring the main characteristics of blockchain technology, this document presents an overview of the different application trends of the technology and proposes the use of blockchain as a support mechanism for management, storage or sharing of digital assets generated in the context of specialized units that operate in crime combat.

Keywords: Blockchain. Crime Combat. Government. Information Security. Public Sector.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Gabriel. Como o bitcoin e os smart contracts estão transformando os modelos de negócios. **E-gov**, Florianópolis, 5 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/como-o-bitcoin-e-os-smart-contracts-est%C3%A3o-transformando-osmodelos-de-neg%C3%B3cios>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

ALKURDI, F.; Elgendi, I.; MUNASINGHE, K.S.; SHARMA, D.; JAMALIPOUR, A. Blockchain in IoT Security: A Survey. **Proceedings of the 2018 28th International Telecommunication Networks and Applications Conference (ITNAC)**, Sydney, NSW, Australia. p. 1–4. 21–23 nov. 2018. doi:10.1109/atnac.2018.8615409

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O surgimento da tecnologia blockchain e dos contratos inteligentes (smart contracts): funcionamento e desafios jurídicos**. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). Processo societário. São Paulo: Quartier Latin, 2018. v. 3.

BACK, A., CORALLO, M., DASHJR, L., FRIEDENBACH, M., MAXWELL, G., MILLER, A., WUILLE, P.. **Enabling blockchain innovations with pegged sidechains**. 2014. Open science re-view. Disponível em: <<https://www.blockstream.ca/sidechains.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

BATUBARA, F. R.; UBACHT, J.; JANSSEN, M.. Challenges of blockchain technology adoption for e-government. **Proceedings of the 19th Annual International Conference on Digital Government Research Governance in the Data Age - Dgo'18**. 30 May 2018 – 01 Jun 2018. doi:10.1145/3209281.3209317

BRASIL. Decreto nº 9.637, de 26 de dezembro de 2018. Institui a Política Nacional de Segurança da Informação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de dezembro de 2018. Edição: 248, Seção: 1, Página: 23. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/56970098/do1-2018-12-27-decreto-n-9-637-de-26-de-dezembro-de-2018-56969938>. Acesso em: 10 Jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 de agosto de 2018, Edição: 157, Seção: 1, Página: 59. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/36849373/do1-2018-08-15-lei-no-13-709-de-14-de-agosto-de-2018-36849337>. Acesso em: 10 Jan. 2020.

BUTERIN, V. **Ethereum White Paper**: A next-generation smart contract and decentralized application platform. Ethereum white paper. 2014. Disponível em: <https://www.weusecoins.com/assets/pdf/library/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf>. Acesso em: 18 jan 2020.

CAC. **Announcement by the Cyberspace Administration of China on the Issuance of the First Batch of Domestic Blockchain Information Service (chines)**. 2019. Office of the Central Cyberspace Affairs Commission. Chine Netcom. Disponível em: <http://www.cac.gov.cn/2019-03/30/c_1124305122.htm>. Acesso em: 03 jan. 2019.

DREZEWSKI, Rafał; SEPIELAK, Jan; FILIPKOWSKI, Wojciech. The application of social network analysis algorithms in a system supporting money laundering detection. **Information Sciences**, v. 95. p. 18-32. 2015. doi: 10.1016/j.ins.2014.10.015.

ENCCLA. **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, 2003**. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/>>. Acesso em: 07 jan 2020.

EUROPOL. **Crime Areas – Fighting Crime on a Number of Fronts. European Union Agency for Law Enforcement Cooperation**. Disponível em: <<https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/crime-areas>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

FBI. **FBI Releases 2018 Crime Statistics. Federal Bureau of Investigation National Press Office**, Department of Justice, United States, September 30, 2019. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/fbi-releases-2018-crime-statistics>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

FBI. **What We Investigate**. Federal Bureau of Investigation Department of

Justice, United States. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/investigate>>.

Acesso em: 11 jan. 2020.

FENG, Q.; HE, D.B.; ZEADALLY, S.K.; MUHAMMAD, K.K.. **A survey on privacy protection in blockchain system**. J. Netw. Comput. Appl. v. 126, pp. 45–58. 2019.

FRANÇA JÚNIOR, F. F. *Atividade de inteligência no Ministério Público*. **Revista do MPRN**, v. 1, p. 52. 2011.

GDPR. General Data Protection Regulation. 2018. Disponível em:

<<https://gdpr-info.eu/>>. Acesso em: 10 Jan. 2020

JAMIL, F.; HANG, L.; KIM, K.; KIM, D.. A Novel Medical Blockchain Model for Drug Supply Chain Integrity Management in a Smart Hospital. **Electronics**, 8(5), 505. 2019. doi:10.3390/electronics8050505

JUN, M.. Blockchain government - a next form of infrastructure for the twenty-first century. **Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity**, 4(1). 2018. doi:10.1186/s40852-018-0086-3

RAUCHS, Michel; BLANDIN, Apolline; BEAR, Keith; MCKEON, Stephen.

2nd Global Enterprise Blockchain Benchmarking Study. Cambridge Centre for Alternative Finance. University of Cambridge Judge Business School. 2019. Disponível em: <https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2019-ccaf-second-global-enterprise-blockchain-report.pdf>.

Acesso em: 03 jan. 2020.

NAKAMOTO, S. **Bitcoin**: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.

Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

NAZ, M.; AL-ZHRANI, F.A.; KHALID, R.; JAVAID, N.; QAMAR, A.M.; AFZAL, M.K.; SHAFIQ, M.. A Secure Data Sharing Platform Using Blockchain and Interplanetary File System. **Sustainability**, v. 11, 7054. 2019.

ØLNES, S.; UBACHT, J.; JANSSEN, M.. Blockchain in government: Benefits and implications of distributed ledger technology for information sharing. **Government Information Quarterly**, 34(3), p. 355–364. 2017.

doi:10.1016/j.giq.2017.09.007.

PINHEIRO, Alessandro Maia; TIGRE, Paulo Bastos. **Inovação em Serviços e a Economia do Compartilhamento**. **Administração - Administração Geral**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

ISBN 978-85-7144-042-5

REFINITIV. **Revealing the true cost of financial crime - 2018 Survey Report**. 2018. Disponível em: <https://www.refinitiv.com/content/dam/marketing/en_us/documents/reports/true-cost-of-financial-crime-global-focus.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

ROBICHEZ, Gustavo. *et.al.* **Blockchain para Governos e Serviços**. 2019. 24f. Monografia (Especialização em Ciência da Computação). Departamento de Informática, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil, 2019.

SWAN, M. **Blockchain: Blueprint for a New Economy**; O'Reilly Media, Inc.: Sebastopol, CA, USA, 2015.

SZABO, N.. **Smart Contracts**. 1994. Disponível em: <<http://szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UNDP. **Investigation Guidelines. United Nations Development Programme. 2019**. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/Transparency/Investigation_Guidelines_ENG_August_2019.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2020.

UNODC. **Criminal Intelligence – Manual for Analysts. United Nations Office on Drugs and Crime**. Vienna, United Nations, 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Criminal_Intelligence_for_Analysts.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

WARBURG, B.. **How the blockchain will radically transform the economy**. TEDSummit TED Talk. Junho 2016. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/bettina_warburg_how_the_blockchain_will_radically_transform_the_economy?language=en>. Acesso em: 18 jan. 2020.

XIA, Q.; SIFAH, E.; SMAHI, A.; AMOFA, S.; ZHANG, X.. BBDS: Blockchain-Based Data Sharing for Electronic Medical Records in Cloud Environments. **Information**. 2017. 8(2), 44. doi:10.3390/info8020044

XUAN, S.; ZHANG, Y.; TANG, H.; CHUNG, I.; WANG, W.; YANG, W.. **Hierarchically Authorized Transactions for Massive Internet-of-Things Data Sharing Based on Multilayer Blockchain**. Appl. Sci. 2019, 9, 5159.

YANG, J.; ONIK, M.; LEE, N.-Y.; AHMED, M.; KIM, C.S.. (2019). **Proof-of-**

Familiarity: A Privacy-Preserved Blockchain Scheme for Collaborative Medical Decision-Making. *Applied Sciences*, 9(7), 1370. doi:10.3390/app9071370

ZHANG, Rui; XUE, Rui; LIU, Ling. **Security and Privacy on Blockchain.** *ACM Comput. Surv.* 52, 3, art. 51, 2019. 34 p.. doi: <https://doi.org/10.1145/3316481>.

ZHENG, X.; ZHU, Y.; SI, X.. **A Survey on Challenges and Progresses in Blockchain Technologies:** A Performance and Security Perspective. *Appl. Sci.* 2019, 9, 4731.

ZHENG, Z.; XIE, S.; DAI, H.; CHEN, X.; WANG, H.. An Overview of Blockchain Technology: Architecture, Consensus, and Future Trends.

Proceedings of the 2017 IEEE International Congress on Big Data (BigData Congress), Boston, MA, USA, 11–14 dez. 2017; pp. 557–564.

ZHU, Y.; QIN, Y.; ZHOU, Z.; SONG, X.; LIU, G.; CHU, W. C.C.. **Digital Asset Management with Distributed Permission over Blockchain and Attribute-Based Access Control.** 2018. 2018 IEEE International Conference on Services Computing (SCC). doi:10.1109/scc.2018.00032

Contratos públicos mediante o processo de adesão¹

Tatiane Costa Silva Gomes²

RESUMO

As contratações públicas devem ser realizadas mediante as normas legais e princípios do Direito Administrativo. A Constituição Federal de 1988 estabelece que o contrato público necessita de prévia licitação. Desses procedimentos licitatórios nos deparamos com a figura do processo “carona”, regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.982/2013. Tal procedimento permite a contratação de determinado bem ou serviço, utilizando licitação realizada por outro órgão, mediante autorização deste, e desde que esta tenha sido pelo Sistema de Registro de Preços. Importa saber quais as situações em que tal ação é benéfica à Administração, quais os cuidados a serem tomados nas adesões, e os riscos aos quais os gestores se expõem ao proceder com contrato resultante da “carona”. O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica, uma vez que busca-se chegar a conclusão sobre os riscos quando da utilização indevida ou da falta de análise do processo licitatório quando nas contratações por meio de processos caronas. O presente estudo terá caráter qualitativo.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitação. Ata de Registro de Preços. Adesões.

¹ Data de Recebimento: 20/12/2019. Data de Aceite: 29/05/2020.

² Tecnóloga em gestão de empresas. Bacharel em direito. Funcionária pública municipal, atualmente exercendo funções na Defensoria Pública do Estado do Ceará. E-mail: tatycosta.12@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

As contratações públicas geram impacto significativo na sociedade. Em situações em que o agente público deixa de atuar, conforme determina a legislação, é possível visualizar uma infinidade de problemas, como superfaturamento nas contratações, cotações de preços viciadas, empresas que não estão aptas a prestar o objeto contratado, dentre outros.

Obviamente, por ser um ato permitido em lei, não se tenciona marginalizar o procedimento de adesão, sobretudo porque dentro dos parâmetros aceitáveis, que a lei e os órgãos de controle como os Tribunais de Contas determinam, é perfeitamente admissível a prática que se pretende analisar. Contudo, é primordial que os agentes públicos atuem com a mais restrita moderação, para que, buscando a agilidade na contratação, para atender demanda justa e necessária, não se deparem posteriormente com problemas, que poderiam ter sido evitados com a análise do processo externo a que se pretende aderir, ou ainda, se melhor seria aguardar realmente a realização de procedimento licitatório pelo próprio órgão, para o atendimento da demanda.

Dessa forma, a temática a ser analisada contribuirá para uma análise a respeito do procedimento mais adequado, quando se trata dos processos “caronas³”, o que beneficiará tanto a sociedade, sendo o destinatário final das ações públicas, quanto aos agentes públicos, no que se refere à utilização de recursos disponíveis para prestar os serviços necessários ao bem coletivo, observando sempre as imposições legais direcionadas aos seus atos.

O presente artigo tem, como objetivo geral, analisar os riscos aos quais os gestores públicos estão expostos, ao optarem por realizar adesões sem o devido cuidado no que diz respeito à análise do

³ Entende-se por “carona” o ato de um órgão público se utilizar dos preços registrados em ata, de órgão diverso, para fins de contratação, ou seja, é o meio de se contratar com empresa vencedora de licitação realizada por outro ente, visando aproveitar os menores preços apresentados na competição licitatória.

processo licitatório de outro ente público, desde os procedimentos iniciais, com as cotações de preços, até a análise dos documentos apresentados pelo licitante vencedor.

2 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Os contratos firmados pela Administração Pública nada mais são do que o estabelecimento de acordo de vontades entre determinados órgãos públicos, ou ainda, entre um órgão público e um ente da iniciativa privada, estipulando obrigações a cada parte, e criando um vínculo entre estas.

Segundo a Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 – Lei de licitações e contratos da Administração Pública, no artigo 2º, parágrafo único, conceitua-se contrato como:

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (BRASIL, 1993, Art. 2º, § único).

Partindo deste princípio, a Administração Pública necessita firmar os mais variados tipos de contratos para atender a demanda social, uma vez que é de sua responsabilidade a prestação de serviços, ainda que estes sejam realizados de forma indireta.

2.1 Contratos oriundos de licitação

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 37, inciso XXI, a obrigatoriedade de licitar, quando o agente público deseja realizar contrato com o fito de atender determinada demanda. Essa obrigação se baseia na premissa de que o administrador utilizará de recursos públicos, transferindo-os a outras pessoas, com o intuito de remune-

rar determinada atividade e/ou pagar por alusivo bem, desta forma, é imprescindível atender aos princípios da administração pública e determinações legais, visando sempre à igualdade de competição entre os licitantes participantes.

O processo de licitação encerra duas fases distintas: fase interna e fase externa. A primeira compreende todos os passos anteriores à publicação do edital, ou seja, nesta fase identificamos a necessidade a ser suprida, a busca por cotações de preços para análise dos valores de mercado, e com base nos valores médios ocorre a identificação da modalidade da licitação, ou ainda, a depender do caso, a sua dispensa, e por fim, a verificação de recursos orçamentários. Após esses passos iniciais, a autoridade competente autoriza a realização do procedimento licitatório, no qual é feita a autuação do procedimento no setor responsável, gerando o número do processo.

Após a publicação do edital, é estabelecida a segunda fase, ou seja, a fase externa da licitação. O edital, com o devido respaldo jurídico, deve estar disponível a qualquer interessado, bem como conter todas as exigências cabíveis e legais e, ainda, a especificação detalhada do que se pretende adquirir ou contratar.

Por meio das contratações públicas, a sociedade tem suas necessidades supridas, o que caracteriza a concretização do atendimento aos direitos básicos dos indivíduos que compõem aquele grupo social, uma vez que, para o bom funcionamento das atividades inerentes aos órgãos públicos, inúmeros são os setores que necessitam da contratação de prestadores de serviços, ou ainda, da aquisição de insumos.

Contudo, existem determinados parâmetros para a elaboração do contrato. O agente público, além de estar condicionado às fases pertinentes a licitação, deve também obediência aos princípios administrativos, quais sejam: princípio da legalidade; moralidade; publicidade; isonomia; impessoalidade; igualdade; economicidade e eficiência; proibidade administrativa e vinculação ao instrumento convocatório.

2.2 Planejamento para atendimento das demandas

Toda demanda pública tem que ser baseada no atendimento às necessidades da coletividade e do ente pelo qual se dará a prestação do serviço. Em virtude disto o agente público precisa conhecer a realidade em que está inserido, para então, começar a elaborar as metas e planos de trabalho que deseja implantar.

Conhecendo as necessidades, têm-se os meios de identificar quais as contratações necessárias para atendê-las, justificando, ao seu tempo, a pretendida contratação.

A Lei nº 8.666/93, no que tange à contratação de serviços, coloca como condição à sua realização, a elaboração de estudo técnico preliminar:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
[...] IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: [...] (BRASIL, 1993. Art. 6º). (grifo nosso).

Um planejamento bem elaborado diminui os riscos de contratações ineficientes, que não supram a real necessidade do órgão. No tocante às aquisições, o planejamento refere-se a identificar quais insumos a Administração necessita para o desenvolvimento das suas atividades. No âmbito das contratações de serviços, cabe à autoridade competente identificar quais as necessidades da sociedade, elaborando o projeto básico de acordo com a complexidade do objeto a ser contratado.

Tendo em vista essas observações quanto ao planejamento,

vislumbram-se os cuidados necessários para resguardar o erário. Existe na Administração Pública a exigência da adoção de certo formalismo. Toda e qualquer ação do agente público deve ser fundamentada, registrada e anexada aos autos do processo, que, neste caso, trata-se do processo licitatório. Essa exigência é correlata ao princípio da indisponibilidade do interesse público. O administrador jamais pode obliterar o interesse coletivo, ao contrário, é sua função resguardar e priorizar esse interesse, não importando suas acepções pessoais quanto a determinado assunto.

Indo ao encontro deste pensamento, surge outro quesito de grande importância à fase preparatória das contratações: a motivação. Explicar o porquê da contratação, garante segurança à coletividade e ao gestor, garantindo que o dinheiro público será destinado a um fim objetivo e necessário, e não apenas conforme a vontade subjetiva do gestor público.

2.3 Licitação

Durante a execução dos procedimentos iniciais da fase interna, que antecedem a contratação, o órgão tem condições de avaliar qual o meio pertinente para proceder com a mesma, se mediante ato que dispense o procedimento licitatório, ou seja, por meio de contratação direta, ou ainda, se por meio de procedimento licitatório.

Nas palavras de Justen Filho, em sua obra Curso de Direito Administrativo, licitação é definida como:

[...] procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância no princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 335).

O edital de licitação deve guardar os preceitos legais, principalmente no tocante às exigências quanto aos documentos de

habilitação, que deverão abranger a habilitação jurídica, técnica, econômico-financeira e regularidades fiscal e trabalhista, que estão especificados dos artigos 28 a 31 da lei de licitações e contratos.

Com a autorização para abertura do procedimento licitatório, resta averiguar qual a modalidade que será utilizada, sendo que a lei prevê: concorrência pública, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, este último sendo na forma presencial ou eletrônica.

E esclarece Lucas Rocha Furtado em sua obra Curso de Direito Administrativo:

O principal critério para definir se o administrador irá utilizar a concorrência, a tomada de preços e o convite é o preço do objeto (compra, serviço ou obra) a ser licitado.⁴ Caso se trate de bem ou de serviço comum, hipótese em que o administrador deve, obrigatoriamente, utilizar o pregão, não há limite em razão do valor do contrato à utilização desta modalidade, conforme será examinado mais adiante. A inviabilidade de utilização dessa modalidade deve ser devidamente justificada pelo administrador público (especialmente o que atua em âmbito federal – Decreto nº 5.450/05) ou por aquele que recebe repasse de Recursos federais (conforme dispõe o Decreto nº 5.504/05).⁵ (FURTADO, 2016, p. 397).

Não de tratando da contratação de bem ou de serviço comum, a regra passa a ser a utilização da concorrência, modalidade mais ampla de licitação, salvo os casos em que, pelas peculiaridades do contrato, seja exigido o concurso ou leilão, ou que, em face de seu valor, seja admitida a tomada de preços ou convite.⁶

4 O Acórdão TCU nº 642/04, Plenário (DOU9 JUN. 2004), consignou determinação no sentido de: "9.2.10. nas licitações para a contratação de obras e serviços, inclusive nos casos de dispensa e inexistência, elabore o orçamento detalhado de que trata o inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93, com valores estimados considerando os preços de mercado, tendo em vista que os dados nele constantes deverão ser utilizados para a definição da modalidade licitatória, verificação da suficiência dos recursos orçamentários e avaliação da adequabilidade dos preços propostos, evitando a ocorrência de casos semelhantes ao constatado no processo de contratação da empresa ARC Associados Auditores Independentes S/C (processo licitatório nº 48500.003007/01-41)".

5 Nesse sentido, vide: "[...] com a publicação do Decreto 5.450/2005, o pregão passa a ser obrigatório no que se refere à aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da Administração Pública Federal, devendo ser, preferencialmente, realizado com o uso da tecnologia da informação, e dizer, de modo eletrônico (art. 4º, da referenciada norma). Assim, merece atenção por parte do órgão ora fiscalizado a definição da natureza de um bem. Acaso o bem seja comum, o MME deve, necessariamente, adotar o pregão, sob pena de estar afrontando o regulamento que trata do assunto.

6 TCU: escolha a modalidade de licitação com base nos gastos estimados para todo o período de

Ante todas as orientações legais e jurisprudenciais, verificam-se ainda, em certa demasia, as irregularidades decorrentes dos procedimentos licitatórios. Ainda que sejam aplicadas as punições, e malgrado as fiscalizações, que buscam proteger o erário, por vezes são encontrados casos em que o gestor, bem como os setores responsáveis pela realização das cotações de preços, pareceres jurídicos e realização das licitações, passam longe do princípio da indisponibilidade do interesse público.

A elaboração de edital de licitação viciado pode acarretar graves prejuízos financeiros à sociedade, quando não, pode acarretar riscos à saúde e à segurança.

Imperiosa é a averiguação das condições determinantes para a participação nas licitações públicas, que devem sempre ter o ânimo de estabelecer a isonomia e ampliar a concorrência. Agindo desta forma, o agente público terá a garantia do fiel cumprimento de seu dever.

3 SISTEMAS DE CONTRATAÇÃO

As licitações sempre serão baseadas em um dos sistemas existentes para a contratação: sistema convencional e sistema de registro de preços (SRP).

No primeiro, a assinatura do contrato resulta do comprometimento entre as partes em cumprir as obrigações preestabelecidas durante o procedimento licitatório. O Tribunal de Contas da União – TCU caracteriza que a licitação pelo sistema convencional é destinada a selecionar o fornecedor e a proposta para contratação específica a ser efetivada pela Administração quando da finalização do processo.

O outro sistema de contratação existente, o qual vem sendo muito utilizado pela Administração Pública, resulta do mesmo trâmite procedimental estabelecido para as licitações realizadas pelo sistema

vigência do contrato, consideradas as prorrogações previstas no edital” (Acórdão nº 1.395/05, 2ª Câmara. DOU, 24 ago. 2005).

convencional, com a diferença de que, ao final do processo é assinada a ata de registro de preços (ARP), caracterizando o vínculo entre as partes para uma futura contratação. De acordo com o TCU, o objetivo do sistema de registro de preços é a seleção de fornecedor e proposta de preços de maneira que a contratação, não sendo específica, possa ser realizada repetidas vezes, durante a vigência da ARP, e acrescente-se, de acordo com a necessidade da Administração. Tal sistema é previsto no artigo 15 da Lei nº 8.666/93 e é regulamentado pelo Decreto Federal nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

A Lei nº 8.666/93, no artigo 15, inciso II, regulamenta que preferencialmente as compras devem ser processadas por meio do SRP, observando: realização prévia de ampla pesquisa de mercado; publicação trimestral dos preços registrados, em meio oficial, com o intuito de orientar a Administração; regulamentação do ato por meio de decreto; a seleção das empresas deverá ser mediante concorrência pública ou pregão; estipulação de sistema de controle e atualização dos preços registrados e validade do registro de preços não superior a um ano.

Ainda que diante da realização e assinatura da ARP pela Administração, esta não é obrigada a contratar com a empresa vencedora do certame sob o sistema em estudo, sendo facultada à mesma a possibilidade de contratação por outros meios, em face do melhor interesse público, desde que respeitados os preceitos legais que determinam os processos licitatórios, e sendo vedada a contratação com o maior valor registrado. Dessa forma, a Administração sempre realizará a contratação que enseje o menor valor, quer seja pelo preço já registrado, quer com outro fornecedor vencedor de procedimento licitatório diverso do que originou determinada ARP, garantindo, dessa forma, economicidade aos cofres públicos.

O artigo 3º do Decreto nº 7.892/2013, prevê as situações em que poderão ser adotadas o sistema em questão:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração. (BRASIL, 2013, Art. 3º).

Verifica-se que, quando em face ao cumprimento de todas as determinações legais, a utilização do sistema de contratação em pauta é extremamente salutar à Administração, evidenciando significativa economia, haja vista que os preços serão mantidos pelo prazo de um ano, e que a Administração deixará de realizar gastos com publicações de licitações que poderão ser efetivadas pelo procedimento das “caronas”, bem como mostra-se relativamente mais célere no que se refere à realização dos processos licitatórios.

3.1 Processos de Adesão

Estabelecida a empresa detentora do registro de preços, será facultado a outros órgãos, não participantes da licitação, utilizarem dos preços registrados, eximindo-se dessa forma da realização de procedimento licitatório para a contratação de determinado objeto, havendo por assim dizer, relativo “encurtamento” nos prazos e procedimentos exigidos para a realização das contratações.

Importante neste momento compreender os atores do sistema de registro de preços, a fim de que se possam estabelecer as obrigações de cada parte, desta forma conceitua o Decreto nº 7.982/2013, em seu artigo 2º:

III - órgão gerenciador - órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;

IV - órgão participante - órgão ou entidade da administração pública que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; (Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

V - órgão não participante - órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços. (BRASIL, 2013, Art. 2º).

Neste caso, o órgão não participante solicita permissão do órgão gerenciador do registro de preços, arguindo sobre a anuência em sua participação na licitação já ocorrida, como também deve obter anuência da empresa vencedora do certame licitatório.

Diante da anuência de ambas as partes, inicia-se, verdadeiramente, o procedimento de adesão, popularmente conhecido como “carona”.

O órgão não participante abrirá o procedimento administrativo, quando em posse da cópia dos atos que compõem o processo licitatório do órgão gerenciador, que em geral compõem-se de:

Edital de licitação e seus anexos;
Proposta de preços (inicial e adequada quando se tratar de Pregão) da empresa vencedora;
Termos de Homologação e Adjudicação;
Ata de Registro de Preços devidamente assinada e seu anexo;
Extrato da Ata de Registro de Preços

A depender do decreto, estadual ou municipal, que regulamente o SRP, pode haver alterações nas exigências acima dispostas, contudo, costumeiramente, esses são os documentos relativos ao órgão que promoveu a licitação, e que devem constar no processo do órgão não participante.

A empresa detentora do registro apresentará os documentos de habilitação em conformidade com o estabelecido no edital de licitações do órgão gerenciador, atentando para a data em que se realizará a contratação, ou seja, todas as certidões devem estar válidas para a assinatura do contrato.

Em que pese à figura do processo de adesão, os órgãos participantes são obrigados a atuar com lisura, respeitando os diversos dispositivos legais referentes às contratações públicas, e, por sua vez, os órgãos não participantes e interessados na adesão agirão de maneira a verificar a legalidade e probidade dos atos a que pretendem aderir.

4 POSICIONAMENTOS DIVERGENTES SOBRE AS “CARONAS”

Embora a possibilidade de realizar contratação mediante “carona” já exista há alguns anos, ainda não se tem um posicionamento pacificado em relação ao tema. Sobre o assunto aduz, o Rel. Cons. Substituto Gilberto Diniz, do TCE-MG:

[...] ao lado dos aspectos positivos, a figura do “carona” é polêmica, pois poderia representar o avesso do princípio licitatório uma vez que consiste na permissão dada àquela unidade administrativa que não promoveu o sistema de registro de preço ou tampouco dele participou (ou seja, não é gerenciador, nem participante). O “carona” apenas se beneficia da Ata de outrem, a ela aderindo mediante o cumprimento de algumas exigências formais.⁷ (Consulta n. 757978. Rel. Cons. Substituto Gilberto Diniz. Sessão do dia 08/10/2008).

Observando preceito constitucional que impõe a obrigatoriedade de licitar, é preciso analisar até que ponto pode o gestor público lançar mão de determinados meios para alcançar a específico fim.

Diante da controversa figura, há quem levante os argumentos de que as adesões ferem, precipuamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e isonomia.

⁷ (Consulta n. 757978. Sessão: 08/10/2008 Relator: Cons. Moura e Castro).

Sobre o princípio da legalidade, entende Gasparini, na obra *Direito Administrativo* que “o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor”. (2011, p. 61).

Considerando que o decreto tem função de dar fiel cumprimento às leis, não cabe a este inovar na ordem jurídica. Desta feita, segundo uma parte da doutrina, a Lei nº 8.666/93, cujo papel é regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, que trata da obrigatoriedade de licitar, não traz em seu corpo a possibilidade das adesões às ARP, portanto, tal permissão advinda de decreto seria considerada inconstitucional.

Justen Filho expressa seu entendimento sobre as caronas, na obra *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*:

A consagração do “carona” favorece a prática da corrupção. Em primeiro lugar, envolve a realização de licitações destinadas ao fornecimento de quantitativos enormes, o que se constitui em incentivo a práticas reprováveis. Isso não significa afirmar que existem desvios éticos apenas nas licitações de grande porte. O que se afirma é que a grande dimensão econômica de uma licitação eleva o risco de corrupção em vista do vulto dos valores envolvidos. Mais grave, consiste na criação de competências amplamente discricionárias. Ao assegurar ao ente administrativo a faculdade de escolher entre utilizar ou não utilizar um registro de preços, abre-se a oportunidade para a corrupção. Não significa que a existência do registro de preços seja um instrumento intrinsecamente propício à corrupção: a figura do ‘carona’ é intrinsecamente propícia à corrupção. E o é porque uma entidade pode ou não se valer de um registro de preços, segundo uma escolha livre e incondicionada. (JUSTEN FILHO, 2008, p.197).

Outro entendimento que se poderia suscitar é em relação aos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia. Tomando como exemplo um determinado órgão “Z” que querendo contratar um objeto qualquer, e realiza as pesquisas de preços para este fim,

ao saber da existência de licitação mediante registro de preços, busca a ata resultante desta, entre a empresa “X” e o órgão gerenciador “Y”, e age de forma a realizar todos os trâmites pertinentes para a elaboração de seu contrato.

Obviamente, não temos como atrelar tal conduta ao princípio da impessoalidade, uma vez que, deliberadamente e sem a prévia concorrência, o órgão público contratou com a empresa “X”. Da hipótese em questão, difícil concluir também que fora respeitado o princípio da isonomia, porquanto não houve como atribuir tratamento igualitário aos interessados em contratar com a Administração Pública, o que implica fatalmente na inobservância do princípio da moralidade.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também já se posicionou sobre o tema:

[...] tendo em vista a jurisprudência que se firmou nesta Corte, entendo que cabe a este Tribunal orientar os órgãos e entidades jurisdicionados para que não se utilizem do expediente denominado “carona”, sob pena de julgamento pela irregularidade das contratações firmadas por meio do emprego de tal instituto. (Bottesi, 2013).

Nesta seara figura, Joel Menezes Niebuhr em seu artigo - A morte lenta da adesão à ata de registro de preços – reflexões sobre o novo Decreto federal nº 9.488/2018⁸:

Quero começar esclarecendo que sou contra a adesão à ata de registro de preços, porque, na minha visão, ela é inconstitucional, opõe-se a uma série de princípios, entre os quais os da isonomia, da vinculação ao edital e da legalidade. Entretanto, não pretendo discutir aqui a constitucionalidade da adesão.

Contudo, há no meio doutrinário, simpatizantes da utilização da “carona”, como Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que já se posicionou sobre o assunto, entendendo que “a próxima etapa da racionalização

8 NIEBUHR, J. M. (05 de 09 de 2018). Bolg Zênite. Acesso em 09 de 11 de 2019, disponível em Blog Zênite: https://www.zenite.blog.br/a-morte-lenta-da-adesao-a-ata-de-registro-de-precos-reflexoes-sobre-o-novo-decreto-federal-no-9-4882018/#_ftn1

de procedimentos é o uso do Sistema de Registro de Preços e nesse sistema o desenvolvimento do : ‘corona’”.⁹

Segundo Relatório do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Ceará Edilberto Pontes, no Processo 04480/2009-0:

Qual a natureza jurídica do procedimento denominado de carona? A resposta é a extensão da proposta mais vantajosa a todos os que necessitam de objetos semelhantes, em quantidade igual ou menor do que o máximo registrado. Depois de ressaltar os casos de contratação direta e impor, como regra, o princípio da licitação, a Constituição Federal define os limites desse procedimento, mas em nenhum momento obriga a vinculação de cada contrato a uma só licitação ou, ao revés, de uma licitação para cada contrato. Essa perspectiva procedimental fica ao alcance de formações de modelos: no primeiro, é possível conceber mais de uma licitação para um só contrato, como na prática se vislumbra com o instituto da pré-qualificação em que a seleção dos licitantes segue os moldes da concorrência, para só depois licitar-se o objeto, entre os pré-qualificados; no segundo, a figura do carona para em registros de preços ou a previsão do art. 112 da Lei nº. 8.666/93. Desse modo, é juridicamente possível estender a proposta mais vantajosa conquistada pela Administração Pública como amparo a outros contratos. (*apud* JACOBY, 2008).

O autor entende que, ao optar pela “carona”, é estendida a quantos quiserem participar, uma contratação economicamente mais vantajosa, uma vez que foram superados, por outro órgão, os trâmites iniciais da contratação.

4.1 Erros mais comuns nas contratações mediante adesão

Como dito anteriormente, a despeito das controvérsias, e por vezes recomendações desfavoráveis dos tribunais de contas, o número de procedimentos de adesão às atas de registros de preços aumenta exponencialmente.

9 Tribunal de Contas do Estado do Ceará – TCE EM AÇÃO. <https://www.tce.ce.gov.br/institucional/coletanea-tce/send/159-coletanea-tce/1328-tce-em-acao>

O que deveria ser tido como exceção, tem-se tornado regra, e até ato corriqueiro, por parte dos órgãos públicos, como consta no Acórdão 1233/2013 - Plenário do Tribunal de Contas da União:

29. Mais preocupante, ainda, é a constatação de que 64% das contratações por SRP foram realizadas por meio de adesões fundamentadas nos art. 8º do Decreto 3.931/2001, prática de adesão tardia (por órgão não participante da licitação pelo SRP), mais conhecida como “carona”.

30. O que se abstrai é que, o que deveria ser exceção virou prática comum. O planejamento conjunto para a criação de ata não vem se realizando.

31. Como bem frisou a unidade técnica, a problemática envolvendo a adesão tardia e ilimitada à atas de registro de preços tem sido preocupação constante desta Corte de Contas, que já se manifestou contrariamente a sua prática irrestrita por meio do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário, ora em fase de recurso”. (Acórdão 1233/2013 - Plenário do Tribunal de Contas da União).

Em face do crescente aumento, nasce uma problemática a se considerar pela Administração: quais critérios devem ser observados ao iniciar o processo de adesão à determinada ata de registro de preços?

Primeiramente, após constatado o benefício para a Administração em aderir à ARP existente, o interessado deve buscar os meios necessários, para averiguar se foram observados todos os trâmites legais no que se refere à elaboração do processo de compras pelo órgão participante/gerenciador.

Citamos alguns exemplos de problemas quanto ao processo: cotações viciadas ou mal elaboradas; edital com irregularidade; inobservância quanto à possibilidade de realização de registro de preços para o objeto contratado; contratação de empresa inidônea ou com problemas na habilitação.

Ainda que todos os apontamentos acima recaiam sobre o órgão que deu origem à ARP, essas são algumas situações que podem prejudicar quem adere ao processo viciado.

Todo gestor tem a responsabilidade de averiguar em quais con-

dições foram iniciados os procedimentos administrativos, visando contratações, entretanto, muitas vezes o agente público não tem o devido zelo ao verificar essas informações. Dessa omissão, podem decorrer inúmeros problemas administrativos e judiciais a depender da conduta dolosa das partes.

Dessa forma, o primeiro erro ao aderir uma ata pode ser caracterizado, justamente, por essa falta de zelo do agente público, mediante tantos problemas que podem advir de um processo de licitação mal realizado.

Outro ponto importante é observar se realmente o fator tempo pode ser caracterizado como ponto crucial diante da decisão em aderir a uma ARP. Como discutido anteriormente, uma das primeiras ações do gestor público é o planejamento. Dessa ação, decorrem todos os trâmites e desenvolvimento das atividades que a Administração pretende realizar.

Se o gestor organiza suas ações, estabelece metas, delega as funções e cobra a responsabilidade daqueles envolvidos no planejamento, não se pode alegar a falta de tempo hábil para licitar.

Considerando que o SRP se dá mediante duas modalidades de licitação – concorrência pública e pregão – e que em regra a mais usada é justamente o pregão, verifica-se que este por ser ato célere, já que, da publicação do edital para realização da sessão, decorrem apenas oito dias úteis, não é verificado um tempo demasiado longo a se aguardar. Em regra, e a depender do objeto e quantidades licitadas, a finalização de um pregão pode ocorrer em quinze dias úteis.

Em vista disso, verificamos que, diante de um planejamento bem executado, não há motivos para dispensar a realização de licitação própria, ou seja, muitas vezes a adesão se dá justamente em razão da falta de planejamento, quando a demanda já se torna imprescindível à sociedade ou a realização do serviço público.

Vale ressaltar, que, por vezes, os gestores públicos invertem a ordem do processo administrativo, e buscam a ata de registro de

preços primeiro, para posteriormente, elaborar seu próprio termo de referência, o que denota clara falta de planejamento e cuidado com a coisa pública.

Segundo o Ministro Relator Bruno Dantas em posicionamento no Acórdão nº 311/2018 do TCU:

9. Em primeiro lugar, há que se discutir a própria previsão no edital desta possibilidade, também conhecida como adesão tardia ou, mais simplesmente, carona. Arguido quanto a isso, o órgão não apresentou justificativas plausíveis. 10. Conforme venho reiterando em diversos julgados sob a minha relatoria (a exemplo do item 9.3.4 do Acórdão 757/2015-TCU-Plenário e do item 9.3.2 do Acórdão 1.297/2015-TCU-Plenário), resta claro, à luz do artigo 9º, inciso III, in fine, do Decreto 7.892/2013, que a inserção de cláusula em editais licitatórios permitindo a adesão tardia é uma faculdade do órgão gerenciador. Nessa esteira, é certo que tal ato, embora discricionário, não prescinde de motivação. 11. **Tenho constatado que uma cláusula deste tipo (permitindo a adesão tardia) é inserida de forma repetida e impensada em quase todos os editais de pregões para Sistema de Registro de Preços.** No mais das vezes, costuma-se alegar que sua inserção seria justificável porque traria alguma espécie de economia de escala. **Todavia, trata-se invariavelmente de mera alegação genérica, sem nenhum lastro em estudos técnicos relacionados especificamente ao objeto que se deseja licitar e realizados preliminarmente à contratação que se almeja**". (TCU, Acórdão nº 311/2018, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, Sessão de 21.02.2018.) (grifo nosso).

O Ministro Relator levanta o fato de que, por ter virado ato corriqueiro, muitos editais de licitação não lançam mão das devidas justificativas à permissão das adesões.

4.2 Possíveis penalidades provenientes de processos viciados

Diante de irregularidades quanto aos processos de adesões, cabe denúncia tanto aos tribunais de contas, quanto ao Ministério Público,

que diante dos fatos apresentados, irão abrir processo investigativo.

A depender do resultado da análise, cabe aos tribunais julgar irregulares as contas do agente público que deu ensejo à conduta danosa, aplicar multas aos envolvidos nos atos ilícitos, suspender os efeitos dos contratos e determinar que não seja autorizada a adesão à ata viciada.

Não obstante as recomendações dos tribunais e, sendo o caso, aplicação das penalidades acima expostas, a depender do dolo na ação dos envolvidos, caberá o disposto nos artigos 83 e 84 na Lei nº 8.666/93, como, além das sanções penais, a perda do cargo ou emprego público, função ou mandato eletivo. A pena pode ser acrescida de 1/3 caso o agente causador do ilícito seja ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança.

Para melhor apreciação do assunto, observemos alguns acórdãos do TCU referentes às irregularidades encontradas em licitações sobre o sistema de registro e preços e processos de adesão.

9.3. determinar ao Departamento Nacional de Obras contra as Secas (Dnocs) que condicione a adesão à Ata de Registro de Preços (ARP) 001/2017, lavrada no âmbito do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 015/2016 da Companhia Docas do Ceará (CDC), ao cumprimento das seguintes exigências, informando a este Tribunal no prazo de sessenta dias os resultados obtidos:

9.3.1. correção da falha metodológica na pesquisa de preços com fornecedores externos (**utilização de base comparativa incompatível com os preços ofertados pela vencedora da Ata de Registro de Preços 1/2014, da Companhia Docas do Ceará**), especialmente após a confecção do Termo de Referência, quando o quantitativo foi alterado para 12 postos de trabalho de 24 horas ininterruptas mais 1 posto noturno (peça 9, p. 14);

[...] 9.3.5. **demonstração do atendimento aos demais requisitos estabelecidos no art. 22 do Decreto 7.892/2013**, quais sejam: a) validade da ata de registro de preço; b) vantajosidade na adesão pelo órgão participante; c) consulta ao órgão gerenciador; d) aceitação do fornecedor; e) limite de 100% para aquisição ou contratação do órgão participante; f) limite de cinco vezes para aquisição

por todos os órgãos participantes dos itens registrados; e g) prazo de 90 (noventa) dias para aquisição ou contratação pelo órgão participante, contado da data de autorização do órgão gerenciador; (TCU, TC 023.072/2017-2, Plenário, Grupo I, Classe VII). **(grifo nosso)**

Na situação acima disposta, verifica-se que o órgão representado ao TCU (DNOCS) não se submeteu às orientações do tribunal, que entre outras determinações, constava na correção das propostas de preços, demonstração ao atendimento e fundamentações relativos ao artigo 22 do Decreto nº 7.892/2013.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, formulada pela Secex/PR, versando sobre possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 59/2018 (UASG 153079), promovido pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), cujo objeto é a ata de registro de preços para a contratação de empresa especializada na execução de serviços comuns de engenharia, baseados na tabela Sinapi/PR; (TCU, Acórdão nº 1381/2018, Plenário, Rel. Min. Wlaton Alencar Rodrigues, 2018).

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e, diante das razões expostas pelo relator, em:

- 9.1. considerar procedente a representação;
- 9.2. com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o artigo 45 da Lei 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias para que a Universidade Federal do Paraná (UFPR) proceda à anulação do Pregão Eletrônico 59/2018, tendo em vista as seguintes irregularidades:
 - 9.2.1. insuficiente especificação e caracterização dos serviços a serem contratados como atividades de manutenção predial, nos termos do artigo 6º da Lei 8.666/1993 e dos normativos atinentes à matéria, **permitindo que seja contratada a realização de obras mediante pregão para registro de preços, em afronta ao Decreto 5.450/2005;**
 - [...] 9.2.3. **ausência de justificativa para a inclusão, no**

edital, de previsão de adesão à ata por órgãos ou entidades não participantes (“caronas”), afrontando o art. 3º da Lei 8.666/1993 e o princípio da motivação dos atos administrativos, bem como o art. 22 do Decreto 7.892/2013; 9.2.4. **ausência de mecanismo de controle das eventuais adesões à ata, tendo em vista que as unidades de medida dos itens não foram informadas;** 9.3. arquivar o processo”. (TCU, Acórdão nº 1381/2018, Plenário, Rel. Min. Wlaton Alencar Rodrigues, 2018).

Já no caso acima colacionado, verifica-se ilegalidade em face do objeto licitado, ausência de justificativa para previsão de adesão à ata de registro de preços, bem como o devido controle das eventuais adesões.

20. Feitas essas considerações, conheço do agravo interposto pelo Conselho Regional de Administração do Amazonas, por atender aos requisitos de admissão dispostos no art. 289 do RI/TCU, dando-lhe provimento parcial, a fim de, com espeque no §1º do art. 289 do RI/TCU, reformar a decisão cautelar determinada pelo despacho decisório à peça 7, de 19/8/2019, referendada pelo Plenário por meio do acórdão 1954/2019-TCU-Plenário, para adotar as seguintes medidas, até que o Tribunal decida sobre o mérito da matéria nestes autos:

- a) determinar ao Conselho Regional de Administração do Amazonas, cautelarmente, que **suspenda a execução do contrato 2/2019**, exceto apenas no que tange ao evento 17º ‘Encontro de Administração do Amazonas’, a ser realizado nos dias 18 e 19/9/2019;
- b) determinar ao Conselho Regional de Administração do Amazonas, cautelarmente, com fulcro no disposto no artigo 276, caput e § 3º, do RI/TCU, **que não celebre outros contratos com base na ata de registro de preços 2/2019, assim como não autorize adesões a esse instrumento contratual.** (grifo nosso) (TCU, Acórdão nº 2191/2019, Plenário, Rel. Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 2019).

Essas foram apenas algumas das decisões proferidas pelo TCU, contudo, não se pode olvidar dos diversos tribunais estaduais que emitem recomendações e pareceres a cerca dos procedimentos de adesão.

Apesar das divergências quanto à legalidade desse instituto, é correto afirmar que o gestor público tem o dever de atuar conforme a lei, incorrendo no risco de afrontar o princípio da legalidade, desta feita, ao optar, em última instância, e mediante todas as justificativas que serão devidas, este tem a obrigação de analisar o processo a que pretende aderir.

Não é cabível à Administração Pública utilizar do processo em estudo para sanar atos desleixados no tocante à realização de planejamentos para contratações e elaboração de termos de referência, por exemplo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos públicos geram impactos diretos na sociedade, tal importância se caracteriza por estar, toda a coletividade, arcando com os custos dos mesmos.

Uma contratação pautada na estrita legalidade, e que tenha como objetivo a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, irá beneficiar toda a sociedade. Portanto, para alcançar essa finalidade é necessário ao agente público tomar todos os cuidados necessários ao fiel cumprimento da lei, agindo de maneira a seguir todos os parâmetros, etapas e análises necessárias a uma contratação proveitosa para a coletividade.

Desta feita, é de suma importância um bom planejamento realizado pelo gestor público, pois tal ação é o que irá garantir a plena execução das metas públicas. Detectadas todas as características da demanda, o agente público tem que promover contrato administrativo, observando a regra geral de licitar, isentando-se de tal, quando permitido em lei.

Visualizam-se dois tipos de sistema de contratação, a saber: sistema convencional, quando da licitação resulta o contrato entre as partes, e o sistema de registro de preços, entendido grosso modo

como um cadastro dos preços ofertados pela empresa vencedora da licitação, de onde se origina a ata de registro de preços que irá promover contratos futuros.

Da ata de registro, pode resultar a figura da adesão, popularmente chamada “carona”, onde um órgão não participante da licitação, que originou a ata, solicita permissão para utilizar os preços registrados, e efetivar contratação sem proceder com licitação própria.

O conhecimento desse tema é de suma importância, tanto para a sociedade, que tem a obrigação de fiscalizar os gastos públicos, quanto para classe acadêmica, pois permite uma análise dos meios utilizados por alguns órgãos públicos, para efetivar suas contratações, proporcionando uma perspectiva quanto à legalidade e constitucionalidade do ato.

Da decisão de aderir à determinada ata de registro de preços, cabe ao ordenador de despesas tomar todas as precauções quanto à legalidade do processo a que pretende aderir, bem como demonstrar o benefício da contratação por este viés. Ademais, a falta dos cuidados necessários ao administrador público, pode correr o risco de responder administrativamente, ou ainda, penalmente, caso seja apresentado indício de irregularidade e/ou crime contra o patrimônio público.

PUBLIC CONTRACTS THROUGH THE ACCESSION PROCESS

ABSTRACT

The Public procurement must be carried out according to the legal norms and principles of Administrative Law. The Federal Constitution establishes that the public contract requires prior bidding. From these bidding procedures we come across the figure of the “hitchhiking” process, regulated by Federal Decree N. 7.982/2013. Such procedure allows the hiring of a certain good or service using a bid made by another agency, upon its authorization, and provided

that it was made by the Price Registration System. It is important to know the situations in which such action is beneficial to the Public Administration, what are the precautions to be taken in the adhesions and the risks to which the managers are exposed when proceeding with the contract resulting from the “hitchhiking”. The method used was bibliographic research, since it seeks to reach a conclusion on the risks when misuse or the lack of analysis of the bidding process when hiring through hitchhiking processes. The present study will be qualitative.

Keywords: Public Administration. Bidding. Minutes of Price Registration. Accessions.

REFERÊNCIAS

BOTTESI, Claudine Corrêa Leite. **Recentes alterações no sistema de registro de preços**. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. 2013. Disponível em: http://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/downloads/par-cclb-_2013-03-18_tca-008073-026-09-artigo_sitio-eletronicooodecreto07892-23-01-2013_regulamenta_sistema_registro_de_precos_da_lei_8666.pdf. Acesso em 15 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em fev. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em 14 set. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível

em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 9.412, de 18 de junho de 2018**. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9412.htm>. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 311/2018**, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, Sessão de 21.02.2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A311%2520ANOACORDAO%253A2018%2520RELATOR%253A%2522BRUNO%2520DANTAS%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=25446ef0-aca3-11ea-8a40-bdfffa2fc9d2a. Acesso em 05 ago. 2019

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4. ED. Brasília. 2010. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2014_24.pdf. Acesso em 22 set. 2019.

DINIZ, R. C. **Coletânea de entendimentos TCE MG**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas – MG. 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, v. 6, 2007. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>. Acesso em 12 out. 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MUKAI, TOSHIO. **O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime**

legal? Revista do TCU, Brasília, ano 38, n. 114, p. 103-108, janeiro/abril 2009. Disponível em <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/19>> Acesso em 12 out. 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **A morte lenta da adesão à ata de registro de preços – reflexões sobre o novo Decreto federal nº 9.488/2018.**

Blog Zênite. [S.I.] 2018. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/a-morte-lenta-da-adesao-a-ata-de-registro-de-precos-reflexoes-sobre-o-novo-decreto-federal-no-9-4882018/>> (2018). Acesso em 19 set. 2019.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. **Cuidados que devem ser observados quando da adesão a atas de registro de preços de outros órgãos e entidades.** Blog Zênite. [S.I.] 2012. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/o-fim-do-carona-finalmente/>> (2012). Acesso em 04 nov. 2019.

Os impactos da tecnologia na relação de emprego: uma análise do caso Uber¹

Tobias Henrique Cruz de Holanda²

RESUMO

Os impactos criados pela tecnologia foram capazes de alterar exponencialmente a forma como o ser humano interage com o mundo ao seu redor: hoje, a tecnologia está presente em praticamente tudo. Os reflexos dessa revolução tecnológica foram capazes de alterar até mesmo a forma como o homem trabalha. A relação entre o empregado e o empregador não é mais a mesma que outrora. As pessoas não necessitam mais se dirigir até o seu local de trabalho, e lá permanecer durante um período de tempo, exercendo a função para qual foram contratadas. Não! A tecnologia possibilitou uma forma de trabalho muito mais dinâmica e livre. Posto isso, o presente artigo tem como objetivo identificar essas diferenças trazidas pela tecnologia e analisar, de forma mais específica, se é possível identificar uma relação de emprego no caso do motorista do Uber.

Palavras-chave: Relação de emprego. Uber. Direito do Trabalho. Tecnologia disruptiva.

1 INTRODUÇÃO

Durante toda a história da humanidade, o homem sempre enfrentou desafios e obstáculos para conseguir alguma coisa. Seja na construção de um abrigo para ter proteção durante chuvas e tempestades;

¹ Data de Recebimento: 05/02/2020. Data de Aceite: 29/05/2020.

² Graduado em Direito pela FBUi (Centro Universitário Farias Brito). E-mail: thcruz95@outlook.com

seja na criação de ferramentas e armas que possibilitassem a caça e a alimentação do bando; no tear de objetos como cestas para guardar frutas e grãos colhidos em uma jornada, em todas essas situações, o homem empregou uma coisa em comum: o trabalho. O trabalho e o homem têm uma relação que data os primórdios da humanidade.

Ponto crucial desta relação entre trabalho e homem é a Revolução Industrial, onde as máquinas começaram a fazer o serviço antes feito pelas pessoas, aumentando a produção das indústrias em proporções nunca antes experimentadas pela população. Consequentemente, o desenvolvimento das cidades e o crescimento populacional saltaram em um instante. Contudo, as condições de trabalho, ao contrário da qualidade de vida geral proporcionada pela Revolução Industrial, não melhoraram. A situação de exploração ainda permanecia, o desemprego gerado pela substituição da mão de obra humana pelas máquinas também era um fator, além dos mínimos pagamentos saldados aos trabalhadores³.

Toda essa situação cominou em movimentos operários que reivindicavam melhores condições de trabalho, ou mesmo lutavam contra o avanço tecnológico. Cita-se, como exemplo, o Ludismo, em 1811, e o Cartismo, em 1836. É nesse momento que aparecem as primeiras manifestações do Direito do Trabalho, resultado de uma busca por melhores condições de emprego e maiores direitos.

Durante os anos que se seguiram, os efeitos gerados pela Revolução Industrial, pela Primeira Guerra Mundial, e por outros fatores como a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a relação de emprego teve sua caracterização com base em cinco elementos –pessoalidade, trabalho por pessoa física, habitualidade, onerosidade e subordinação – que se mantiveram mais ou menos da mesma forma, sem sofrer grandes alterações em suas definições durante os anos.

3 É válido apontar que antes da Revolução Industrial, o sistema feudal praticamente não recompensava os servos pelo trabalho prestado. Era uma escravidão disfarçada. A revolução industrial, apesar de longe dos padrões ditos “justos” para a sociedade atual, oferecia uma contraprestação ao serviço prestado pelo trabalhador. Era a primeira manifestação do elemento “onerosidade”, necessário para a caracterização da relação de emprego moderna.

Após esse período de estabilidade do Direito do Trabalho e das suas relações de emprego, o grande avanço da tecnologia (principalmente nas duas últimas décadas) resultou em grandes impactos para as relações comuns, que o direito trabalhista costumava tratar. As características dos elementos da relação de emprego sofreram mudanças na sua interpretação, sobretudo, quanto à eventualidade e à subordinação. Tudo isso é resultado da nova forma de emprego: o *crowdworking*.

O *Crowdwork* é um fenômeno bastante antigo na internet, mas que se popularizou somente nos últimos anos. Sites como *YouTube* ou softwares como *Torrent* ou *LimeWire* utilizaram o conceito de *crowdwork*. O *crowdwork* era o que oferecia a esses sites e programas de internet o seu oxigênio: conteúdo constantemente oferecido e atualizado pelos próprios usuários, de forma livre, onde qualquer um poderia fazer alguma contribuição.

A ideia do *crowdwork* é a de conectar, por meio de uma plataforma *online*, alguém que está à procura de um serviço com um outro alguém que possa prestá-lo, funcionando como um intermediário entre essas duas partes. Na prática, funciona assim: alguém baixa o aplicativo de uma empresa de *crowdwork* no seu *iPhone*, faz um rápido cadastro no próprio aplicativo e solicita o serviço que quer. É realmente tão simples e rápido como parece. E, da perspectiva do cliente, essa rapidez e simplicidade são as maiores vantagens desse tipo de serviço.

Por uma visão do empregado, a maior vantagem oferecida pelo *crowdwork*, é, sem dúvida alguma, a flexibilidade. Imagine a rotina de um trabalhador comum: acordar cedo, se dirigir ao local do trabalho, passar horas e horas sentado na frente de um computador, por um período determinado de tempo, além de ser constantemente observado por um supervisor. Agora, para comparar, alguém que escolhe trabalhar para uma empresa de *crowdwork* tem uma rotina completamente diferente, devido à liberdade oferecida por esse tipo de emprego.

Um trabalhador de uma empresa de plataforma *online* tem um maior controle da sua rotina de trabalho⁴: pode escolher quando e por quanto tempo trabalhar, o tipo de serviço que quer prestar, pode até prestar o serviço de dentro de sua própria casa, e tudo que alguém precisa para trabalhar com isso é de um computador ou celular e uma conexão com a internet.

Apesar do *crowdwork* ter mudado a realidade trabalhista no mundo, sendo responsável por uma verdadeira revolução na forma de trabalho, o meio desse tipo de emprego se encontra, ainda, desregulado, sem uma proteção pela lei, o que, mais uma vez, não surpreende, pois a lei normalmente é lenta para se adaptar às novas realidades e tendências, precipuamente, em questões trabalhistas. Enquanto isso, trabalhadores que se sujeitam a esse tipo de trabalho não podem usufruir das garantias legais que teriam, se esse tipo de serviço fosse regulado. O ponto positivo é que esse cenário está mudando, ainda que lentamente.

Jeremias Prassl (2016), em artigo publicado sobre o *crowdwork*, afirma que, apesar dos elementos da relação empregatícia desde o surgimento do *crowdwork* terem sofrido alterações, a relação de emprego ainda se preserva, pois tais alterações não são suficientes para descaracterizá-la.

Feita esta breve introdução, para os propósitos deste artigo, será feita uma análise nos elementos que compõem a relação entre o Uber e os seus motoristas, buscando identificar se esta relação é capaz de configurar um vínculo empregatício entre as partes.

2 HÁ RELAÇÃO DE EMPREGO NO UBER?

A questão sobre a existência ou não de uma relação de emprego entre o Uber e os seus motoristas é o principal ponto de discussão

⁴ Ainda que não seja um controle absoluto, como mais adiante será examinado no caso do Uber, o empregado da empresa de *crowdwork* tem muito mais flexibilidade para montar sua própria rotina de trabalho do que um empregado regular.

entre os estudiosos e tribunais. A caracterização dos elementos que compõem a relação de emprego sofre diversas interpretações, resultando em argumentos lógicos que são capazes de sustentar tanto uma como outra posição. Dito isto, neste tópico serão abordados todos os elementos que constituem uma relação de emprego comum, ao mesmo que tempo em que será feito um paralelo de como estes mesmos elementos se aplicam na realidade do Uber com seus motoristas.

2.1 Pessoa física e personalidade: requisitos para o Uber

Uma das características do Direito do Trabalho é que os bens por ele tutelados são inerentes às pessoas físicas. Pessoas jurídicas não são capazes de assumir a posição de empregado em uma relação de emprego. Somente o empregador pode transitar tanto na figura da pessoa física como na de pessoa jurídica. Quando é firmado um contrato entre duas pessoas jurídicas, automaticamente é afastada a possibilidade da relação de emprego. Assim, não parece haver necessidade de adentrar muito na questão da pessoa física no caso Uber, uma vez que todos os motoristas são, por uma dedução lógica, pessoas físicas. A personalidade, entretanto, deve ser melhor analisada.

A personalidade é o elemento que caracteriza a relação *intuitu personae* do contrato de trabalho. Ou seja, a relação entre empregado x empregador é infungível no que se refere ao polo do empregado, não podendo se fazer substituir na prestação do serviço, pois o contrato foi especificamente e individualmente firmado com aquele trabalhador. Fábio Goulart Villela (2010, p. 108), sobre o tema, assevera:

Para a configuração da relação de emprego é preciso que a prestação dos serviços, pela pessoa física, tenha efetivo caráter de infungibilidade em relação ao trabalhador. O labor deve ser *intuitu personae* com referência ao trabalhador, o qual não poderá se fazer substituir de forma intermitente por outro obreiro durante a prestação dos serviços.

No Uber, o cadastro que o motorista faz para trabalhar na empresa já pode configurar a personalidade do serviço. O motorista é aquele que se cadastrou, individualizado e especificado frente a outros tantos motoristas, que também trabalham para o aplicativo. Não só o cadastro, como as próprias regras de conduta do Uber proíbem o motorista de compartilhar ou duplicar seu perfil⁵:

Perfil duplicado: Criar novo perfil de usuário ou Motorista Parceiro, uma vez já cadastrado ou após desativação permanente;

Compartilhar seu cadastro: Deixar outra pessoa utilizar seu cadastro de motorista parceiro do Uber⁶.

Ainda que por vezes nos processos contra a empresa, seja alegada a aleatoriedade na escolha de qual motorista irá prestar o serviço de transporte, não parece ser suficiente para descaracterizar a personalidade da relação. Há uma diferença entre o relacionamento da empresa com seu empregado, e o empregado com o cliente. A personalidade é um traço que surge previamente à própria prestação do serviço. Nem a possibilidade de um motorista compartilhar o seu veículo pode ser capaz de afastar a personalidade do contrato. O veículo aqui é mera ferramenta de trabalho, não recaindo a personalidade sobre ele, mas sim sobre o motorista.

Em voto no processo contra o Uber (nº 1000123-89.2017.5.02.0038), a Relatora Dra. Beatriz de Lima Pereira, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, aduz que:

A personalidade, por seu turno, é inequívoca e confessada pelas demandadas. Argumentam que um mesmo veículo pode ser utilizado por vários motoristas, o que, a seu juízo, descaracterizaria a personalidade. Entretanto, admitem e confessam que o motorista deve ser sempre cadastrado, do que resulta conclusão em sentido diametralmente contrário, ou seja, o que importa é quem está conduzindo o veículo.

5 Fonte: Uber. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/regras/> >. Acesso em: 22 dez. 2019.

6 Fonte: Uber. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/legal/community-guidelines/br-pt/> >. Acesso em: 22 dez. 2019.

Por estas razões, parece-nos estar caracterizada a individualização do motorista do Uber, comprovando, conseqüentemente, o elemento da personalidade no contrato firmado.

2.2 A onerosidade do serviço prestado

Iniciaremos este tópico, abordando o exemplo de Adam Smith (1982, p. 16) no livro da Riqueza das Nações, onde diz que: “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses”. (tradução livre)⁷.

Assim como na lição do filósofo e economista, a relação de trabalho se baseia numa convergência de interesses próprios e – no bom sentido da palavra – egoístas das partes. Uma parte tem algo que a outra quer e está disposta a realizar uma troca por isso, ou, em outras palavras, o empregador está disposto a trocar o seu dinheiro pela força de trabalho do empregado.

Uma relação onde não há a existência deste caráter oneroso não pode ser caracterizada como relação de emprego. No máximo, seria caracterizada como uma relação de trabalho ou um trabalho voluntário. Afinal, como citado anteriormente por Delgado (2019, p. 345), o contrato de trabalho é “um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis”.

Quando trazemos essa ideia para a realidade do Uber, podemos perceber que há a presença deste traço oneroso na relação do motorista com a empresa. O motorista não trabalha com o transporte por pura benevolência. Ele espera receber uma contraprestação pelo serviço prestado, e essa contraprestação é feita quando o passageiro

⁷ Texto original: “It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest”. (Adam Smith, 1982, p. 16).

solicita o serviço de transporte e paga pela corrida. Vejamos: o passageiro quando solicita um Uber terá na tela do seu *smartphone* o valor aproximado da viagem que será descontado do seu cartão de crédito cadastrado no aplicativo. Ao terminar a corrida, esse valor cobrado pelo serviço é enviado para o Uber (o motorista não recebe o pagamento em mãos de cada corrida, exceto casos em que o passageiro cadastra a forma de pagamento à vista), que faz o papel de um intermediário entre o motorista e o seu salário. Importante explicar que todas as corridas prestadas pelo motorista são somadas em uma única “fatura”, onde a empresa repassa esses valores ao motorista na semana seguinte da fatura que foi fechada.

Além do repasse feito ao motorista, no fim de cada “fatura”, a empresa Uber exerce outros controles sobre a remuneração do empregado: o Uber é o responsável pela determinação dos valores que serão cobrados durante a corrida, sendo, inclusive, proibido ao motorista prestar corridas gratuitas, enquanto estiver em atividade no aplicativo. Também é a única responsável pelos repasses para a conta do motorista no fim de cada fatura, sendo, portanto, a responsável direta pelo pagamento do salário do seu empregado. Assim, por essas razões, novamente aparenta ser clara que há uma relação onerosa entre o motorista e a empresa Uber.

2.3 A habitualidade (não eventualidade) do serviço prestado

A habitualidade é o requisito que faz com que a prestação do trabalho seja feita de forma contínua, devendo se repetir naturalmente. Não necessariamente esse trabalho deve ser feito todos os dias, mas não deve depender de uma eventualidade, ou seja, um acontecimento externo, imprevisível ou fora do normal.

Em outras palavras, a não eventualidade se traduz muito mais em uma ideia que cria o sentimento de continuidade, no exercício da atividade laboral, do que em uma ideia de atividade a ser realizada

todos os dias. Nas palavras de Delgado (2019, p. 341), para que haja relação empregatícia “é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico”.

A habitualidade, à primeira vista, não estaria presente na relação Uber x motorista, pois o motorista pode escolher quando trabalhar, inclusive podendo montar sua própria rotina e horários. Porém, ao analisar com mais atenção, é possível ver que a habitualidade é um ponto bastante presente do elo estabelecido pelo Uber.

No vínculo entre o Uber e seus motoristas, o elemento da habitualidade surge a partir do momento em que os motoristas exercem a atividade de transporte com a ideia de permanência – ou, pelo menos, sem determinar sua duração – vinculando-se à atividade fim da empresa (teoria dos fins do empreendimento). Assim, uma vez estabelecido que o Uber é uma empresa, que presta e explora o serviço de transporte, é razoável entender que, com base na teoria dos fins do empreendimento e no raciocínio apresentado nos parágrafos anteriores, a habitualidade estaria presente numa relação entre o Uber e os seus motoristas.

2.4 O elemento da subordinação no Uber

Conforme Ferreira (2015, p. 714), subordinação corresponde ao “ato ou efeito de subordinar, de um estado de dependência ou obediência a uma hierarquia, a um poder”. A subordinação é o elemento mais marcante da relação de emprego. É a partir dele que se constrói a noção de uma relação entre empregador e empregado, onde o primeiro dirige e comanda a capacidade laborativa do segundo. É também o elemento principal na diferenciação entre o trabalho autônomo e a relação de emprego comum.

No Direito do Trabalho, este elemento é interpretado sob um prisma objetivo. Novamente se faz presente a excelente lição de

Delgado (2019, p. 349) “a subordinação atua sobre a força de trabalho do empregado, e não na pessoa do trabalhador”. A ideia de subordinação é a do empregado colocar sua capacidade laborativa nas mãos de um empregador, que irá se valer desta subordinação objetiva para dirigir e comandar a prestação do serviço.

Contudo, esse poder de dirigir a força de trabalho não precisa ser exercido a todo momento, nem o empregado necessita ser vigiado durante o trabalho. Segundo Barros (2010, p. 268), o que é necessário é que “haja uma possibilidade de o empregador exercer uma autoridade diante do empregado: dando ordens, comandando, dirigindo e fiscalizando a atividade do empregado”. Concluindo, neste mesmo sentido, Resende (2017, p. 75) assinala que “a submissão aos comandos do empregador, controle de horas, direção quanto ao modo de produção, caracterizam o elemento da subordinação no contrato de trabalho”.

A nova realidade tecnológica foi capaz de modificar, substancialmente, a ideia de subordinação, e, mais especificamente, a forma como o empregador controla o empregado. Partindo dessa ideia, não mais é necessário que haja uma vigilância constante do empregador, como era de praxe nas fábricas da Revolução Industrial. A realidade trazida pela tecnologia se assemelha muito mais ao *Big Brother*, entidade descrita por George Orwell em sua obra “1984”, no sentido de que o empregado está sendo constantemente vigiado, mas de uma forma indireta. Essa vigilância indireta é exercida por meio do controle de qualidade que os aplicativos utilizam para classificar (e monitorar) a sua mão de obra, e não é diferente no caso do Uber, que conta com seu próprio controle de qualidade. Esse controle de qualidade do Uber funciona por intermédio de um sistema de *ratings*, onde, após uma corrida, o passageiro pode classificar a corrida (e conseqüentemente o motorista), dando uma nota que vai de 1 até 5 estrelas.

Dessa maneira, a empresa pode vigiar permanentemente todos os seus empregados, partindo das avaliações dadas pelos passageiros e, assim, impor sanções disciplinares como suspensões, e até mesmo, o desligamento do serviço⁸.

Por meio desse modelo de observação dos seus subordinados, a empresa exerce um controle contínuo dos seus motoristas, por via de parâmetros previamente definidos por ela, mantendo, assim, controle gerencial da mão de obra oferecida.

Em artigo sobre o tema, José Carlos de Carvalho Baboin (2017, p. 344) explana que:

Não há aqui, portanto, uma eliminação da subordinação entre a empresa e o motorista. Ainda que a avaliação seja efetuada pelos próprios usuários, trata-se de um sistema desenvolvido e controlado pela própria Uber segundo critérios definidos pela Uber. Ressalte-se também que o motorista não tem acesso às avaliações, apenas à sua nota global; a Uber, ao contrário, tem acesso a todos os dados que circulam pelo aplicativo, inclusive às avaliações individualizadas.

Além do sistema de *ratings*, a empresa utiliza a própria remuneração do motorista como meio diretivo da mão de obra. Explicando em outras palavras, o Uber vende a ideia que seus motoristas são livres para trabalhar no momento em que quiserem, não existindo uma jornada de trabalho fixada pela empresa. O que ocorre é que, devido ao sistema capitalista em que a sociedade é pautada, o motorista ao exercer o labor de tal profissão, não o fará por mera satisfação pessoal, mas sim para poder aumentar seu poder aquisitivo, de tornar possível a maior aquisição de bens materiais, sendo a consequência lógica dessa conduta a de que o motorista irá trabalhar sempre que estiver disponível. A própria necessidade de melhorar sua condição de vida e acumular capital o impulsiona ao trabalho. Sobre o

8 Disponível em: < <https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?name=general-community-guide-lines&country=brazil&lang=pt-br>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

tema, interessante é o pensamento demonstrado por Márcio Túlio Viana (1997):

Outro efeito pouco visível do salário é o seu uso como instrumento do poder diretivo. É o que acontece quando o empregador paga não por tempo, mas por produção, ou mesmo quando promete prêmios ou gratificações complementares. É curioso observar, nesse caso, como até na prestação do empregador pode estar embutida uma nova prestação do empregado – ou mais exatamente um comando implícito para a intensificação do seu trabalho. E – o que é mais curioso – esse comando parte do próprio empregado, pois é ele quem se obriga a produzir mais, para receber mais, ou para não ganhar menos. E é o salário que realiza essa pequena mágica, acelerando o ritmo, agitando o corpo, aumentando a atenção e quase sempre produzindo o stress. Isso nos mostra que, embora, para o empregador, o salário pareça apenas um custo, na verdade pode ser também uma renda. E a mesma coisa acontece, inversamente, com o empregado. Em vez de ser apenas o preço (mal pago) da subordinação, torna-se um veículo para viabilizá-la. É como se fosse um Cavalo de Troia” (*apud* BABOIN, 2017, p. 349).

Com isso em mente, o que o Uber faz, de maneira bastante discreta, é forçar os seus motoristas a extrapolar o limite laboral estabelecido na Constituição Federal em seu artigo 7º, XIII, a trabalhar cada vez mais, diversas vezes ultrapassando as 10 ou 12 horas diárias de serviços. É essa a condição instigadora do trabalho remunerado mediante produção, onde quanto mais o empregado labore, maior serão seus rendimentos pela atividade.

Assim, pelas razões expostas neste tópico, a subordinação parece se fazer presente na relação que o Uber tem com seus motoristas. Uma vez que a empresa é, em última instância, a responsável pelo controle de qualidade do serviço, pela política de desligamento (equivalente a demissão) e, por fim, pela remuneração do motorista.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno causado pela empresa Uber foi capaz de trazer à tona discussões sobre como a tecnologia pode influenciar e modificar as relações laborais, que costumavam fazer parte da rotina jurisprudencial do Direito. Conflitos sobre a interpretação apropriada aos elementos da relação de emprego – os da subordinação e da habitualidade – estão sendo debatidos diariamente nos mais diversos tribunais ao redor do mundo.

Há necessidade da presença direta da figura do empregador para emitir ordens e comandar seus subordinados? E o controle exercido por meio do sistema de *ratings*, é suficiente para criar o elemento da subordinação em uma relação de emprego? Pode o empregador “delegar” esse controle de qualidade do serviço aos próprios clientes, mas ainda assim, manter-se na posição de disciplinar o empregado que se desvie de uma conduta preestabelecida? A habitualidade é o serviço prestado todos os dias? Tem horários específicos? Ou a mera previsão de seu exercício é capaz de determinar se uma relação é eventual ou não? Esses questionamentos foram respondidos no presente estudo, mediante a interpretação da doutrina e jurisprudência disponível.

O modelo de negócio disruptivo oferecido pelo Uber trouxe diversas consequências para a sociedade, especialmente no que se refere ao serviço prestado ao consumidor final, devida à reviravolta trazida pela empresa à forma de prestação do serviço de transporte.

A conclusão encontrada é de que, apesar das profundas mudanças trazidas pela tecnologia na maneira de interpretar e aplicar o Direito do Trabalho, principalmente ao analisar a existência dos requisitos que caracterizam a relação de emprego, percebe-se que a essência dos elementos ainda se preserva, sendo suficientes para caracterizar uma relação de emprego comum, ainda que de um ponto de vista mais moderno.

Por fim, cabe ao Direito Trabalhista ser capaz de se adaptar à nova realidade oferecida pela tecnologia. As bases legais para tal posicionamento já existem, resta apenas a consolidação de um entendimento entre os tribunais e a própria doutrina, para tornar possível a proteção definitiva dos trabalhadores, que se sujeitam a aventuras nessa revolucionária forma de prestar um serviço: o *crowdwork*.

Longe de buscar uma verdade definitiva, o presente artigo busca apresentar um outro ponto de vista, objetivando contribuir e enriquecer o debate importantíssimo do presente tema.

THE IMPACT OF TECHNOLOGY IN EMPLOYMENT RELATIONSHIP: AN ANALYSIS OF THE UBER CASE

ABSTRACT

The impact created by technology were able to change deeply the way that people used to interact with the world: today, the effects of technology can be seen in everything. The repercussion of this technological revolution were able to change even the way people work. The relationship between employer and employees is not the same anymore. People no longer need to relocate to a work place and stay there for a period, doing what they were hired to do. Technology made it possible to create a much more free and dynamic way to work. With that in mind, this article aims to identify the differences brought by technology and to analyze, in a more specific way, if it is possible to identify a legal employment relationship between Uber and its drivers.

Keywords: Employment relationship. Uber. Labor Law. Disruptive technology.

REFERÊNCIAS

- BABOIN, J. C. D. C. **TRABALHADORES SOB DEMANDA: O CASO UBER**, 2017. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106368/2017_baboin_jose_trabalhadores_demanda.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 20 dez. 2019.
- BARROS, A. M. D. **Curso de Direito do Trabalho**. [S.l.]: LTr, 2010.
- DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- FERREIRA, A. B. D. H. **Mini Aurélio**. 8ª. ed. São Paulo: POSITIVO, 2015.
- PRASSL, J.; RISAK, M. **Rethinking the legal analysis of crowdwork**, 2016. 619-651.
- RESENDE, R. **Direito do Trabalho**. 7ª. ed. São Paulo: Método, 2017.
- SMITH, A. **An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. [S.l.]: MetaLibri, 1982.
- Uber. **Políticas e Regras**. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/regras/> >. Acesso em: 22 dez. 2019.
- Uber. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/legal/community-guidelines/br-pt/> >. Acesso em: 22 dez. 2019.
- VILELLA, F. G. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Feminicídio/femicídio: origem e estatísticas oficiais¹

Ythalo Frota Loureiro²

RESUMO

Feminicídio (*feminicide*) e femicídio (*femicide*) possuem o mesmo significado semântico, conforme a doutrina da precursora do termo, Diana Russell. *Feminicide* e *femicide* são termos utilizados pela Organização das Nações Unidas (ONU) para expressar o mesmo fenômeno jurídico e social. Com a introdução do crime de feminicídio, no Brasil, pela Lei 13.104, de 2015, houve uma preocupação de distinguir feminicídio dos crimes de morte intencional em que são vítimas pessoas do sexo feminino, o que tem produzido uma estatística apenas parcial dos crimes de feminicídio. Faz-se necessário, portanto, dar prioridade às investigações de crimes de homicídio em que a vítima é do sexo feminino, para ajudar no desenvolvimento de políticas públicas de combate ao feminicídio.

Palavras-chave: Feminicídio. Femicídio. Estatísticas oficiais.

1 INTRODUÇÃO

O feminicídio incorpora uma dupla violação do direito. Além de transgredir o direito à vida de um ser humano, o agente ainda ofende o direito da mulher de igual consideração e respeito, submetendo-

¹ Data de Recebimento: 06/02/2020. Data de Aceite: 29/05/2020.

² Promotor de Justiça lotado na 111ª Promotoria de Justiça de Fortaleza (com atuação na 4ª Vara do Júri de Fortaleza) e Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2020-2022). Especialista em Direito Constitucional e Direito Constitucional Processual pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará/Universidade Estadual do Ceará (2004-2005). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (1996-2000). E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br

-a à violência estrutural³ e institucionalizada do patriarcado⁴, aqui entendido como o contexto de dominação masculina, que determina as funções sociais dos sexos masculino e feminino.

Como ressalta Romero (2014, p. 373), os autores de feminicídio costumam reduzir suas ações a “crimes passionais”, resultantes de estados de violenta emoção, justificados por infidelidades, reais ou imaginárias, ou a “insubordinações femininas”. O feminicídio resulta da construção de um ambiente estrutural e institucionalizado de superioridade masculina e de inferioridade feminina, na qual o agressor, além de eliminar a vida de um ser humano, ainda despreza a qualidade da mulher como sujeito de direitos, reduzindo-a à condição de objeto a ser possuído. A expressão máxima do abuso, neste caso, é a “posse na morte”⁵, ou seja, o feminicídio. Fernandes (2015, p. 69) ressalta o “perfil do homem que pratica feminicídio é de alguém autocentrado, egoísta e muitas vezes com baixa autoestima. Mata não por amor, mas por um sentimento de posse e por sua reputação”. Em geral, os autores de feminicídio não possuem antecedentes criminais e procuram demonstrar um comportamento diverso perante seus familiares, amigos e conhecidos daquele violento, controlador e intolerante dentro de casa.

Desde modo, não é possível aceitar o discurso do agressor de que matou a vítima por ter, simplesmente, “perdido a cabeça”. A alegação de arrependimento e de que sempre foi um bom namorado/marido/

3 A violência estrutural decorre do “conjunto de estruturas, usos, significados, normas, práticas cotidianas e rituais sociais, que estabelecen las formas específicas que adquiere la organización social de la diferencia sexual sobre las cuales se erigen las identidades y relaciones de género en cada sociedad. Así lo que implica ser hombre o ser mujer, en un lugar y tiempo determinados está construido por roles, valores, expectativas, actitudes y apariencias que deben tener o adoptar las mujeres y los hombres para ser ‘apropiados’ en cada sociedad.” (ROMERO, 2014, p. 379).

4 Para Romero (2014, p. 373), “El concepto feminicidio, en todas sus variantes, abre un campo de análisis en torno de la violencia extrema que priva de la vida diariamente a mujeres de todas las edades en el mundo. Los ubica en el marco de la dominación masculina orientada por el deseo sexual y de control sobre el cuerpo y la libertad de las mujeres. E identifica la complicidad del orden legal del Estado y de otras instituciones hegemónicas (medios de comunicación, cosmovisiones religiosas) que lo disimulan, toleran, justifican o incluso atenúan su gravedad mediante la prevalencia de legislaciones penales que justifican estos crímenes, cuando no los amparan incluso, en las leyes del matrimonio civil que mantienen todavía una fuerte carga patriarcal.”

5 Leon Rabinowicz, citado por Luiza Nagib Eluf (2014).

companheiro procura minimizar a gravidade da conduta, contudo o discurso é irracional e inconsequente. Os comportamentos possessivos são reprováveis, demonstram menosprezo e intolerância à condição da mulher, e indicam a necessidade de punição do agente, que mata por ódio e condena os filhos à orfandade⁶. O feminicídio é um fenômeno de dimensões planetárias, uma das preocupações da comunidade internacional⁷.

A legislação brasileira, que criou o crime de feminicídio, expressa a doutrina acima exposta, ou seja, acolheu a origem do termo feminicídio/femicídio? As autoridades policiais estão classificando de forma correta os crimes de feminicídio? Eis as perguntas que este breve trabalho pretende responder.

2 A ORIGEM DAS EXPRESSÕES “FEMICÍDIO” E “FEMINICÍDIO”

No Brasil, o feminicídio é uma modalidade de homicídio qualificada criada pela Lei 13.104, de 9 de março de 2015, quando cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”⁸. O

6 Art. 1.638, parágrafo único, inciso I, do Código Civil: “Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)”.

7 Em 17/12/1999, a Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu “declarar el 25 de noviembre Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, através da Resolução nº 54/134. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/271/24/PDF/N0027124.pdf?OpenElement>. Acesso em 16 de jan. 2020.

8 O legislador brasileiro preferiu uma definição centrada na expressão “por razões da condição sexo feminino”, afastando a expressão “por razões de gênero feminino”. O Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013 (projeto de tramitação inicial), previa que o crime de homicídio seria qualificado quando cometido contra a mulher “por razões de gênero feminino”. E assim foi aprovado no Senado. Ocorre que, durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8305, de 2014), houve uma emenda de redação, em que a expressão aprovada no Senado foi assim redigida: “por razões da condição sexo feminino”. Assim, o conceito de feminicídio, no Brasil, concentra-se nas condições do sexo da vítima, feminino, o que não afasta, por si só, a condição especial de vulnerabilidade do gênero feminino. O objetivo indisfarçável foi excluir os homossexuais do alcance da lei, pois, se por um lado, o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 11.340, 2006, determina que as relações pessoais, no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, independem de orientação sexual, o crime de feminicídio restringe-se apenas à vítima cujo sexo feminino possuía, ao tempo do crime, reconhecimento estatal, como pressuposto lógico à análise da condição do sexo feminino. A atuação do legislador, em tese, impediu que pessoas sem o status oficial de pessoal do sexo feminino fossem classificadas como vítimas de feminicídio, ainda que, no mundo fenomênico, tenha assumido as condições do gênero feminino.

femicídio ocorre quando o crime envolve “violência doméstica e familiar contra a mulher” (femicídio íntimo, ou seja, quando praticado no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima, nas condições definidas pela Lei nº 11.340, de 2006); ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (femicídio não íntimo, ou seja, praticado por pessoa fora do núcleo familiar, quando em situação de vingança ou “disciplinamento”, no sentido de marcar territórios de poder)⁹.

A lei que estabeleceu o feminicídio no Brasil, Lei Federal nº 13.104, 2015, atende, aos requisitos do conceito de *femicide*, expressão cunhada por Diana Russell, psicóloga e cientista social¹⁰. Nos países da América Latina e Caribe, *femicide* foi traduzido ora como feminicídio, ora como feminicídio.

A expressão *femicide* foi utilizada, pela primeira vez por Russell, em 1976, quando testemunhou perante o Tribunal Internacional sobre Crimes contra Mulheres¹¹, sobre os assassinatos misóginos. Depois disso Russell passou a utilizar a expressão em aulas e sessões públicas. Em 1992, com Russel e Jill Radford editaram o livro *Femicide: The Politics of Woman Killing*, uma reunião de artigos de autores distintos sobre a temática. Russell e Radford (1992, p. 3) definiram *femicide* como “*the misogynous killing of women by men*”, ou seja, o assassinato misógino de mulheres por homens¹². Em 2001,

9 Art. 121, §2º, inciso VI, e §2º-A, incisos I e II, do Código Penal (CP).

10 A origem do termo *femicide* não é clara. Segundo a página do Wikipédia (<https://en.wikipedia.org/wiki/Femicide>), o termo *femicide* teria aparecido pela primeira vez em um livro do escritor inglês J. Corry em 1801 (*A Satirical Review of London at the Commencement of the Nineteenth Century*. Edinburgh: T. Hurst, Paternoster-Row; Ogilvy and Son, Holborn; R. Ogle, Turnstile; and Ogle and Aikman). Ainda existe a afirmação de que, em 1848, o mesmo termo teria sido publicado no *Wharton's Law Lexicon*. Ocorre que não foi possível encontrar o termo *femicide* em nenhuma das referências acima.

11 Segundo Wania Pasinato (2011, p. 223), “Segundo informações divulgadas na página eletrônica do *Center for Women Global Leadership*, da Universidade de New Jersey, o Tribunal Internacional dos Crimes contra as Mulheres realizou-se em Bruxelas, em 1976, organizado por militantes feministas. A sessão do Tribunal reuniu cerca de duas mil mulheres de quarenta países que compartilharam testemunhos e experiências sobre a opressão feminina e violência contra as mulheres, denunciando os abusos cometidos contra as mulheres de forma geral”.

12 Nesta edição de 1992, as autoras definiram feminicídio como o “ponto mais extremo do contínuo de terror anti-feminino que inclui uma vasta gama de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravização sexual (particularmente a prostituição), abuso sexual infantil incestuoso e extra-familiar, espancamento físico e emocional, assédio sexual (ao telefone, na rua, no escritório e na sala de aula), mutilação genital (cliterodectomia, excisão, infibulações), operações ginecológicas desnecessárias,

por ocasião da segunda edição da obra, Russell (2012, p. 2) reforçou o conceito, decretando que *"femicide is the killing of a female because she is a female"* (o assassinato de uma mulher porque ela é uma mulher), em outros termos, em razão da condição de sexo feminino.

Femicídio e feminicídio são expressões do mesmo conceito e são utilizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), de forma indistinta. Segundo a publicação da ONU ***GLOBAL STUDY ON HOMICIDE: Gender-related killing of women and girls*** (2018, p. 24, tradução nossa), ambos os termos, femicídio e feminicídio, tramitem "o entendimento convencional [...] de que os crimes de ódio contra as mulheres são perpetrados por [...] homens simplesmente por causa dos papéis de gênero atribuídos às mulheres."¹³ Assim, é equivocado afirmar que femicídio é apenas o assassinato de uma mulher, enquanto que feminicídio se diferencia por significar o assassinato de uma mulher em razão da condição do sexo feminino. Não existe esta distinção entre femicídio e feminicídio na doutrina convencional.

Marcela Lagarde, antropóloga mexicana, obteve de Russell a autorização para traduzir o termo *femicide* para a língua espanhola como *feminicide* (feminicídio) (RUSSELL, 2012). Contudo, Lagarde teria redefinido o conceito de femicídio/feminicídio para acrescentar como requisito a impunidade com que esses crimes são tipicamente tratados na América do Sul, especialmente pelos integrantes misóginos da polícia e da justiça. Para Russell (2012), ao redefinir seu conceito, Lagarde não teria observado que, no caso do homem espancador de sua esposa, finalmente, matá-la, sendo preso e considerado culpado, não haveria mais feminicídio, pois, não haveria mais impunidade. A punição do agressor, por si só, já afastaria o

heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (ao criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, privação de comida para mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento. Onde quer que estas formas de terrorismo resultem em mortes, elas se tornam femicídios." (Russell e Radford 1992, p. 2, tradução nossa). Trata-se de uma definição ampla que abrange o feminicídio íntimo, sexual e corporativo e infantil.

13 Tradução nossa de: *"Two terms, 'femicide' and 'feminicide', are widely used in relation to the concept of gender-related killing of women and girls. The conventional understanding conveys the idea that hate crimes against women are perpetrated by men simply because of the gender roles assigned to women."*

sentido original de feminicídio, o que, não seria verdade. Ademais, segundo Russel (2012), o termo *femicide*, mundialmente difundido, seria mais fácil de pronunciar na língua inglesa, de modo que deveria ser abandonado o termo feminicídio.

Por ocasião da Comissão Especial do congresso mexicano sobre as investigações dos crimes de morte contra meninas e mulheres na Cidade de Juarez (México)¹⁴, Lagarde (2006) reconheceu que o conceito de feminicídio parte da teoria de Diana Russell, que estabeleceu a diferença paradigmática ou epistemológica para os homicídios em que são vítimas meninas e mulheres no contexto de violência de gênero. Para Lagarde (2006), não houve deturpação do termo *femicide*, apenas a expressão foi traduzida para o México como feminicídio, termo adotado pela legislação naquele país e em tantos outros, como se verá mais adiante.

3 FEMICÍDIO E FEMINICÍDIO NOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA E CARIBE

Em razão de convenções, tratados e resoluções de órgãos multilaterais¹⁵, 18 (dezoito) países da América Latina e Caribe adotaram o *femicídio/feminicídio* ou similar como tipo penal que expressa a morte de meninas e mulheres em razão da condição do sexo femi-

14 Segundo PASINATO (2011: 227-228): “O caso de Ciudad Juarez foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Organização de Estados Americanos (OEA), e, em dezembro de 2009, o Estado Mexicano foi considerado culpado no caso denominado ‘Campo Algonodero’, o qual se refere ao encontro dos cadáveres de Claudia Ivette González, de 20 anos, Laura Berenice Ramos, de 17 anos e Esmeralda Herrera, de 15 anos. Os três corpos foram encontrados em uma vala comum, junto com outros cinco corpos de mulheres, todos com marcas de violação e tortura. A decisão da CIDH neste caso é histórica por ser a primeira vez que a Corte apreciou e condenou um caso de homicídio de mulheres por sua condição de gênero. O estado mexicano foi condenado por sua omissão e deverá, entre outras medidas, garantir a correta investigação dos crimes e a justa aplicação das leis, identificando e responsabilizando os culpados”.

15 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU) de 1979, aprovada no Brasil pelo Decreto nº 4.377, de 2002; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OEA), de 1994 (Convenção de Belém do Pará), aprovada pelo Decreto nº 1.973, de 1996; Resoluções da ONU nº 68/191 (2013) e 70/176 (2015), que encorajam os Estados-Membros a criminalizar, julgar e punir a violação e outras formas de violência sexual e de gênero contra mulheres e meninas.

nino. A tipificação do feminicídio é um fenômeno jurídico recente, possui um pouco mais de uma década. O México, país condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações sistemáticas aos direitos das mulheres, foi somente o 7º país, em 2012, a criar o tipo penal, enquanto que, em 2015, o Brasil se tornou o 16º da América Latina e Caribe. (VILLA; MACHADO, 2018). Interessante ressaltar que, devido à importância do tipo penal, o feminicídio é a única qualificadora do crime de homicídio que, na legislação brasileira, possui denominação e explicações próprias.

Na Argentina, uma lei de 2012 criou o tipo penal, mas não o denominou como femicídio/feminicídio, apenas como homicídio agravado. O mesmo ocorreu na legislação penal da Venezuela (2007).

O termo feminicídio é adotado nas legislações penais dos seguintes países: Bolívia (2013), Brasil (2015), Colômbia (2015), República Dominicana (2014), El Salvador (2011), México (2012), Paraguai (2016), Peru (2013) e Uruguai (2017).

Por sua vez, o termo femicídio – defendido por Russell – foi adotado nas legislações criminais de Chile (2010), Costa Rica (2007), Equador (2014), Guatemala (2008), Honduras (2013), Nicarágua (2012) e Panamá (2013).¹⁶

A discussão quanto ao termo a ser adotado – femicídio ou feminicídio – não tem sentido lógico ou prático. Como visto, há países que sequer adotaram expressamente qualquer um dos termos, e ainda assim a norma jurídica expressa o tipo penal, com o conteúdo que lhe é devido. O importante é destacar que femicídio e feminicídio são termos que possuem o mesmo significado, ou seja, homicídio agravado pela condição do gênero feminino.

Difundir que femicídio é o assassinato de mulheres e meninas fora do contexto de violência de gênero poderia levar a confusões metodológicas, pois a comunidade científica convencionou os termos femicídio e feminicídio como sinônimos do mesmo fenômeno

¹⁶ GLOBAL STUDY ON HOMICIDE, *Op. Cit.*, p. 57-62.

jurídico, político e social do mundo ocidental.¹⁷

O femicídio/feminicídio é uma evolução conceitual que parte da experiência de que matar uma mulher em razão da condição de seu sexo depõe contra uma série de valores morais e jurídicos imutáveis em conflito com o costume dominante, o patriarcado¹⁸. Trata-se, portanto, de um fenômeno único, não há diferenças semântica entre femicídio e feminicídio.

4 A NECESSIDADE DE ESTATÍSTICAS MAIS EXATAS PARA ENTENDER O FEMINICÍDIO NO BRASIL

O feminicídio é o último degrau na escalada da violência contra a mulher, no contexto doméstico, precedendo a ridicularização, o controle e o isolamento, a ameaça e a violência física. O ciclo da violência e o “silêncio” da vítima podem ser fatores decisivos para a morte. Segundo estudo da ONU (2018), a cada 6 (seis) horas, uma mulher é vítima de homicídio. Nos 87.000 casos relacionados em 2017, 58% das mulheres foram assassinadas por seus parceiros ou por outros membros da família.

A grande maioria dos homicídios ainda possui como vítimas homens (80%), mas quando se trata de homicídios praticados por companheiros e membros de família (violência doméstica ou familiar), a

17 Segundo Alessandra Facchi (2016), pelo menos desde a década de 1960, existem movimentos de valorização dos direitos das mulheres, que, em geral, buscam a inclusão de paradigmas de igualdade (*eguaglianza*) e de diferença (*differenza*), no debate político e social. O desmantelamento do sistema discriminatório de gênero (nas áreas de família, trabalho, direito penal e participação política) começou a partir dos anos 1970 e se espalhou pela maioria dos países ocidentais. Uma noção fundamental ao movimento de valorização dos direitos das mulheres foi a afirmação do conceito de “gênero”, como “construção cultural” dos sexos biológicos feminino e do masculino, que são categorias universais, mas diferentemente declinadas precisamente por serem culturalmente construídas. Segundo Facchi (2016, p. 478), *“Uno snodo fondamentale è dato dall’affermazione della nazione di ‘genere’ riferita alla costruzione culturale del femminile e del maschile che si affianca a quella di “sesso”, riferita alla dimensione biologica. Maschile e femminile sono categorie universali, ma diversamente declinate proprio perché culturalmente costruite: l’approccio di genere si impone come una lente attraverso la quale guardare il modo, svelare i percorsi attraverso i quali si costruiscono i caratteri del genere maschile e del genere femminile, i loro confini e loro rapporti per arrivare a proporre di nuovi.”*

18 Cristiane Brandão Augusto Mérida (2017, p. 1), explica que o feminicídio foi criado em face do contexto de dominação masculina, em que “o homem ocupa um lugar de privilégio exclusivista, ao passo que à mulher é atribuído um papel secundário, reduzido essencialmente à função reprodutiva da espécie e às tarefas ‘menos nobres’”.

mulher é a principal vítima: em 64% dos casos, a mulher é agredida por seus companheiros ou por familiares, contra 36% em caso de vítimas masculinas. Quando o agressor é apenas o(a) companheiro(a), as vítimas mulheres correspondem à 82% dos casos, contra 18% de vítimas masculinas. Assim, quando se trata de homicídio entre pessoas de relação íntima, em 82% dos casos, o agressor é do gênero masculino e a vítima, do sexo feminino. Assim, o lar doméstico é local mais provável para o assassinato de uma mulher¹⁹.

Conforme dados coletados pelo Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe, é possível afirmar que, em 2018, nos 15 países desta região que informaram dados oficiais, ocorreram 3.529 feminicídios/femicídios. No Brasil, foram registrados 1.206 casos de feminicídio, em 2018, ficando com a taxa de 1,1 feminicídio por 100 mil habitante. Não é a maior taxa, considerando países cujas taxas são bem maiores: El Salvador (6,8), Honduras (5,1), Bolívia (2,3), Guatemala (2,0) e República Dominicana (1,9)²⁰. Ocorre que os dados brasileiros não estão completos, pois ignora o número expressivo de morte de mulheres que não são classificados como feminicídio. Na verdade, o levantamento realizado com base em dados oficiais dos Estados e do Distrito Federal contabiliza 4.254 crimes letais intencionais contra mulheres, em 2018²¹. Não foram encontradas explicações para que somente 1.206 casos tenham sido classificados como feminicídio, no mesmo período.

Em 2015, portanto antes Lei do Feminicídio, foram registradas 4.757 mortes de mulheres por agressão intencional²². A partir de 2015, houve uma preocupação de distinguir feminicídios e outros

19 GLOBAL STUDY ON HOMICIDE (2018, p. 17): *"In four of the six regions, the share is very large, making the home the most likely place for a woman to be killed"*.

20 FEMINICÍDIO OU FEMICÍDIO. Indicadores do Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio>. Acesso em: 16 jan. 2020.

21 "Cai o nº de mulheres vítimas de homicídio, mas registros de feminicídio crescem no Brasil". Portal de Notícias G1, Clara Velasco, Gabriela Caesar e Thiago Reis. Divulgado em 08/03/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/03/08/cai-o-no-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-mas-registros-de-feminicidio-crescem-no-brasil.ghtml>. Acesso em 16. jan. 2020.

22 ATLAS DA VIOLÊNCIAS 2016 (2016, p. 26).

crimes de morte em que a vítima é do sexo feminino. Em 2017, foram contabilizadas 4.539 mulheres assassinadas no Brasil, mas, na preocupação de melhor classificar o fenômeno, apenas 1.133 casos foram registrados como feminicídio. Para a *Human Rights Watch* (2019, p. 95), o “número real é provavelmente maior, já que a polícia não registra assassinatos de feminicídios para os quais os motivos são inicialmente obscuros.”²³

No Estado do Ceará, conforme dados oficiais da Secretaria de Segurança e Defesa Social (SSPDS), no ano de 2019, 243 pessoas do sexo feminino foram vítimas de crimes violentos letais intencionais (CVLI), dentre apenas 34 foram classificadas como vítimas de feminicídio, ou seja, 14% dos casos.

Mês/2019	Feminicídios	Vítimas do sexo feminino	Arma de fogo (feminicídio)	Arma Branca (feminicídio)	Outros meios (feminicídio)
JANEIRO	1	15	1	0	0
FEVEREIRO	2	16	1	0	1
MARÇO	2	13	1	1	0
ABRIL	1	25	0	1	0
MAIO	4	19	0	4	0
JUNHO	4	17	0	4	0
JULHO	4	28	1	3	0
AGOSTO	0	14	0	0	0
SETEMBRO	5	22	1	4	0
OUTUBRO	4	20	2	2	0
NOVEMBRO	2	27	1	0	1
DEZEMBRO	5	27	0	3	2
TOTAL	34	243	8	22	4

Fonte: Elaborada pelo autor, com dados da Secretaria de Segurança e Defesa Social do Estado do Ceará (SSPDS)²⁴

A estatística da SSPDS é realizada a partir dos informes reproduzidos pelo CIOPS (Coordenadoria Integrada de Operações de Segu-

²³ Tradução nossa do trecho: “*Unchecked domestic abuse typically escalates and may lead to death. In 2017, the last year for which data is available, 4,539 women were killed in Brazil, the Brazilian Forum on Public Security reports. Police registered 1,133 as femicides, defined under Brazilian law as the killing of a woman ‘on account of being persons of the female sex’. The real number is likely higher, as police do not record as femicides killings for which the motives are initially unclear.*”

²⁴ Dados disponíveis em: <https://www.sspds.ce.gov.br/estatisticas-2019>. Acesso em 16 jan. 2020.

rança) e pelo CPI (Comando de Policiamento do Interior). Em contato com representante da Delegacia de Defesa da Mulher da Comarca de Fortaleza, é possível que os dados oficiais acima nem sempre levem em consideração os boletins de ocorrência, e as portarias de instauração de inquérito policial de crimes de feminicídio tentado, ou seja, quando a vítima sobrevivente, familiar ou representante comparece à delegacia, sem que a informação passe pelo crivo da atuação da Polícia Militar, ou da equipe de local de crime, sob a direção do Departamento de Homicídio e Proteção à Pessoa – DHPP. Deve-se ainda ressaltar que não foram coletados os dados do sistema de saúde para se verificar a eventual divergência com os coletados pela Secretaria de Segurança Pública. De qualquer modo, existe um grande desafio para reunir dados mais exatos sobre feminicídio, em local de crime, pois a tarefa demanda investigação policial e a definição da tipificação em cada caso. Assim, é possível estimar que o número de feminicídios seja ainda maior.

O feminicídio pressupõe a interdisciplinaridade de políticas públicas de proteção integral à mulher vítima de violência doméstica, sem as quais fica ainda mais difícil a punição dos agressores e o efetivo exercício de direitos pelas mulheres vítimas de violência. Dentro deste espírito, é essencial que a atuação do sistema de proteção seja municiada de informações concretas sobre o fenômeno para dimensionar o alcance de suas próprias ações. É tarefa das instituições identificar as deficiências da investigação dos crimes de feminicídio. Um bom começo seria tentar compreender a disparidade entre o número de feminicídios e o número de homicídios com vítimas do sexo feminino.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito jurídico-político de feminicídio adotado no Brasil, por si só, não tem trazido impactos evidentes à identificação do crime de feminicídio. Faz-se necessário desenvolver políticas públicas para

que os motivos das mortes de mulheres seja melhor investigado, com a prioridade devida.

É preciso desenvolver uma forma para as investigações finalizadas produzam dados suficientes para ajudar entender a disparidade entre os casos de feminicídio registrados e o número de homicídios em que são vítimas pessoas do sexo feminino.

O Brasil escolheu limitar o conceito de feminicídio ao sexo da vítima. Contudo, se o objetivo do projeto de lei aprovado era desenvolver políticas públicas de combate ao crime de morte no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, e no contexto de preconceito e menosprezo à condição da mulher, faz-se necessários esforços para qualificar melhor a estatística com dados mais exatos a respeito das circunstâncias e dos motivos dos delitos em que a vítima é do sexo feminino.

O feminicídio é uma realidade jurídica ainda recente, criado em 2015. Ainda assim, é preciso desmistificar que não há diferenças conceituais entre femicídio e feminicídio, em razão de suas origens históricas e políticas, ao mesmo passo em que, faz-se urgente e necessário ter em mente que a investigação de cada caso, suas circunstâncias e motivos, deve ter prioridade para melhor orientar as políticas públicas de combate a este tipo tão odioso de criminalidade.

FEMINICIDE/FEMICIDE: ORIGIN AND STATISTICS

ABSTRACT

Feminicide and femicide have the same semantic meaning, according to the doctrine of the precursor of the term, Diana Russell. Feminicide and femicide are terms used by the United Nations (UN) to express the same legal and social phenomenon. With the introduction of the crime of feminicide in Brazil, by Law 13.104, of 2015, there was a concern to distinguish feminicide from crimes of intentional death

in which females are victims, which has produced only a partial statistic of femicide crimes. Therefore, it is necessary to give priority to investigations of crimes of homicide in which the victim is female to help develop public policies to combat femicide.

Keywords: Femicide. Femicide. Official statistics.

REFERÊNCIAS

- ATLAS DA VIOLÊNCIA 2016.** Ipea e FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Brasília, março de 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160405_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf /. Acesso em: 16 jan. 2020.
- BRASIL, Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília [DF], 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 jan. 2019.
- _____. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília [DF], 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 26 jan. 2019.
- _____. Lei 11340 de 7 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília [DF], 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.
- _____. Lei 13104 de 9 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília [DF], 10 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8.305, de 2014. Transformado na Lei Ordinária 13.104/2015. **Diário Oficial da União**, Brasília [DF], 10 mar. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>. Acesso em: 16 jan. 2020.
- ELUF, Luiza Nagib. **A Paixão no Banco dos Réus**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FACCHI, Alessandra. **Diritto e potere nel femminismo**. Artigo do livro organizado por BONGIOVANNI, G., PINO, G. e ROVERSI, C (*a cura di*).

Ché Cosa è il diritto: ontologie e concezioni del giuridico. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

FEMINICÍDIO OU FEMICÍDIO. Indicadores do Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio>. Acesso em 16 jan. 2020.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha:** o processo penal no caminho da efetividade, abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui lei de feminicídio). São Paulo: Atlas, 2015.

GLOBAL STUDY ON HOMICIDE: Gender-related killing of women and girls. Realizado pelo United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC. Viena, 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/GSH2018/GSH18_Gender-related_killing_of_women_and_girls.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

LAGARDE, Marcela. Del femicidio al feminicidio. **Desde el jardín de Freud, Número 6, p. 216-225, 2006.** ISSN electrónico 2256-5477. ISSN impreso 1657-3986. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343>. Acesso em 16 jan. 2020.

MÉRIDA, Cristiane Brandão Augusto. Violência Letal contra a Mulher na Ordem do Patriarcado. **Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress** (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017, ISSN 2179-510X). Disponível em: [http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1503068884_ARQUIVO_Feminicidio\(textoFazendoGenero\).pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1503068884_ARQUIVO_Feminicidio(textoFazendoGenero).pdf). Acesso em: 16 jan 2020.

PASINATO, Wânia; LISBOA, Manuel; TEIXEIRA, Ana Lúcia. **Formulário de Risk Assessment para o CNVD:** um instrumento para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher. Relatório Final de 31/01/2019. Diálogos União Européia – Brasil. Disponível em: <http://www.sectordialogues.org/projetos/formulario-de-avaliacao-de-risco-para-o-cadastro-nacional-de-violencia-domestica-um-instrumento-para-o-enfrentamento-da-violencia-domestica-contra-a-mulher/>. Acesso em: 16 jan. 2020.

ROMERO, Teresa Incháustegui. Sociología y política del feminicidio: algunas claves interpretativas a partir de caso mexicano. **Revista Sociedade e Estado**, Volume 29 Número 2 Maio/Agosto 2014.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200004. Acesso em: 16 jan. 2020.

RUSSELL, D. E. H. **Defining Femicide**: introductory speech presented to the United Nations Symposium on Femicide on 11/26/2012. New York, 2012. Disponível em: http://www.dianarussell.com/f/Defining_Femicide_-_United_Nations_Speech_by_Diana_E._H._Russell_Ph.D.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. **Femicide**: The Politics of Woman Killing. New York: Twayne Publishers, 1992. Disponível em: <http://www.dianarussell.com/f/femicide%28small%29.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 292, de 2013. Aprovado pelo Plenário, encaminhada Câmara dos Deputados e posteriormente, transformado na Lei Ordinária 13.104/2015. **Diário Oficial da União**, Brasília [DF], 10 mar. 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>. Acesso em: 16 jan. 2020.

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro, MACHADO Bruno do Amaral. Territórios da violência de gênero: normativa internacional e os casos “Campo Algodoeiro” (México) – “Morro do Garrote” (Brasil). **Revista de Direito Internacional**: brazilian journal of international law. Volume 15, nº 2, 2018, UNICEUB, ISSN 2237-1036.

WORLD REPORT 2019: Events of 2018. Human Rights Watch. 17 jan. 2019. ISBN-13: 978-1-60980-884-6. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2019.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

A autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais: um estudo euro-americano¹

André Ricci Amorim²

RESUMO

Os contratos internacionais constituem uma verdadeira transformação nas relações privadas e se mostra cada vez mais presente no cotidiano das grandes cidades. Assim, o escopo geral do presente trabalho é examinar as principais características dos contratos internacionais, de sorte que seja possível compreender o seu conceito jurídico e os seus elementos principais. Como objetivo específico, busca-se analisar a autonomia da vontade das partes, e como esse princípio pode ser afetado pelo direito doméstico e pelo Direito Internacional Privado. Para tanto, é realizada pesquisa doutrinária e de instrumentos jurídicos, nacionais e internacionais, em especial, do Brasil, da Organização dos Estados Americanos e da União Europeia, a fim de se vislumbrar o entendimento acerca da autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais. Por fim, traz-se à baila a discussão quanto à interpretação do Artigo 9º da LINDB e suas consequências para o desenvolvimento do Direito Internacional Privado no Brasil.

Palavras-chave: Autonomia da vontade das partes. Contratos internacionais. Direito Internacional Privado.

¹ Data de Recebimento: 08/01/2020. Data de aceite: 29/05/2020.

² Doutorando em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado e Professor universitário. E-mail: andrerizzi_8@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Viver em um mundo globalizado em constante transformação, seja por meio do surgimento de novas tecnologias ou de novas relações comerciais, faz com que a utilização de contratos para regulação dessas relações privadas se torne uma prática cada vez mais comum.

O contrato ganhou maior autonomia e se fortaleceu com o crescimento da liberdade das negociações, e com a ideia de que os termos acordados entre as partes seriam cumpridos (*pacta sunt servanda*).

Se inicialmente o seu propósito era resguardar a propriedade privada, com o passar dos anos a ideia central passou a ser a proteção das relações jurídicas entre as partes, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas.

Como muitas relações comerciais passaram a extrapolar as fronteiras do próprio Estado, foi principalmente a partir do século XX que surgiu a necessidade de se promover a codificação de algumas regras de Direito Internacional Privado, para contribuir com o avanço dos contratos internacionais, conforme será abordado nos próximos tópicos.

Portanto, a partir do exame da doutrina e instrumentos jurídicos específicos, o presente trabalho pretende, ainda que de forma não exaustiva, delinear brevemente os principais aspectos que norteiam os contratos internacionais e apontar como o princípio da autonomia da vontade das partes tem sido aplicado nessas relações jurídicas.

2 OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Para a doutrina civilista brasileira, traçar o conceito de contrato não é tarefa fácil, porém, é possível defini-lo como “um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das

suas próprias vontades” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 49).

Assim, adentrando ao conceito de contratos internacionais, Baptista (2010, p. 23) discorre que “um contrato tem caráter internacional quando, pelos atos concernentes à sua celebração ou sua execução, ou a situação das partes quanto à sua nacionalidade ou seu domicílio, ou a localização de seu objeto, ele tem liame com mais de um sistema jurídico”.

Portanto, em razão das particularidades que os contratos internacionais carregam em si, a doutrina majoritária defende que a forma mais comum de se identificar um contrato internacional é a partir da presença de um elemento de conexão entre dois ou mais ordenamentos jurídicos (ARAÚJO, 2004, p. 27). Noutras palavras, são os chamados elementos de estraneidade que identificam o contrato internacional.

Didaticamente, Araújo (2004, p. 27) informa que é possível verificar sua incidência, por exemplo, quando uma das partes é domiciliada em um Estado estrangeiro, ou quando o contrato é celebrado em um determinado Estado, mas a obrigação deve ser cumprida em outro Estado.

De todo modo, importa salientar que também incidem sobre os contratos internacionais alguns princípios da teoria geral dos contratos, tais como a boa-fé, a obrigatoriedade de cumprimento (*pacta sunt servanda*) e a liberdade de contratação (*INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, 1994*).

Strenger (1998, p. 21) informa que, além dos elementos de estraneidade que caracterizam os contratos internacionais, tais como a nacionalidade, o domicílio e a lei do país escolhida pelos contratantes (*lex voluntatis*), é importante notar que estes se fundamentam mormente em princípios de direito. Assim, sob a perspectiva do autor, ao tratar de contratos internacionais, atribui-se maior destaque aos princípios quando comparado às normas legais.

Seguindo na análise do tema, mostra-se oportuno citar os princi-

país instrumentos jurídicos em matéria de contratos internacionais. No âmbito global, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, organização internacional que desde o início de suas atividades buscou contribuir para a cooperação internacional em matéria de Direito Privado, produziu alguns documentos que merecem destaque, como por exemplo: *i*) a Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, de 15 de junho de 1955; *ii*) a Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação, de 14 março de 1978; *iii*) a Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 22 de dezembro de 1986; dentre outros.

De igual forma, não se pode olvidar a importância da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 11 de abril de 1980, incorporada ao ordenamento pátrio por intermédio do Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. (BRASIL, 2014).

Se reduzirmos a análise ao Continente Americano, nota-se que a Organização dos Estados Americanos (OEA) promoveu diversas conferências especializadas no ramo do Direito Internacional Privado, cujo destaque é a 5ª Conferência Interamericana Especializada em Direito Internacional Privado, realizada entre os dias 14 e 19 de março de 1994 na Cidade do México.

A respeito do assunto, no que compete à referida Conferência, destaca-se, ainda, o surgimento da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, cujo Artigo 1º, que trata do âmbito de aplicação da Convenção, põs fim a qualquer dúvida existente sobre o significado de “contrato internacional” ao definir em seu bojo que “um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994).

Ressalte-se que, embora esta Convenção tenha sido assinada

pelo Brasil em 17 de março de 1994, sua ratificação é algo ainda pendente³. Em todo caso, insta destacar alguns dos seus elementos mais importantes, tais como: *i*) é admitido aplicar a legislação de um Estado que não seja parte da Convenção, conforme Artigo 2º; *ii*) não será aplicável aos contratos que tenham regulamentação específica, conforme Artigo 6º; *iii*) resguarda o princípio da autonomia da vontade, garantindo, portanto, que as partes tenham maior liberdade de escolher o direito aplicável ao contrato que estão firmando e, no caso de ausência desta informação, utilizar-se-á o direito do Estado que mantiver um vínculo mais estreito naquela relação, vide Artigos 7º e 9º, respectivamente; e *iv*) deverá respeitar a ordem pública do foro, conforme Artigo 18. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994).

A despeito da baixa ratificação (somente México e Venezuela), Albonoz (2016, p. 416) sinaliza certo otimismo ao afirmar que a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais surge como um esforço dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos para alcançar equilíbrio e certeza no mister de normatizar as regras aplicáveis aos contratos internacionais.

De acordo com a autora, a Convenção pode ter o seu resultado classificado, concomitantemente, como bem sucedido e fracassado, já que foi assinada por apenas cinco países (Bolívia, Brasil, México, Uruguai e Venezuela), e ratificada por dois. (México e Venezuela, conforme informado anteriormente). Nessa toada, a autora ressalta que o documento representou um avanço significativo para os países latino-americanos no sentido de permitir o desenvolvimento da noção

3 Basso (2011, p. 199) lembra que os dois países que ratificaram essa Convenção (México e Venezuela) precisaram adaptar as suas legislações internas à regra da autonomia da vontade das partes como elemento de conexão para a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Além disso, Albonoz (2016, p. 418) cita que os países membros da OEA são eminentemente individualistas (chamado pela autora de "territorialista"). Portanto, é possível concluir, indutivamente, que os motivos preponderantes pelos quais a referida Convenção ainda aguarda aprovação do Congresso Nacional do Brasil são: i) a necessidade de se alterar o ordenamento doméstico; e ii) a própria característica individualista do Brasil e dos demais países membros da OEA em matéria de Direito Internacional Privado.

da autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais, pelo menos, quando envolverem os Estados-Membros da OEA (ALBORNOZ, 2016, p. 418).

Assim, é possível salientar que o êxito pode ser explicado pelo simples fato de a referida Organização ter criado um instrumento regional em matéria de Direito Internacional Privado que prestigia a autonomia da vontade das partes, ainda que os países da região sejam mais individualistas e tenham um histórico de pouca integração em matéria de contratos internacionais (ALBORNOZ, 2016, p. 418)⁴.

Por outro lado, o fracasso pode ser visto, presumidamente, em razão da baixa ratificação, mesmo após o transcurso de mais de vinte anos, desde a data da sua instituição (ALBORNOZ, 2016, p. 420). Deste modo, conclui-se que o aspecto negativo acaba comprometendo a sua própria eficácia, uma vez que não se pode exigir dos Estados-Membros da OEA a harmonização do entendimento acerca da autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais.

Em todo caso, faz-se importante apontar que a referida Convenção serviu de fonte direta de inspiração para o aperfeiçoamento das normas de Direito Internacional Privado nas legislações de vários Estados do Continente Americano em matéria de contratos internacionais, vide o que ocorreu na República Dominicana, Paraguai e Panamá (ALBORNOZ, 2016, p. 420)⁵. Noutros termos, um tratado internacional, mesmo minguado de produzir efeitos concretos, influenciou o ordenamento jurídico interno de alguns países da região em matéria de Direito Internacional Privado.

Saindo do Continente Americano e seguindo para a análise do Continente Europeu, no que tange aos Estados-Membros da União

4 Sobre a pouca integração entre os Estados-Membros da OEA em matéria de Direito Internacional Privado, em especial no que tange aos contratos internacionais, Alborno (2016, p. 418) chama essa característica de *“tradición eminentemente territorialista”*.

5 Alborno (2016, p. 420) se refere à promulgação dos seguintes instrumentos jurídicos: Lei de Direito Internacional Privado da República Dominicana (Lei nº 544-14, de 15 de outubro de 2014); Lei do Paraguai sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Lei nº 5.393, de 14 de janeiro de 2015); e o Código de Direito Internacional Privado do Panamá (Lei nº 61, de 07 de outubro de 2015).

Europeia, a fim de tornar harmônico o entendimento em matéria de competência jurisdicional, e de execução de decisões suscitadas a partir de acordos de Direito Internacional Privado, foi aberta para assinatura, em 19 de junho de 1980, a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, cuja entrada em vigor se deu somente em 01 de abril de 1991. (UNIÃO EUROPEIA, 1980).

Além desta Convenção, ainda merece destaque o **Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, conhecido como Regulamento Roma I**, que estabelece regras à escala da União Europeia para determinar qual lei será aplicável às obrigações contratuais em matéria de Direito Civil e Comercial, quando envolver mais de um Estado. (UNIÃO EUROPEIA, 2008).

Ato contínuo, com a entrada em vigor da Convenção de Roma as regras internas acerca dos contratos internacionais em cada Estado-Membro foram, aos poucos, sendo substituídas. Deste modo, a aplicação de tais regras acabou influenciando outros Estados, ainda que não tenham se tornado signatários da Convenção, no sentido de utilizar seus elementos para solucionar controvérsias referentes a contratos internacionais. (SILVA; PAIVA, 2007, p. 12)⁶.

Doravante, passada a fase de conceituação e considerações precípuas em matéria de direito contratual, em especial, quando envolve elementos de estraneidade, há de se discutir aquele que consideramos um dos mais importantes para este trabalho, qual seja: a autonomia da vontade das partes contratantes. Confirmamos.

⁶ Ainda sobre essa questão, Araújo (2004, p. 145-147) salienta que a Convenção de Roma estipula três formas para se determinar a lei aplicável: a primeira delas é por meio da manifestação da autonomia da vontade, ou seja, da própria liberdade das partes em escolherem a lei aplicável; a segunda está no sentido de que, caso as partes não definam previamente a lei aplicável, será aplicada a lei do Estado no qual deverá ser cumprida a maior parte da obrigação principal do contrato; por fim, caso exista alguma violação de ordem pública no bojo do contrato, entende a autora que será aplicada a lei do Estado com a qual a transação possua uma conexão próxima.

3 A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Ao abordar as particularidades deste tipo de relação de direito privado, é possível perceber que é permitido às partes elaborarem algumas condições conforme sua vontade. Essa liberdade presente nas relações privadas de âmbito nacional também é consagrada no âmbito internacional e, por isso, deve ser observada quando da constituição das obrigações contratuais. (BASSO, 2011, p. 197). Tal liberdade é chamada pela doutrina de princípio da autonomia da vontade das partes⁷. De forma inteligível, a autonomia da vontade nos contratos internacionais implica em compreender que as partes têm a liberdade para escolher o sistema jurídico que regulará o contrato em caso de possível conflito de interesse envolvendo o seu conteúdo.

Nas palavras do jurista português Mota Pinto (1999, p. 89-90), a autonomia da vontade pode ser definida como “a ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência”.

Nesse sentido, Casella (1990, p. 130) salienta que essa característica dos contratos internacionais é determinante para distingui-los dos contratos nacionais, uma vez que, diferente destes, geralmente é facultado às partes decidir a lei aplicável em uma relação jurídica.

Insta, por derradeiro, esclarecer que a autonomia da vontade é consagrada em diversas normativas internacionais, tais como: i) na Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de

⁷ Ressalte-se que não se pode confundir autonomia da vontade das partes nas relações privadas de direito internacional com a autonomia que o direito substantivo ou material interno de um determinado Estado confere às partes. Nesse sentido, Rechsteiner (2015, p. 175) elucida bem essa diferença ao afirmar que “a primeira (autonomia da vontade das partes) tolera nos seus limites, inclusive, a derrogação de normas cogentes da última (direito substantivo ou material interno), desde que a relação jurídica tenha uma conexão internacional. A lei suíça, por exemplo, estabelece, no art. 182, alínea 2, do seu Código Civil, que os nubentes ou os cônjuges estão autorizados a escolher, revogar ou modificar o seu regime de bens tão somente dentro dos limites da lei; isto é, a lei permite apenas a adoção de um regime conhecido pela lei suíça. O art. 52, alínea 1, da lei federal de direito internacional privado, de 18 de dezembro de 1987, por seu turno, estabelece o princípio de que aos cônjuges é facultado escolher o direito aplicável concernente ao regime de bens. Vale dizer que os cônjuges podem escolher um regime desconhecido no direito suíço quando a relação jurídica entre eles for internacional, no sentido da lei”.

Mercadorias, de 11 de abril de 1980, que dispõe em seu Artigo 6º que as partes podem excluir a aplicação da Convenção ou mesmo derrogar ou modificar os efeitos de qualquer um de seus dispositivos, desde que não seja em matéria de ordem pública do Estado signatário (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1980); *ii*) na Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980, cujo Artigo 3º informa que o contrato será regido pela lei escolhida pelas partes (UNIÃO EUROPEIA, 1980); *iii*) na Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais, de março de 1994, cujo Artigo 7º informa que o contrato será regido pelo direito escolhido pelas partes (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994); e *iv*) nos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais elaborados pelo UNIDROIT (*INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, 1994*).

Contudo, importa, ainda, ressaltar que o princípio da autonomia da vontade das partes não pode ser aplicado de forma absoluta e/ou ilimitada no que tange aos contratos internacionais. Noutras palavras, não se pode considerá-lo como fonte de direito original ou regra de direito costumeiro internacional, nem algo completamente independente da ordem jurídica de um determinado Estado. Ao contrário, para a doutrina brasileira, por exemplo, entende-se que cabe a cada Estado decidir se admite a autonomia da vontade das partes como um elemento de conexão. (RECHSTEINER, 2015, p. 174).

Deste modo, constata-se que essas limitações podem ser decorrentes de convenções internacionais, ou até mesmo, do ordenamento jurídico interno de cada país. Por essa razão, Basso (2011, p. 197) conclui o entendimento e chama a atenção para o fato de que “as limitações à autonomia da vontade das partes encontram-se justamente nas noções de ordem pública interna e internacional”⁸.

8 Sobre isso, Dollinger (2005, p. 402) informa que: “a recusa em aplicar a lei estrangeira e sua substituição pela lei local poderá ser de efeito negativo ou de efeito positivo. O efeito negativo se dá quando a lei local proíbe aquilo que a lei estrangeira permite (por exemplo, juros acima de determinado limite), não se admitindo aplicar a lei estrangeira permissiva. O efeito positivo se dá nas hipóteses em que a lei estrangeira proíbe aquilo que a lei local permite. Nestes casos, a ordem pública local exige que se

Em compasso com o que foi dito, o ordenamento pátrio, por exemplo, apresenta tal obstáculo a partir da leitura da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em especial, o Artigo 9º que trata da aplicação da lei do local em que se constituiu a obrigação (*locus regit actum*) e a sujeição à lei do Estado de residência do proponente. Senão, veja-se:

Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. (BRASIL, 1942).

Ao analisar tal regra, que também se fazia presente na antiga Lei de Introdução ao Código Civil, Pereira (1991, p. 56) afirma que a limitação imposta pelo próprio Direito Brasileiro demonstra que a autonomia da vontade nos contratos internacionais não é um instrumento de fato, pois se restringe à escolha do lugar em que o contrato será firmado.

Portanto, é de se inferir que caso a vontade das partes sofra limitação do direito interno de um país, tal restrição também repercutirá no campo do Direito Internacional Privado.

Sobre isso, é interessante a análise feita por Basso (2011, p. 199) ao informar que frequentemente a doutrina defende que a regra plasmada no Artigo 9º da LINDB é omissa em relação à admissão da autonomia da vontade das partes como regra de conexão quanto ao direito aplicável às obrigações.

Sem embargo, sob a ótica da autora, é possível afirmar que a autonomia da vontade não é admitida em matéria obrigacional no Direito Internacional Privado brasileiro, em especial, por dois motivos:

conceda o direito ou a faculdade proibidos ou desconhecidos pela lei pessoal”.

i) o princípio da autonomia da vontade das partes não é admitido como regra de conexão para escolha da lei aplicável aos contratos, sendo a Argentina o único país integrante do MERCOSUL a ter sua jurisprudência nacional inclinada a acolher tal princípio; e *ii)* a doutrina contrapõe o Artigo 9º da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com o Artigo 13 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, “que ressaltava a escolha de lei aplicável às obrigações”. (BASSO, 2011, p. 199-200).

Nesta linha de raciocínio, a autora reafirma que para esta corrente, qual seja, aquela que não admite a autonomia da vontade nos contratos internacionais, os limites são estabelecidos pelo próprio Estado no qual as obrigações são constituídas, ou seja, a proibição acerca do conteúdo das cláusulas contratuais deverá ser balizada pela noção de ordem pública de determinado Estado. (BASSO, 2011, p. 199-200).

Corroborando com o que foi outrora mencionado e indo além, Mulholland (2015, p. 470) ressalta que as limitações impostas à autonomia da vontade pelo ordenamento jurídico brasileiro não se restringem à aplicação da lei do Estado no qual a obrigação foi constituída. Ao contrário, na visão da autora, além das questões que envolvam os bons costumes e a ordem pública doméstica, tais limitações também se aplicam, por exemplo, aos contratos de consumo e de trabalho que seguem normas imperativas.

Não obstante, faz-se necessário esclarecer que embora a autonomia da vontade das partes não conste expressamente no texto da nossa Carta Magna, há de se fazer uma análise conjuntural de sorte que reste claro que tal princípio deve coadunar com o prospecto funcional e principiológico ali elencado. Em oportuno escólio sobre o tema, Fachin e Gonçalves (2011, p. 11) apreçoam que:

[...] a autonomia da vontade, à luz dos princípios e garantias constitucionais, somente pode ser lida e reconhecida como elemento formador da justiça distributiva, da sociedade solidarista e da garantia de cooperação entre os sujeitos para a materialização dos fins sociais previstos na Constituição.

Insta trazer à baila que no âmbito da União Europeia, com o advento da Convenção de Roma de 1980, ao depreender-se da letra do Artigo 3º, no título “Liberdade de Escolha”, é possível notar que a escolha da lei pelas partes deve ser expressa ou capaz de não gerar dúvida sobre sua aplicabilidade. Senão, veja-se:

Artigo 3º

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas Partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as Partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato. (UNIÃO EUROPEIA, 1980).

Na hipótese de as partes não informarem o direito aplicável, é possível inferir, baseando-se na leitura do Artigo 4º(1) da referida Convenção, que o contrato será regulado pela lei do Estado com a qual o mesmo apresenta uma conexão mais estreita, a partir de uma avaliação ponderada do caso concreto (PINHEIRO, 2003, p. 1196). Se ainda assim não for possível identificar a lei aplicável ao contrato, Remédio Marques (2008, p. 173) explica que deverá ser considerada a lei do Estado no qual se localiza a sede do estabelecimento principal “ou o da situação de outro estabelecimento desta Parte, se nos termos do contrato a prestação deva ser fornecida por estabelecimento diverso (conforme 2ª parte do Artigo 4º, item 2, da Convenção de Roma)”.

Cumprе salientar que a autonomia da vontade das partes, no que tange à liberdade de escolha da lei aplicável ao contrato, também não é ilimitada no contexto europeu. A própria Convenção busca proteger as partes consideradas hipossuficientes, tais como os trabalhadores⁹, de forma a afirmar que se deve acima de tudo observar

⁹ Isso porque, no contrato de individual de trabalho, por exemplo, a indicação da lei que regulará a relação não pode servir como subterfúgio para tolher direitos do trabalhador. Nesse diapasão, o Artigo 6º, item 1, da Convenção de Roma de 1980, informa que: “Sem prejuízo do disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de trabalho, não pode ter como consequência privar o trabalhador da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que seria aplicável, na

a legislação específica para não amesquinhar-lhes direitos. (UNIÃO EUROPEIA, 1980).

No contexto geral, quando um Estado admite a autonomia da vontade nos contratos internacionais significa dizer que será aplicada a lei designada pelas partes, “levando em consideração a sua vontade subjetiva, e não a vontade objetiva do legislador”. (RECHSTEINER, 2015, p. 175).

Por fim, não se pode olvidar que além da escolha da lei aplicável ao contrato, a expressão da autonomia da vontade das partes pode alcançar outro aspecto, tal como a eleição de foro. Deste modo, quando as partes signatárias de um contrato internacional elegem determinado foro para dirimir os eventuais conflitos oriundos dessa relação privada, basicamente o escolhem por considerarem que este local é menos vulnerável a fraudes e que contemplaria um julgamento justo ao caso.

Sobre isso, importante apontar que esses dois elementos (cláusulas de eleição de foro e lei aplicável) não se confundem. Isso porque, conforme assevera Araújo (1997, p. 157), as partes podem escolher um determinado foro para dirimir as questões envolvendo contratos internacionais, mas acabarem optando por utilizar a lei de outro Estado estrangeiro à relação.

Encampando-se tal posicionamento, além da observância da ordem pública local e das disposições imperativas, Lemus (1992, p. 31) ressalta que as partes precisam observar três requisitos ao escolherem uma lei de um terceiro Estado para reger os contratos internacionais, quais sejam: *i)* deve ser possível a sua aplicação no caso concreto; *ii)* deve haver um vínculo significativo entre o Estado de uma das partes e a lei estrangeira; e *iii)* deve existir uma razoabilidade para que seja aplicada uma lei estrangeira em sede de contratos internacionais.

Portanto, é fundamental que as partes atentem para o local no qual o contrato é firmado, a fim de evitar que as cláusulas que, de

falta de escolha, por força do nº 2 do presente artigo”. (UNIÃO EUROPEIA, 1980).

alguma forma, reflitam a autonomia da vontade, não sejam futuramente consideradas inválidas pelo ordenamento jurídico local por qualquer ofensa à ordem pública ou por contrariarem disposições de caráter imperativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado acima, os contratos internacionais ganharam maior importância em virtude do estreitamento das relações jurídicas marcadas por elementos de estraneidade cuja autonomia da vontade das partes pode acabar sendo limitada.

À luz dessa realidade, deduz-se ser oportuno, ainda que num breve esforço, elencar algumas medidas que podem contribuir, positivamente, para que a autonomia da vontade seja, na medida do possível, assegurada às partes contratantes.

Primeiramente, entendemos ser importante a elaboração do contrato internacional por profissional da área jurídica com conhecimento técnico necessário para que seja dada a devida atenção a aspectos como: *i)* os instrumentos jurídicos internacionais vigentes em matéria de contratos internacionais; *ii)* a legislação interna do Estado no qual a obrigação deverá ser cumprida, principalmente quanto à admissibilidade pelo ordenamento jurídico do princípio da autonomia da vontade; e *iii)* o domínio do vernáculo jurídico no idioma em que o contrato será redigido.

Por conseguinte, no que concerne ao Direito Brasileiro, entendemos haver uma necessidade de uma nova redação do Artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a fim de não haver desvios de interpretação de seu conteúdo. A respeito do assunto, convém asseverar que isso já foi, inclusive, objeto de discussão no Projeto de Lei Nº 269/2004, que buscou estabelecer um critério diferenciado sobre a aplicação da lei em matéria de obrigações.

Por fim, com fundamento no exposto neste trabalho, espera-se

a ratificação da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, tanto pelo Brasil, quanto pelos demais Estados-Membros da OEA, de sorte que a matéria seja aperfeiçoada regionalmente, conforme ocorrido na Europa, quando os Estados-Membros da União Europeia ratificaram a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Convenção de Roma de 1980).

De certo, atentar pela salvaguarda do princípio da autonomia da vontade nas relações privadas internacionais poderia garantir mais segurança jurídica nas negociações internacionais, impulsionar maior agilidade das transações comerciais internacionais, e o consequente despertar da sociedade internacional para fortalecer as negociações no Brasil, neste momento no qual nenhum Estado deseja ficar alijado do crescimento econômico mundial.

FREEDOM OF CHOICE BY THE PARTIES ON INTERNATIONAL AGREEMENTS: A EURO-AMERICAN STUDY

ABSTRACT

International contracts are a real transformation in private relationships and are increasingly present in the daily lives of large cities. Thus, the general scope of the present work is to examine the main characteristics of international contracts so that it is possible to understand their legal concept and their main elements. As a specific objective, it seeks to analyze the autonomy of the parties' will and how this principle can be affected by domestic law and private international law. To this end, research of doctrinal and legal instruments, national and international, in particular from Brazil, from the Organization of American States and the European Union, are carried out, in order to highlight what is the understanding about the autonomy of the parties' will in international contracts. Finally, the discussion

about the interpretation of Article 9 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law and what consequences reverberate for the development of Private International Law in Brazil is brought up.

Keywords: Autonomy of the parties' will. International Contracts. Private International Law.

REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, María Mercedes. **Contratos Internacionales: Desafíos en Materia de Derecho Aplicable**. In: Comité Jurídico Interamericano, XLIII Curso de Derecho Internacional (43th, 2016, Río de Janeiro, Brasil). Washington, DC: Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2016.

ARAÚJO, Nadia de. Autonomia da vontade nos contratos internacionais - Situação atual no Brasil e no Mercosul. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 06, p. 153-161, jul./dez. 1997.

_____. **Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 de setembro de 1942.

_____. **Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de outubro de 2014.

CASELLA, Paulo Borba. **Negociação e Formação de Contratos Internacionais**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de

São Paulo, São Paulo, vol. 84, p. 124-171, 1990. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/jfdusp/article/viewFile/67137/69747>>. Acesso em: 03 Nov. 2019.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 190, p. 7-14, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 4 - Contratos: Teoria Geral**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **Principles of International Commercial Contracts, May 1994**. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf>>. Acesso em: 30 Out. 2019.

LEMUS, Manuel Medina de. **La venta internacional de mercaderías**. Madri: Tecnos, 1992.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Autonomia da Vontade no Âmbito do Direito Internacional Privado: por uma interpretação liberal do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Org.), **Direito Internacional II**. 1ª Ed. João Pessoa: CONPEDI, 2015, p. 463-480.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 11 de abril de 1980**. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>>. Acesso em: 03 Dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, de 17 de março de 1994**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

PEREIRA, Luiz Cesar Ramos. **Aspectos Gerais Sobre as Regras**

Nacionais de Direito Internacional Privado Relativas às Obrigações – análise do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. *In:* Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 80, v. 665, mar./1991.

PINHEIRO, Luís de Lima. **O Contrato de Empreendimento Comum.** Coimbra: Almedina, 2003.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática.** 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo Fernandes. **Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial.** Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, Ludmila de Paula Castro; PAIVA, Heloísa Assis de. Princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais e sua aplicação nos países membros da União Europeia e Mercosul. *In:* **Revista Horizonte Científico**, Uberlândia, v. 1, n. 1, p. 01-22, mar./2007.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio.** 3ª Ed. São Paulo: LTr, 1998.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma de 1980).** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:41980A0934>>. Acesso em: 26 Out. 2019.

_____. **Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008 (Regulamento Roma I).** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008R0593>>. Acesso em: 04 Out. 2019.

Consent by GDPR vs. Blockchain¹

Bruno Moslavac²

ABSTRACT

The role of consent in personal data protection today is probably the first question for researches on how it impacts in our daily lives, ordinarily or on-line. This paper uses comparative method analyzes seemingly opposed essential parts of consent due to lawfulness of personal data processing versus inclusion of same data in a chain using blockchain technology, with the hypothesis that freewill public announcement of personal data substitute explicit consent for their processing. Finally, the author concludes that the principle of lawfulness stated by GDPR is not violated if the personal data processor using blockchain technology does not obtain consent for the processing of personal data, voluntarily put into the chain by another subject in the same “chain” and the “right to be forgotten” isn’t absolute right.

Keywords: Consent. Personal data. Non-personal data. Blockchain. Right to erasure.

1 INTRODUCTION

Blockchain Technology at this moment is the most effective and best way to store and distribute data in an encrypted fashion. Blockchain could be set as an open, usually called public or permission-less either a closed blockchain, also known as private or permissioned

¹ Data de Recebimento: 17/03/2020. Data de Aceite: 29/05/2020.

² Trabalha como procurador há nove anos. É autor de vários livros e livros didáticos sobre Direito Penal e Trabalhista e quase 200 artigos. E-mail: bruno.moslavac@odovt.dorh.hr

blockchain. Public blockchain allegedly is a nightmare for legislator and privacy protection regarding personal data processing. Having more control over our personal data is what Regulation 2016/679 of the European Parliament (EU) and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing what Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) wants. Two core questions for data privacy protection are: (a) is some data a personal data? And, (b) who is the controller? Those are two things people must have on mind when creating the blockchain. “The conflict between the GDPR and blockchain-based approaches to data privacy is rooted in two fundamentally different philosophies about how best to protect data privacy. The EU’s vision, codified in the GDPR, views centralized, governmental authority as essential to protecting consumers and their information against the abuses of private actors, particularly hulking, data-driven technology companies. By contrast, blockchain identity solutions arose out of bitcoin’s crypto-libertarian ethos, which scorns centralized authority and believes that privacy rights are best protected not by human institutions but by advanced cryptography and distributed networks that no single actor can control. The GDPR, in some ways, seeks to enhance personal privacy by reordering and further consolidating the balance of power in a familiar paradigm, while blockchain seeks to achieve the same goal by changing the paradigm completely. These foundationally different approaches result in some fundamental inconsistencies of form – but not necessarily of substance – in their two paths to solving the same problem.”³ One of the basic rights from GDPR is right to erase information regarding some individual, while blockchain are immutable, except in a case of so-called “forking”⁴.

3 Laura Jehl - BakerHostetler, Robert Musiala - BakerHostetler, Stephanie Malaska - BakerHostetler, May 31, 2018, <https://biglawbusiness.com/blockchain-and-the-gdpr-threading-the-needle/>

4 In blockchain, a fork is defined variously as: “what happens when a blockchain diverges into two potential paths forward”, “a change in protocol” or a situation that “occurs when two or more blocks have the same block height”. [https://en.wikipedia.org/wiki/Fork_\(blockchain\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Fork_(blockchain))

So, what came first, hen or egg? Another part of the same problem is regulation, or lack of regulation, in a case of a blockchain, what will be also discussed in this paper.

2 LAWFULNESS OF PERSONAL DATA PROCESSING

Principle of lawfulness require that the processing of personal information be lawful, which in practice means that either the processing is explicitly permissible under law or the individual whose personal data is being processed has—after being informed of the reason, context, and purpose of the processing—given consent.⁵ Article 6 (1) GDPR provides cases when processing of personal data should be consider legal. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies: (a) the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes; (b) processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract; (c) processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject; (d) processing is necessary in order to protect the vital interests of the data subject or of another natural person; (e) processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller; (f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject, which require protection of personal data, in particular when the data subject is a child.

⁵ Cate, Fred H. and Mayer-Schönberger, Viktor, "Notice and Consent in a World of Big Data" (2013). Articles by Maurer Faculty. 2662. <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2662>.

2.1 Processing of special categories of personal data

Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited (Article 9 (1) GDPR). Paragraph 1 shall not apply if, among the others, processing relates to personal data which are manifestly made public by the data subject (Article 9 (2) e GDPR). If data are already public, there is no need to obtain consent. Rightfully, for cited forms of special categories, researcher probably will not ask the subject for consent for processing of personal data. Fairly, situation is practically the same, although fairness and legality are not synonyms.

2.2 Former legal solutions

Until GDPR entry into force on 25 May 2018, Croatia had Law on the protection of Personal Data⁶. In Article 7 (1) it stated, among other, that personal data may be collected and further processed "if the respondent posted this information himself". It was a legislative solution particularly for posting of various content(s) on social networks and on the Internet in general. Especially in that case, subject had the right at any time to withdraw consent and to request the cessation of further processing of his data, except in the case of processing of data for statistical purposes when personal data no longer enable identification of the person to which they refer (Article 7 (2)). The right to withdrawal is not absolute, due to case of processing of data for statistical purposes when personal data no longer enable identification of the person to which they refer. Nevertheless, change

⁶ O. G. 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12.

of mind should not be applied to blockchain information, because of the principle of immutability. Awareness on the purpose of giving information (personal data) for particular blockchain must take preference in regard to right to erasure.

3 CONSENT: VARIOUS FORMS

Consent of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her (Article 4 (11) GDPR). Consent may have various forms with similar flavors, such as informed, explicit, unambiguous or broad, each of these forms is quite diverse in nature and their use have been intensively debated for their utilization in online environments and research projects.⁷ Regarding form, consent has to be "proof-able". Written shape is most popular, even has its own various forms, but consent can be verbal. Special case, the situation of clear imbalance between the data subject and the data processing managers (so-called "conditional consent"), especially if the data processor is a public authority⁸.

4 POINT OF VIEW TO GIVEN CONSENT

Consent to personal data processing is just a legal instrument and its quality depends on the manner how it is used.⁹ Here, we get to the beginning of a whole data protection story: purpose of data

7 Eugenia Politou, Efthimios Alepis, Constantinos Patsakis, Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions, *Journal of Cybersecurity*, Volume 4, Issue 1, 2018, ty001, <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyy001>

8 Branka Bet Radelić, Krešimir Rožman, Hrvoje Orešić, Protection of personal data and the limits of workers' privacy protection, *Labour Law, Rosip, Zagreb*, 2017, p. 14.

9 Jakub Mišek, Consent to Personal Data Processing – the Panacea or the dead end?, *Masaryk University Journal of Law and Technology Vol. 8:1*, 2014, pp 69-83.

processing. Consent must fit the purpose for which personal data are being collected, stored, distributed and processed. We can say that there are different “kinds” of formal consent. Within those, we already know as sub-types of consent. So, for example, informed consent will not be structurally the same way in every single case. One must adapt to requests, in a particular case, when processing of personal data is necessary and consent has to be given, respecting principle of lawfulness. Here we do not claim that one has to look for “loopholes” and resort to invented practical solution to fulfill legal form, exactly the opposite. Research must stick to law and, law to science. Have to provide practically solution for daily use, within the content of created consent kinds.

5 CONSENT-BASED DATA PROCESSING IN BLOCKCHAIN CASE

Basic question discussing interrelation between blockchain and personal data protection is whether the consent of the data subject is at all necessary. Conditions for consent stated in Article 7 GDPR don't bring *numerus clausus* of a situation when the controller or processor unconditionally must seek and get subject's consent. Consent should be given unambiguously, but the question is when, in which particular cases or security of personal, data will be endangered. The controller shall implement appropriate technical and organizational measures for ensuring that, by default, only personal data which are necessary for each specific purpose of the processing are processed. That obligation applies to the amount of personal data collected, the extent of their processing, the period of their storage and their accessibility. In particular, such measures shall ensure that, by default, personal data are not made accessible without the individual's intervention to an indefinite number of natural persons (Article 25 (2) GDPR). Blockchain is independent of the underlying consensus algorithm,

a linked list data structure that uses hash sums over its elements as pointers to the respective elements.¹⁰

5.1 Amount of personal data collected in “chain”

Only personal data which are necessary for each specific purpose of the processing should be processed. In case of a single “chain” regarding blockchain technology, the amount of personal data collected is significantly small. Not insignificant, but considering the total amount of data, not only personal but also non-personal data, relatively little. Thereby, we should not forget that some categories of formally personal data, such as location data, an online identifier, despite defined as a personal data, very easily can be observed as a non-personal data¹¹. Their true “legal” nature, their scope and their contents supports the previous claim. Furthermore, legal standard enforcer is decision-maker if some data is personal or non-personal. Interpretation of certain information as a personal data or non-personal data later will be case for subsequent (re)evaluation by a competent national court, over Constitutional Court until final review by a supranational, European Court of Human Rights.¹²

6 SHIFTING BURDEN OF PROOF

Proving facts in any case of illegality is always hard-work. Blockchain is a digital concept to store data. Since blocks are chained together, that makes them (data inside) immutable. Input of data is executed by a person who makes “block” in a chain. That person

10 Judmayer, A. – Stifter, N. – Krombholz, K. – Weippl, E., *Blocks and Chains: Introduction to Bitcoin, Cryptocurrencies, and Their Consensus Mechanisms*, Morgan & Claypool, 2017, pp. 23-24.

11 Art. 3 (1) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union (COM/2017/0495 final – 2017/0228 (COD)) defines that “data” means data other than personal data as referred to in Article 4 (1) of Regulation (EU) 2016/679.

12 of non-personal Bruno Moslavac, *Cyber security Workers’ Data*, *Labour Law Magazine* no. 4/2018, pp. 12-22.

has some interest to act on that way and it is fully aware of what information (data) he or she is storing in (public) blockchain. Those data are being stored using cryptographic hash function, so they are not visible “at first”. Every string of data has only one unique hash bound to it. Potential abuse of any personal data stored in particular chain requires legal protection based on GDPR rules. First question is who is “plaintiff”? And even more important, second question is who will be “defendant”? Last one is the “victim” of burden of proof, since he or she shall be able to demonstrate that the data subject has consented to processing of his or her personal data. So, the culprit should be detected first and then we can discuss about personal data endangering and protection. Authorized person for consent is a natural person, data subject to who personal data refers to. Processor in a case of a blockchain can be any natural or legal person dealing with or having interest in decentralized applications (DApps). This is where we have to look for “defendant”.

7 “RIGHT TO BE FORGOTTEN” AND BLOCKCHAIN

What is on the Internet, stays on the Internet is a well-known fact. This is an argument to support the claim that the willful disclosure of personal data in a “chain”, using blockchain technology, does not provide a collision to the protection of personal data in a right way. In particular, a data subject have the right to have his or her personal data erased and no longer processed where the personal data are no longer necessary, in relation to the purposes for which they are collected or otherwise processed, where a data subject has withdrawn his or her consent or objects to the processing of personal data concerning him or her, or where the processing of his or her personal data does not otherwise comply with GDPR. However, the further retention of the personal data should be lawful where it is necessary, for exercising the right of freedom of expression and information,

for compliance with a legal obligation, for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller, on the grounds of public interest in the area of public health, for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes, or for the establishment to exercise or defense on legal claims¹³. Blockchain should last permanent, so there is no moment when the data inside are no longer necessary. The blockchain, as decentralization, is a revolutionary new computing paradigm. The blockchain is the embedded economic layer the web never had. The blockchain is the coordination mechanism, the line-item attribution, credit, proof, and compensation rewards tracking schema to encourage trustless participation by any intelligent agent in any collaboration. The blockchain is a decentralized trust network. The blockchain is a cloud venue for transnational organizations. The blockchain is a means of offering personalized decentralized governance services, sponsoring literacy, and facilitating economic development. The blockchain is a tool that could prove the existence of exact contents of any document or other digital asset at a particular time.¹⁴ As we can see, blockchain technology is far beyond just the privacy protection or personal data protection regarding the right to be forgotten. General provisions are about right to erasure of personal data, states that “right to be forgotten” shall apply when data are no longer needed for the purposes that they were collected or otherwise processed. Other provisions from Article 17 (1) GDPR notes that the data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one, beyond mentioned, of the following grounds applies: the data subject withdraws consent on which the processing is based according to

¹³ GDPR, Introduction (65).

¹⁴ Melanie Swan, *Blockchain: Blueprint for a New Economy*, O'Reilly Media, Inc., 1005 Gravenstein Highway North, Sebastopol, CA 95472, 2015, p. 92.

point (a) of Article 6 (1), or point (a) of Article 9 (2), and where there is no other legal ground for the processing; the data subject objects to the processing pursuant to Article 21 (1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21 (2); the personal data have been unlawfully processed; his personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject; the personal data have been collected in relation to the offer of Information Society Services referred to in Article 8 (1).

7.1 Data protection through technology design: Privacy by Design (PdB)

The increasing significance of data protection when creating and operating IT systems creates additional requirements for IT specialists. As a result, data protection must be an essential element in the training of IT professionals.¹⁵ Implementation of PbD will play a significant role in organizations' efforts to respect privacy. In the years to come, we will come across initiatives to specify and apply the concept of PbD during the design process. PbD specification and implementation will go much beyond systems design and will have an impact at different levels. First, it will affect the whole organizational context including stakeholders with diverse interests from different disciplines; and second, the whole supply chain, starting from the component/technology provider and ending at end users.¹⁶ Article 25 GDPR should be seen as a weighty conversation-starter in the necessary dialogue between data protection authorities and privacy advocates. On one side, data controllers, processors and engineers,

15 Schaar, P. *IDIS* (2010) 3: 267. <https://doi.org/10.1007/s12394-010-0055-x>.

16 Tsormpatzoudi, P., Berendt, B., & Coudert, F. (2016). Privacy by Design: From research and policy to practice - the challenge of multi-disciplinarity. In B. Berendt, T. Engel, D. Ikonomidou, D. Le Métayer, & S. Schiffner (Eds.), *Privacy Technologies and Policy*. Third Annual Privacy Forum, APF 2015. Luxembourg, Luxembourg, October 7-8, 2015. Revised Selected Papers (pp. 199-212).

on the other, are forwarding in the technological and organizational hardwiring of privacy-related interests.¹⁷ Legislative changes have the potential, sometimes inadvertently, to make data access and thus research more difficult. Continuing technological developments demand constant, refinement of physical and technical infrastructure.¹⁸ At this point, there are not judgment(s) of the European Court of the Human Rights concerning privacy and adjusted with the growth of blockchain technology.

7.2 “Place” of data storing

By storing the personal data off-the-chain (not in actual blockchain), the system complied with the GDPR rule (right to be forgotten). Misuse, mismanagement and lesser scope for personally identifiable information (PII) tracking were identified as major causes of privacy breaching. Using an off-chain blockchain with data hash checking, the proposed system successfully addressed those pitfalls. Privacy by design should apply in blockchain development for efficient privacy preservation.¹⁹ Personal data and sensitive data in general, should not be trusted in the hands of third-parties, where they are susceptible to attacks and misuse. Instead, users should own and control their data without compromising security or limiting companies’ and authorities’ ability to provide personalized services. Furthermore, with a decentralized platform, making legal and regulatory decisions about collecting, storing and sharing sensitive data should be simpler. Moreover, laws and regulations could be programmed into the blockchain

17 Lee A. Bygrave, *Data Protection by Design and by Default: Deciphering the EU’s Legislative Requirements*, *Oslo Law Review*, Volume 4, Nº 2-2017, pp. 105–120.

18 Caitlin Pencarrick Hertzman, Nancy Meagher, Kimberlyn M McGrail, *Privacy by Design at Population Data BC: a case study describing the technical, administrative, and physical controls for privacy-sensitive secondary use of personal information for research in the public interest*, *Journal of the American Medical Informatics Association*, Volume 20, Issue 1, January 2013, Pages 25–28, <https://doi.org/10.1136/amiajnl-2012-001011>

19 Onik, M., Kim, C., Lee, N., et al. (2019). *Privacy-aware blockchain for personal data sharing and tracking*. *Open Computer Science*, 9(1), pp. 80-91. Retrieved 16 Aug. 2019, from doi:10.1515/comp-2019-0005.

itself, so that they are enforced automatically. In other situations, the ledger can act as legal evidence for accessing (or storing) data, since it is (computationally) tamper-proof.²⁰ To fully adopt and implement the paradigm of “Privacy by Design”, we must recognize transparency as an important attribute of not only the data itself but also the code handling of personal data (open-source). Knowing what a system does with our data is the only way of allowing educated data subjects to identify risks to them. For this reason, we have deliberately chosen to represent the concept of the data subject’s consent such as the responsibility of providing personal data lies, both legally and technically, in his or her own hands. By representing the consent of the data subject in a smart contract ecosystem, we make the processing of personal data a question of control rather than trust.²¹

8 ANONYMITY DUE TO GDPR AND BLOCKCHAIN

Personal data protection is GDPR mainstream. True question, when parsing personal data protection related to blockchain, is either they “must” be discovered on the Internet. Blockchain as a new technology aim to anonymity, but through or up to privacy. Anonymity is simply privacy or the security of one’s personal data. The anonymity issue has merged into the online privacy issue, and the online privacy issue is merged into the offline privacy issue, and in fact has become just the issue with no adjectives²². Does anonymity just mean hiding your identity? Blockchain anonymity rises from the fact that ledger, record of all transactions in the chain, be available to “public”, everyone and all transactions in blockchain are/be public knowledge. That

20 Guy Zyskind, Oz Nathan, Alex ‘Sandy’ Pentland, Decentralizing Privacy: Using Blockchain to Protect Personal Data, <https://enigma.co/ZNP15.pdf>.

21 Wirth C, Kolain M (2018) Privacy by blockchain design: a blockchain-enabled GDPR-compliant approach for handling personal data. In: Proceedings of 1st ERCIM blockchain workshop 2018. European Society for Socially Embedded Technologies (EUSSET).

22 A. Michael Froomkin, From Anonymity to Identification, *Journal of Self-Regulation and Regulation*, Volume 01 (2015), pp. 120-139.

build anonymity and privacy concerns. Among other data, a blockchain can house the code which could make an individual identifiable. There are many technologies helping secure anonymity when using blockchain, the most common are Tor and VPNs. Transactions stored in a blockchain are anonymous and irreversible. Although parties in the network release no private information, their transactions are traceable and visible network-wide. Although, blockchains preserve anonymity and privacy, the security of assets depends on safeguarding the private key, a form of digital identity. If one's private key is acquired or stolen, no third party can recover it. Cryptographic keys and anonymous transactions make blockchain vulnerable to account takeover and digital identity theft, because an identity is protected only by its private key.²³ Even though, the blockchain foundationally contradicts certain principles in the GDPR, such as rectification and removal. The blockchain strongly conforms to the technical data protection principles according to the GDPR, as the blockchain has proven to be one of the most secure structures. The biggest conflict between the blockchain and the GDPR is the blockchain's immutability. However, its biggest strength originates from that. This immutability and the purposes of having an immutable object are in line with some of the GDPR's purposes, namely integrity, security and transparency, but do result in the data subject losing the retroactive control over their personal data. The GDPR assesses these principles as absolute but, does not discuss if alternative usage would provide the most security for the individual. The blockchain provides one of the highest security standards to date regarding the integrity of data but, at the cost of data being non-removable. It might be required to address if there is a breaking point where security is achievable at the cost of other principles, enter the blockchain.²⁴

23 Xu, J.J. *Financ Innov* (2016) 2: 25. <https://doi.org/10.1186/s40854-016-0046-5>.

24 Sebastian Ramsey, *The General Data Protection Regulation vs. The Blockchain - A legal study on the compatibility between blockchain technology and the GDPR*, Faculty of Law Stockholm University, 2018, <https://pdfs.semanticscholar.org/c231/c390f1bb345a2f6ebceee792264f227f9d32.pdf>.

9 BLOCKCHAIN “LEGALIZATION” (REGULATION)

Every legal regulation implies the activities of social institutions and institutions of public authority. There is no (general) legal act or law that provides legality for Internet, let alone blockchain technology. The whole blockchain idea is about privacy and decentralization, beyond the reach of the authorities. To declare something unlawful, it should be legalized on the first place. Those conditions are not executed when talking about blockchain. Causative consequence is that simply there cannot be “unlawful processing” of personal data in a blockchain case. The area for possible illegal acts, including potential criminal offenses, almost does not exist when applying blockchain technology. On the other hand, privacy protection in case of a personal data is “fertile ground” for criminals of various kinds with various measures. Future “Blockchain Law” should resolve lack of regulation of new technology occurrence and became a counter-balance to existing GDPR. At that point, we will have two equivalent regulations and challenge for lawyers to resolve regulations conflict using legal instruments.

10 FINAL CONSIDERATIONS

The right to be forgotten (right to erasure), as an integral part of personal data security and the inseparable part of European Privacy Law, is actually, not the opposite of the blockchain idea. The entire personal data protection system at first, or at least in one huge part, starts from the consent. Anyone involved in any part of the blockchain at start, gives the free-willing consent for posting certain information that does not necessarily represent personal data. The subsequent request for removal of personal data from a legal point of view does not affect the legitimacy and authenticity of the earlier disclosure of the relevant information, so there is no “conflict of interest” or a derogation from GDPR due to, or “in favor” of, blockchain technology.

Lack of blockchain legal (law) regulation is a problem, so we cannot use the principle *lex posterior derogate legi priori*. Already more and more opinions and researchers are emerging and creating solutions to prove that GDPR and blockchain are not opposed. Permission from users before processing their personal data is not needed when individual in his “free will and common sense” voluntarily gets involved in a blockchain. The right to be forgotten is not absolute right, after all, neither is the right to the protection of personal data, even it is a fundamental (human) right. Public interest for and out of blockchain technology has to overwhelm private interest of personal data protection.

CONSENTIMENTO DO GDPR VS. BLOCKCHAIN

RESUMO

Atualmente, o papel do consentimento na proteção de dados pessoais é provavelmente a primeira pergunta das pesquisas sobre como isso afeta nosso dia a dia, na normalidade ou on-line. Este artigo usa análises comparativas de métodos, aparentemente opostos a partes essenciais do consentimento, devido à legalidade do processamento de dados pessoais versus a inclusão dos mesmos dados em uma cadeia, usando a tecnologia Blockchain, com a hipótese de que o anúncio público voluntário de dados pessoais substitui o consentimento explícito pelo processamento. Finalmente, o autor conclui que o princípio da legalidade declarado pelo GDPR não é violado se o processador de dados pessoais que usa a tecnologia Blockchain não obtiver consentimento para o processamento de dados pessoais, caso esses sejam voluntariamente colocados em cadeia por outro sujeito da mesma “cadeia” e o “direito de ser esquecido” não é um direito absoluto.

Palavras-chave: Consentimento. Dados pessoais. Dados não pessoais. Blockchain. Direito de exclusão.

REFERENCES

- Jehl, Laura; BakerHostetler, Robert Musiala - BakerHostetler, Stephanie Malaska – BakerHostetler, May 31, 2018, <https://biglawbusiness.com/blockchain-and-the-gdpr-threading-the-needle/>
- Cate, Fred H. and Mayer-Schönberger, Viktor, "Notice and Consent in a World of Big Data" (2013). Articles by Maurer Faculty. 2662. <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2662>.
- Eugenia Politou, Efthimios Alepis, Constantinos Patsakis, Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions. **Journal of Cybersecurity**, Volume 4, Issue 1, 2018, ty001, <https://doi.org/10.1093/cybsec/ty001>
- Radelić, Branka Bet; Rožman, Krešimir; Orešić, Hrvoje. **Protection of personal data and the limits of workers' privacy protection, Labour Law, Rosip, Zagreb**, 2017, p. 14.
- Jakub Mišek, Consent to Personal Data Processing – the Panacea or the dead end?, **Masaryk University Journal of Law and Technology**, Vol. 8:1, 2014, pp 69-83.
- Judmayer, A. – Stifter, N. – Krombholz, K. –Weippl, E. **Blocks and Chains: Introduction to Bitcoin, Cryptocurrencies, and Their Consensus Mechanisms**, Morgan & Claypool, 2017, pp. 23-24.
- Moslavac, Bruno. Cyber security Workers' Data. **Labour Law Magazine**, no. 4/2018, pp. 12-22.
- Swan, Melanie. **Blockchain: Blueprint for a New Economy**, O'Reilly Media, Inc., 1005 Gravenstein Highway North, Sebastopol, CA 95472, 2015, p. 92.
- Tsormpatzoudi, P., Berendt, B., & Coudert, F. (2016). **Privacy by Design: From research and policy to practice - the challenge of multi-disciplinarity**. In B. Berendt, T. Engel, D. Ikonou, D. Le Métayer, & S. Schiffner (Eds.), *Privacy Technologies and Policy. Third Annual Privacy Forum, APF 2015. Luxembourg, Luxembourg, October 7-8, 2015. Revised Selected Papers* (pp. 199-212).
- Lee A. Bygrave. **Data Protection by Design and by Default: Deciphering the EU's Legislative Requirements**, *Oslo Law Review*, Volume 4, No. 2-2017, pp. 105-120.

Caitlin Pencarrick Hertzman, Nancy Meagher, Kimberlyn M McGrail, Privacy by Design at Population Data BC: a case study describing the technical, administrative, and physical controls for privacy-sensitive secondary use of personal information for research in the public interest, **Journal of the American Medical Informatics Association**, Volume 20, Issue 1, January 2013, Pages 25–28, <https://doi.org/10.1136/amiajnl-2012-001011>

Onik, M., Kim, C., Lee, N., et al. (2019). blockchain Privacy-aware for personal data sharing and tracking. **Open Computer Science**, 9(1), pp. 80-91. Retrieved 16 Aug. 2019, from doi:10.1515/comp-2019-0005.

Guy Zyskind, Oz Nathan, Alex 'Sandy' Pentland, Decentralizing Privacy: Using Blockchain to Protect Personal Data, <https://enigma.co/ZNP15.pdf>. Froomkin, A. Michael. **From Anonymity to Identification**, **Journal of Self-Regulation and Regulation**. Volume 01 (2015), pp. 120-139.

Xu, J.J. **Financ Innov.** (2016) 2: 25. <https://doi.org/10.1186/s40854-016-0046-5>.

Sebastian Ramsey. **The General Data Protection Regulation vs. The Blockchain - A legal study on the compatibility between blockchain technology and the GDPR**. Faculty of LAW Stockholm University, 2018, <https://pdfs.semanticscholar.org/c231/c390f1bb345a2f6ebceee792264f227f9d32.pdf>.

Witness protection in the criminal justice system of the Bahamas¹

David Baxter Bakibinga²

ABSTRACT

Witness protection is now firmly entrenched in the modern criminal justice systems especially in jurisdictions dealing with organized and violent crime. The decision by the government of The Commonwealth of The Bahamas to enact legislation in respect to procedural and non-procedural measures for protection of witnesses is commendable, given that violent and organized crime is rife in the country. This article highlights the basic tenets of witness protection and the legal framework, both at the international and national level. It also addresses the role of key duty bearers in the process of witness protection. Furthermore the procedural and non-procedural measures taken by law enforcement officers in The Bahamas are explored. And lastly, the challenges encountered in the implementation of the witness protection measures in The Bahamas are examined. This is intended to aid policy makers, advisers and those entrusted with decision making, like parliamentarians, to devise means and ways to eradicate and/or mitigate challenges faced in the implementation of witness protection measures in The Bahamas.

Keywords: Witness protection. Confidentiality. Anonymity. procedural and non-procedural measures. The Bahamas.

¹ Data de Recebimento: 17/12/2019. Data de Aceite: 29/05/2020.

² Diretor Assistente de relações públicas de Bahamas e Presidente da Associação de Promotores de Bahamas. Foi Promotor em Uganda por 19 anos. E-mail: dbakibinga@hotmail.com

1 INTRODUCTION

The protection of witnesses is often considered as cornerstone of any successful criminal justice system especially in combating organized crime. In addition, the cooperation of victims and witnesses is crucial to achieving successful prosecutions of criminal offenders and dismantling organized criminal groups.³ Yet one of the challenges faced by many criminal justice systems in the investigation and prosecution of crime is obtaining such cooperation. Victims and witnesses may be unwilling to provide information and evidence because of perceived or actual intimidation or threats against themselves or members of their family.⁴ This concern may be exacerbated where, people who come into contact with the criminal justice system are particularly vulnerable. For instance, by virtue of the nature of their evidence, eye witnesses to organized violent crime require that special measures be taken to ensure that they are appropriately assisted and protected by the criminal justice processes.⁵ It has been argued that witnesses who receive appropriate and adequate protection and support are more likely to cooperate with the criminal justice system in bringing perpetrators of crime to justice.⁶ However, inadequacies of criminal justice systems may imply that witnesses are not able to access the protection and support they need and may even be exposed to danger or harm by the criminal justice system itself.⁷

3 Kramer, Karen. "Witness Protection as a key tool in addressing serious and organized crime." (2016) available at https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/GG4/Fourth_GGSeminar_P3-19.pdf Accessed on the 22/11/2019.

4 Slate, Risdon N. "The federal witness protection program: Its evolution and continuing growing pains." *Criminal Justice Ethics* 16, no. 2 (1997): 20-34.

5 Montanino, Fred. "Protecting organized crime witnesses in the United States." *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 14, no. 1-2 (1990): 123-131.

6 Vermeulen, Gert, ed. *EU standards in witness protection and collaboration with justice*. Maklu, 2005.

7 Sheptycki, James. "Uneasy truths; criminal-informants, witness protection, trust and legitimacy in the policing of organized crime." In *Contemporary Organized Crime*, pp. 213-230. Springer, Cham, 2017.

2 BASIC TENETS OF WITNESS PROTECTION

Witness protection is premised on key tenets to ensure its efficacy, namely, confidentiality and anonymity.⁸ Security of information in respect to victims and witnesses is crucial. This may concern their identity, location, nature of testimony they are to give, the details about their families among others.⁹ These principles ensure the protection of the persons involved including prosecutors, judges, witnesses and also the case itself.

3 CONFIDENTIALITY OF INFORMATION

Confidentiality entails the protection of personal information.¹⁰ Confidentiality means keeping a witness' information between the law enforcement officers and the witnesses under a secure mechanism.¹¹ Confidential data are captured so that the information is not instantly identified with the subject who supplied it, but such a link is possible.¹² Therefore, respect for confidentiality is fundamental. Any breach of confidentiality can have serious consequences for the person providing the information or for those implicated, for the credibility and safety of law enforcement officers, for the confidence with the public and for the effectiveness of the criminal justice system.¹³ All victims, witnesses and other persons cooperating with the investigators and prosecutors have to be informed of the policy on

8 Donat-Cattin, David". Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings." In *The Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 1682-1712. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2015. At p1683.

9 Paunović, Saša, Dušan Starčević, and Lazar Nešić. "Identity Management and Witness Protection System." *Management* (2013): 66.

10 Eikel, Markus. "Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice." In *Criminal Law Forum*, vol. 23, no. 1-3, pp. 97-133. Springer Netherlands, 2012.

11 Kash, Douglas. "Rewarding confidential informants: Cashing in on terrorism and narcotics trafficking." *Case W. Res. J. Int'l L.* 34 (2002): 231.

12 Dandurand, Yvon, and Kristin Farr. *A review of selected witness protection programs*. Public Safety Canada, 2012.

13 David, Fiona. "Law enforcement responses to trafficking in persons: challenges and emerging good practice." *Trends & Issues in Crime & Criminal Justice* 347 (2007).

confidentiality before being requested to provide information to law enforcement officers.¹⁴ Confidentiality covers the identity of the cooperating person and the information provided (including audio and video recordings, photographs and other types of documentation). Confidentiality with regard to individual protection cases also covers information on the protective measures taken, including any support given by partners external to the law enforcement officers such as social services and nongovernmental organizations to strengthen the protection of a person at risk.¹⁵ This is essential to guarantee the safety not only of the person who benefited from the measures, but also of others who may benefit from them in the future. Witness protection inspires confidence of witnesses and victims of crime in the criminal justice system.

4 ANONYMITY OF WITNESSES

Anonymity is applied in the protection of witnesses and victims of crimes during the various stages of investigation, prosecution and adjudication.¹⁶ The purpose of anonymity is to allow witnesses and victims of crime to give their evidence and or testimony without fear of retaliation against them or their loved ones. Anonymity, whose adjective is “anonymous”, is derived from the greek word *anonymia*, meaning “without a name” or “namelessness”.¹⁷ In a situation where law enforcement determines that a person feels threatened, they will mitigate that threat through anonymity.

Anonymous data are captured by law enforcement officers from witnesses and victims so that the information can never be linked to

14 DOGĂREL, Adrian Constantin. “The Institutional Framework For Witness Protection.” *Journal of Criminal Investigation* 5, no. 1 (2012) pp146-154 at p148.

15 Eikel, Markus. “Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice.” In *Criminal Law Forum*, vol. 23, no. 1-3, pp. 97-133. Springer Netherlands, 2012.

16 Lusty, David. “Anonymous Accusers: An Historical & (and) Comparative Analysis of Secret Witnesses in Criminal Trials.” *Sydney L. Rev.* 24 (2002): 361.

17 LEXICO Dictionary available at <https://www.lexico.com/en/definition/anonymous>.

the subject who supplied it.¹⁸ This involves keeping out of the investigative documents and reports their personal information, including names, social security numbers, addresses, age, profession, place of work, etc. The reports should only contain facts that tend to prove or disprove the allegations against the accused or defendant.

The courts in England, faced with violent crime cases, had to take measures to protect witnesses through anonymity hence triggering law reforms. In *R v Davis*¹⁹, the House of Lords of the UK addressed the circumstances under which witnesses would give evidence anonymously. Briefly, in 2002 two men were shot and killed at a party, allegedly by the defendant, Ian Davis. He was extradited from the United States and tried at the Central Criminal Court for two counts of murder in 2004. At trial the appellant admitted that he had been at the party but claimed that he had left before the shooting and denied having been the gunman. He had gone to the United States on a false passport shortly after the murders. When questioned by the police after his return to this country he had declined to give any answers. Seven witnesses claimed to be in fear for their lives if it became known that they had given evidence against the appellant. Among them were three witnesses, the only witnesses in the case who identified the appellant as the gunman. These claims were investigated and accepted as genuine by the trial judge and the Court of Appeal, and have not been the subject of argument in the House. To ensure the safety of these three witnesses, and induce them to give evidence, the trial judge made an order to the following effect: The witnesses were each to give evidence under a pseudonym; The addresses and personal details, and any particulars which might identify the witnesses, were to be withheld from the appellant and his legal advisers; The appellant's counsel was permitted to ask the witnesses no question which might enable any of them to be identi-

18 Ward, Alan George. "Evidence of Anonymous Witnesses in Criminal Courts: Now and into the Future, The." *Denning LJ* 21 (2009): 67.

19 [2008] UKHL 36.

fied; The witnesses were to give evidence behind screens so that they could be seen by the judge and the jury but not by the appellant; and the witnesses' natural voices were to be heard by the judge and the jury but were to be heard by the appellant and his counsel subject to mechanical distortion so as to prevent recognition by the appellant. He was convicted by the jury and appealed. The court allowed the appeal on the basis that the right to confront witnesses was infringed upon and that this resulted into an unfair trial. The decision of the House of Lords in June 2008 led to Parliament passing the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act, 2008. Three years later, the government of The Bahamas followed suit and enacted the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2011. This was due to the fact that The Bahamas is plagued by violent and organized crime. It followed that witnesses to these crimes require protection.

5 THE RATIONALE FOR WITNESS PROTECTION

The openness of judicial proceedings is a fundamental principle enshrined in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (the right to a fair trial).²⁰ This underpins the requirement for a prosecution witness to be identifiable not only to the defendant, but also to the open court.²¹ It supports the ability of the defendant to present his case and to test the prosecution case by cross-examination of prosecution witnesses.²² In some cases it may also encourage other witnesses to come forward.

However, the principle of open justice can sometimes act as a bar to successful prosecutions, particularly in homicides, organized crime,

20 Available at <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>

21 Lusty, David. "Anonymous Accusers: An Historical & (and) Comparative Analysis of Secret Witnesses in Criminal Trials." *Sydney L. Rev.* 24 (2002): 361.

22 Doak, Jonathan, and Rebecca Huxley-Binns. "Anonymous witnesses in England and Wales: charting a course from Strasbourg?" *The Journal of Criminal Law* 73, no. 6 (2009): 508-529.

terrorism and gun crime.²³ Witnesses may fear that if their identity is revealed to the defendant, his associates or the public generally then they or their friends and family will be at risk of serious harm.

Witness protection is justified for the following reasons:

Firstly, witnesses have a right to safety and security when testifying which is a fundamental human right. This is enshrined under the international human rights instruments.²⁴ Secondly, it is an opportunity for the State to perform its duty of care, to ensure protection of its citizenry from any harm or intimidation and to ensure rule of law.²⁵ Thirdly, victim and witness protection enhances the capacity and integrity of investigations, prosecutions or special commissions of inquiry services.²⁶ Fourthly, witness protection enhances access to justice and promotes the rule of law as the cases depend on witness testimonies given freely and confidently without fear of reprisals whatsoever.²⁷ Fifthly, witness protection helps in securing the testimony of threatened and intimidated witnesses, especially in high profile cases.²⁸ Sixthly, witness protection is critical in ensuring efficient and effective prosecution, thus contributing to effective justice delivery and combating crimes.²⁹ Lastly, to fulfill international obligations under conventions like the UN Convention against Transnational Organized Crime, Article 24, of which obligates states parties to take appropriate measures to protect witnesses; the UN Convention against Corruption; and the International Criminal Court (ICC) Statute (the Rome Statute).

23 Kumar, Miiko. "Secret Witness, Secret Information and Secret Evidence: Australia's Response to Terrorism". *Miss. LJ* 80 (2010): 1371.

24 Trotter, Andrew. "Witness intimidation in international trials: Balancing the need for protection against the rights of the accused." *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 44 (2012): 521.

25 Kiprono, Wilson, Kibet Ngetich, and Wokabi Mwangi. "Challenges facing Criminal Justice System in relation to witness protection in Kenya." *Journal of Humanities and Social Science* (2015).

26 Vermeulen, Gert, ed. *EU standards in witness protection and collaboration with justice*. Maklu, 2005.

27 Mahony, Chris. "The justice sector afterthought: Witness protection in Africa." *Chris Mahony, The Justice Sector Afterthought: Witness protection in Africa*, Pretoria: Institute for Security Studies (2010).

28 Demleitner, Nora V. "Witness Protection in Criminal Cases: Anonymity, Disguise or Other Options?." *The American Journal of Comparative Law* 46, no. suppl_1 (1998): 641-664.

29 Dandurand, Yvon. "Strategies and practical measures to strengthen the capacity of prosecution services in dealing with transnational organized crime, terrorism and corruption." *Crime, Law and Social Change* 47, no. 4-5 (2007): 225-246 at 241-2.

6 INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK

There are a number of international legal instruments in place to enhance witness protection and support to vulnerable victims. The international obligations arise from the ratified international conventions and international human rights laws, «to respect, protect and fulfill the human rights obligations of protecting individuals and groups against violations of their rights and by facilitating the exercise of the rights»³⁰. Therefore, witness protection should not be perceived as a favor to a fearful or threatened person as a result of his or her participation in the justice system, rather as an obligation on the shoulder of the State³¹ vested with the responsibility to protect its population and any resident of its territory, as part of its sovereign function. International organizations like the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) support States to strengthen witness protection programs and strategies by providing technical assistance.³²

In accordance with Articles 24 and 25 of Organized Crime Convention, State parties shall take appropriate measures within their means to provide effective protection as well as assistance to victims and witnesses of crime. Such measures may include *inter alia* establishing procedures to safeguard the physical integrity of people who give testimony in criminal proceedings from threats against their life and intimidation. Witnesses must be protected from threats, intimidation, corruption, or bodily injury and States are obliged to strengthen international cooperation in this regard.

Article 25 of the UN Convention Against Corruption provides for Obstruction of justice.

30 The Preamble to the UDHR Available at <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

31 Human Rights Commission, Right to Truth, A/HRC/15/33, p. 5.

32 This includes Legal and institutional assessments; Legislative assistance; Awareness raising programmes targeting criminal justice authorities (including judges, prosecutors, police and prison officials); Training to judges, prosecutors, police and witness protection authorities; Specialized support and advice to assist in the establishment of witness protection units, including advice on developing standard operating procedures, appropriate structures and staffing arrangements and; Strengthening international cooperation for the protection of witnesses.

Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally: (a) The use of physical force, threats or intimidation or the promise, offering or giving of an undue advantage to induce false testimony or to interfere in the giving of testimony or the production of evidence in a proceeding in relation to the commission of offences established in accordance with this Convention; (b) The use of physical force, threats or intimidation to interfere with the exercise of official duties by a justice or law enforcement official in relation to the commission of offences established in accordance with this Convention. Nothing in this subparagraph shall prejudice the right of States Parties to have legislation that protects other categories of public official.

Article 32 of the UN Convention Against Corruption provides for Protection of witnesses, experts and victims.

1. Each State Party shall take appropriate measures in accordance with its domestic legal system and within its means to provide effective protection from potential retaliation or intimidation for witnesses and experts who give testimony concerning offences established in accordance with this Convention and, as appropriate, for their relatives and other persons close to them. 2. The measures envisaged in paragraph 1 of this article may include, *inter alia*, without prejudice to the rights of the defendant, including the right to due process: (a) Establishing procedures for the physical protection of such persons, such as, to the extent necessary and feasible, relocating them and permitting, where appropriate, non-disclosure or limitations on the disclosure of information concerning the identity and whereabouts of such persons; (b) Providing evidentiary rules to permit witnesses and experts to give testimony in a manner that ensures the safety of such persons, such as permitting testimony to be given through the use of communications technology such as video or other adequate means; (c) States Parties shall consider entering into agreements or arrangements with other States for the relocation of persons referred to in paragraph 1 of this article.

Article 33 of the Convention Against Corruption provides for Pro-

tection of reporting persons, i.e. Whistleblowers.

Each State Party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention.

Article 68 of the Rome Statute provides for the Protection of the victims and witnesses and their participation in the proceedings

1. The Court shall take appropriate measures to protect the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims and witnesses. In so doing, the Court shall have regard to all relevant factors, including age, gender as defined in article 7, paragraph 3, and health, and the nature of the crime, in particular, but not limited to, where the crime involves sexual or gender violence or violence against children. The Prosecutor shall take such measures particularly during the investigation and prosecution of such crimes. These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

2. As an exception to the principle of public hearings provided for in article 67, the Chambers of the Court may, to protect victims and witnesses or an accused, conduct any part of the proceedings in camera or allow the presentation of evidence by electronic or other special means. In particular, such measures shall be implemented in the case of a victim of sexual violence or a child who is a victim or a witness, unless otherwise ordered by the Court, having regard to all the circumstances, particularly the views of the victim or witness.

3. Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Such views and concerns may be presented by the legal representatives of the victims where the Court considers it appropriate, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. The Victims and Witnesses Unit may advise the Prosecutor and the Court on appropriate protective measures, security arrangements, counseling and assistance as referred to in article 43, paragraph 6.

7 NATIONAL LEGAL FRAMEWORK OF WITNESS PROTECTION IN THE BAHAMAS

The legal framework for the protection of witnesses in The Bahamas is the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act of 2011.³³ Section 2 of the Act, defines a witness in relation to criminal proceedings to mean any person called, or proposed to be called, to give evidence at the trial or hearing in question; or in relation to an investigation to mean any person assisting an investigative authority³⁴ with its investigations into a qualified offence. Applications for witness anonymity can be made pre-trial under sections 74 to 85 of the Act. The orders known as investigation anonymity orders can be requested at the very start of an investigation thus providing early certainty to people, who may have relevant information, that their identities will not be disclosed.

Investigation anonymity orders are only available in limited circumstances, which are: The qualifying offences include murder, manslaughter, armed robbery, rape, and offences under the Dangerous Drugs Act, offences under the Anti-Terrorism Act, and offences under the Trafficking in Persons Act.³⁵ These are applied for by either the DPP/AG or the Commissioner of Police. The Proceedings are heard *ex parte* by the magistrate.

There are anonymity protection orders during criminal proceedings, that is, during the trial process.³⁶ The prosecution is enjoined to make an application for various in court protection measures. The Act makes certain exceptions that the witness though protected; he/she should be visible to the judge and jury. This enables the Trier of law and facts to make their own impressions of the witness' demeanor.

33 Act No. 40 of 2011 Laws of The Commonwealth of The Bahamas.

34 Under section 2, investigative authority includes the Royal Bahamas Police Force, Customs Department, Immigration Department or any other public authority or governmental department as designated by the Minister of Legal Affairs.

35 Section 4 of the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act.

36 These are provided under Sections 11-19 of the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act.

The availability of a protection mechanism allows The Bahamas to enhance its capacity to investigate and punish crimes, and contribute to the credibility of its justice system³⁷. In providing protection to victims and witnesses through its public services of justice and security, The Bahamas guarantees their participation in investigations and trials in connection to crimes perpetrated because of the inability of State agents to prevent or mitigate the perpetration of these crimes and protect individuals, due to either limited resources or the absence of effective and efficient strategies of crime prevention or because of the caliber of organized crimes authors.

8 DUTY BEARERS FOR WITNESS PROTECTION UNDER THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IN THE BAHAMAS

Witness protection is a shared responsibility with several actors or stakeholders (all persons along the justice chain including police, courts, prosecutors, community members and witnesses) intervening at various stages of the life cycle of a criminal case.³⁸ In all circumstances and at all times, criminal justice officers (CJOs) have an obligation not to jeopardize the life, safety, freedom and well-being of victims, witnesses and other cooperating persons. The best protection CJOs can provide to cooperating persons is to be aware of the potential risks of harm and to exercise good judgment, caution and sensitivity in all their interactions.³⁹

37 The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power adopted by the United Nations General Assembly in its Resolution 40/34 of 29 November 1985, states that the responsiveness of judicial and administrative processes to the needs of victims should be facilitated by... (d) taking measures to minimize inconvenience to victims, protect their privacy, when necessary, and ensure their safety, as well as that of their families and witnesses on their behalf, from intimidation and retaliation.

38 Reaves, Brian A., and Timothy C. Hart. *Federal law enforcement officers*, 2008. BiblioGov, 2012.

39 Hendradi, Trimulyono. "Securing protection and cooperation of witness and whistle-blowers." Retrieved from Japan: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_GG4_Seminar/Fourth_GGSeminar_P68-75.pdf (2011). At p70.

9 THE ROYAL BAHAMAS POLICE FORCE (RBPF)

The Royal Bahamas Police Force is enjoined to protect persons and their property and maintain law and order, detect, investigate and prevent crime among others.⁴⁰ The Central Detective Unit (CDU) along with other specialized units of police such as the Justice Protection Unit, Drugs Enforcement Unit, Anti-Terrorism Unit, Financial Crime unit, Technology and Digital crime unit among others do encounter vulnerable victims and witnesses in their course of investigations.⁴¹ The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act enjoins police to take measures to protect witnesses under qualifying criminal investigations.⁴² The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act requires the police to take measures to keep the details of witnesses to violent crimes such as murder, drug related crime, anonymous.⁴³ This is done from the investigative stage through to trial. The Justice Protection Unit is the lead unit in the protection of witnesses. The unit does a reasonably good job, however the lack of cooperation by the witnesses on the program makes their work more challenging. Some witnesses, especially in gang related cases, have gone off the program only to turn up dead.⁴⁴ In the case of Caryn Moss v DPP⁴⁵ the convict Caryn Moss was paid by one known violent criminal 'Die' Stubbs to lure a protected witness to a location in Nassau where he was shot dead and his body partially burnt. She is serving a 35 year sentence for conspiracy to commit murder.

40 Section 4 (1) of the Police Force Act 2009.

41 Sutton, Heather. *Crime and Violence in The Bahamas: IDB Series on Crime and Violence in the Caribbean*. Inter-American Development Bank, 2016. At p46.

42 See Long title to the Act and Section 5 of the Act.

43 Sections 6 and 7 of The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act.

44 See <https://thenassauguardian.com/2018/07/06/murdered-man-was-witness-against-die-stubbs-court-hears/> accessed on 15/11/2019.

45 Caryn Moss v DPP CAIS No. 230 of 2018 and DPP V Caryn Moss CAIS 238 of 2018.

10 THE OFFICE OF THE DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS (ODPP)

The ODPP is the constitutional office that controls criminal prosecutions in the country as provided for under Article 78A of the Constitution of The Bahamas. The ODPP is clothed with a constitutional mandate to institute criminal proceedings against any person or authority.⁴⁶ The office is a key lynch pin between the police as investigators of criminal cases and the judiciary in the criminal justice system.⁴⁷ The office deals with witnesses and victims of crime in the course of their work from the onset when a crime is reported to when the witnesses testify and post-trial debriefing. The ODPP works hand in hand with police in dealing with witnesses. This relationship must enhance the protection and safety of witnesses.

Witness protection not only ensures preservation of testimony crucial for the ends of justice but also for the protection of the case.⁴⁸ In the absence of key testimony, the prosecution would fail to discharge its high legal burden and standard of proof. The ODPP also is enjoined to protect the public interest and promote administration of justice.⁴⁹ In this, witnesses by offering to give testimony, they should not be exposed to any form of danger. Otherwise, it would expose the justice system to be surrendered into the hands of criminals.⁵⁰

46 The Commonwealth of the Bahamas' Constitution in its article 78A provides for the establishment and functions of the ODPP. Article 78B provides for the mandate of the Director of Public Prosecutions (DPP) which consists in instituting criminal proceedings against any person or authority in; to take over and continue any criminal proceedings instituted by any other person or authority; and to discontinue at any stage before judgment is delivered, any criminal proceedings instituted by himself or any other person or authority.

47 Bakibinga, David Baxter. "The Role Of Prosecutors In Preventing Torture And Ill-Treatment Of Accused Persons And Proposals For Reform." *Revista Acadêmica: Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará*, Fortaleza 10, no. 1 (2018): 217-235.

48 Allum, Felia, and Nicholas Fyfe. "Developments in state witness protection programmes: the Italian experience in an international comparative perspective." *Policing: A Journal of Policy and Practice* 2, no. 1 (2008): 92-102.

49 Griffin, Leslie C. "The prudent prosecutor". *Geo. J. Legal Ethics* 14 (2000): 259. At 268-9

50 Lawson, Raneta J. "Lying, cheating and stealing at government expense: striking a balance between the public interest and the interests of the public in the Witness Protection Program." (1992) *Arizona State Law Journal* (1429-59) at p1429-30.

11 COURTS OF JUDICATURE IN THE BAHAMAS

The Judiciary must dispense justice to all manner of persons in accordance to the law.⁵¹ At the core of the administration of justice lies victim support and witness protection.⁵² The courts are enjoined to work hand in hand with the ODPP and Police in ensuring that victims of crime and witnesses are protected. This includes in court protection, issuing protection or injunctive orders, conducting in camera proceedings to protect privacy and ensure anonymity of vulnerable witnesses. The court plays a pivotal role in the determination of applications for anonymity orders and issuance of the same under the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act. Furthermore Section 78B of the Evidence (Amendment) Act⁵³ provides for witness testimony via live television link. This procedure is among others adopted where a witness is considered a vulnerable person.⁵⁴ The courts must act judiciously in the grant or denial of the applications for protection measures balancing the fair trial rights of defendants and the safety of witnesses.

12 MEASURES UNDER WITNESS PROTECTION

All criminal justice systems have a duty to put in place procedures to provide measures for the protection of persons whose cooperation with the criminal justice system in an investigation or prosecution may put them, or persons closely associated with them, at risk of serious physical or emotional harm.⁵⁵ Such measures may include: Assistance before and during trial to cope with the psychological and

51 See Part VII of The Constitution of the Commonwealth of the Bahamas.

52 Goldstein, Abraham S. "The victim and prosecutorial discretion: The federal victim and witness protection act of 1982." *Law & Contemp. Probs.* 47 (1984): 225. At p229.

53 No. 36 of 2011.

54 Section 78B (1) (C) of the Act.

55 van Lent, Yorik. "Legal Regulation of Witness Protection in the European Union." (2019). 139-148 at p.141 Available at <https://repository.mruni.eu/bitstream/handle/007/15526/van%20Lent.pdf?sequence=1>

practical obstacles of testifying; Protective measures before, during and after hearing or trial for “at risk” witnesses; Court procedures to ensure the witness’ safety while testifying; and a covert witness protection program.⁵⁶

13 NON-PROCEDURAL MEASURES

There are non-procedural, or out of court, measures employed by law enforcement officials as expounded upon below:

Safe houses: This entails placing the witness in a safe house or secure location and ensuring the witness has round-the-clock close protection.⁵⁷ The safe or protection houses are run by the Justice Protection Unit under the RBPF or witness protection agency. They are operated anonymously to ensure that the witnesses are not traced to them.

Witness protection program: These are covert programs used before and after trial to ensure the continued safety of a witness and involve the relocation of witnesses and giving them new identities depending on the risk posed to the witness.⁵⁸ This is done as the last resort when there is grave danger against the witness. Witnesses in serious and transnational crime cases are often at risk of intimidation, physical harm, or murder.⁵⁹ Where law enforcement assesses the witness to be in the category of the highest risk, then efforts are made to relocate them to third countries with changed identity.

Police protection: This when the police assigns teams to provide physical protection to the witnesses.⁶⁰ Most of this is done by under-

56 UNODC, Victim Assistance and Witness Protection <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/witness-protection.html>

57 Minnaar, Anthony. “Witness protection programmes-some lessons from the South African experience.” *Acta Criminologica: Southern African Journal of Criminology* 15, no. 3 (2002): 118-133.

58 Montanino, Fred. “Protecting the federal witness: burying past life and biography.” *American Behavioral Scientist* 27, no. 4 (1984): 501-528.

59 Dandurand, Yvon, and Kristin Farr. A review of selected witness protection programs. Public Safety Canada, 2012. At p9.

60 Dedel, Kelly. “Witness intimidation.” US Department of Justice Report (2016). At p23-4.

cover agents and through surveillance. In The Bahamas, this is done by the Justice Protection Unit under the Royal Bahamas Police Force.

14 PROCEDURAL MEASURES

Redacted information: Redacted evidence refers to written evidence which has been edited to the extent necessary to be suitable for admission into evidence and publication to the jury.⁶¹ It is often used to describe documents from which sensitive or personal information has been expunged or blacked out. It is intended to allow the selective disclosure of information in a document while keeping other parts of the document confidential.⁶² This is done to protect personal information that would lead to the easy identification of a witness exposing them to perils especially in organized crime cases.

Witness Anonymity: In an anonymous witness case, the witness is called to the court, but is screened from the defendant, screened from the public gallery and his evidence is received through means of technical equipment, so for instance the voice is disguised for the defendant and the public gallery. This is done pursuant to a court order to protect the identity of the witness.⁶³ Only the jury and judge see and hear the witness in his natural state. The reliance on anonymous witnesses is whereby the accused person and his or her lawyer will never find out the identity of the witness testifying. This is used as a last-resort, exceptional measure, because it gravely impinges on the fair trial rights of the accused person (e.g., the right to examine witnesses). When anonymity is used, human rights safeguards need to be introduced. The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act of 2011 provides for due process to ensure that the rights of the accused/defendant are protected and those of the witnesses. The process of

61 Eikel, Markus. "Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice." In *Criminal Law Forum*, vol. 23, n° 1-3, pp. 97-133. Springer Netherlands, 2012.

62 Anderson, John. *Gang-related witness intimidation*. Bureau of Justice Assistance, 2007.

63 See Section 11 of the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act n° 40 of 2011.

witness anonymity is regulated by court and where the Crown seeks to rely upon the measure of anonymity, they must obtain a court order.⁶⁴

Face and voice distortion and Masks: These measures include making efforts to conceal the features or physical description of the witness at trial (e.g., allowing the witness to testify behind an opaque shield).⁶⁵

Assignment of a pseudonym (e.g., the witness would be designated with a title such as “Witness 56” or “Witness XY”) is one of the court room protection measures.⁶⁶

Nondisclosure of records that identify the witness to the accused and his or her lawyer until a reasonable time before the trial: This delayed disclosure is aimed at preventing any retaliatory attacks against the witness prior to their testimony in court.⁶⁷ For instance if the details are released less than 24 hours before the testimony then there could be a less likelihood for the accused or his/her cohorts to come up with a plan to target a given witness. This would be done on a case by case basis depending on the threat level as some criminal groups are more sophisticated and can eliminate witnesses at a given opportunity.

Expunging the witness name from the public record: This is done in rare cases where a given witness faces imminent danger.⁶⁸ For instance, if one defected from the top echelons of a criminal organization or was an agent provocateur. In this case their records from birth, education, medical, insurance, social security, marriage, employment, and others, are removed from the public records. The individual would then be given a new identity and records. Relocation to another country would follow if the danger is persistent.⁶⁹

64 See Sections 12-19 of the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act.

65 See Section 11(2) (d) and (e) of the Act.

66 See Section 11 (2) (b) of the Act.

67 Fyfe, Nicholas, and James Sheptycki. “International trends in the facilitation of witness co-operation in organized crime cases.” *European journal of criminology* 3, no. 3 (2006): 319-355. At p332.

68 Leigh, Monroe. “The Yugoslav Tribunal: Use of unnamed witnesses against accused.” *American Journal of International Law* 90, no. 2 (1996): 235-238. At p236.

69 Fyfe, Nicholas R., and Heather McKay. “Police protection of intimidated witnesses: A study of the

Prohibiting counsel or a suspect from revealing the name of the witness to anyone: This is done through a court order but it is very unsafe especially when it comes to cases of organized crime.⁷⁰ Organized criminals are more often in possession of loads of money to enable them escape justice. A court order would not bar them from 'leaking' the particulars of witnesses to the press and to their associates with a view of intimidating or endangering them.

In camera proceedings: In camera is a Latin derivative meaning "in a chamber". It is a legal term that means in private. The same meaning is sometimes expressed in the English equivalent: in chambers. Generally, in camera describes court cases, parts of it, or process where the public and press are not allowed to observe the procedure or process.⁷¹ Entire cases may be heard in camera when, for example, matters of national security or protected witnesses are involved.

Video link testimony: Generally, a witness must be present in the courtroom to give oral evidence in The Bahamas. However, the Evidence (Amendment) Act 2011 sets out the rules for how evidence can be given by video-link in certain cases.⁷² If you are giving evidence by video-link you don't need to go into the courtroom. Instead you can sit in another designated room and give your evidence by live video-link. A television monitor is placed in the court, which transmits your image, and you have a television monitor in your room that transmits the image of what is happening in the courtroom. The aim of video-link evidence is to make it easier for some witnesses to give evidence.⁷³ The courtroom can be very intimidating for some witnesses and other witnesses may find it very difficult being in the

Strathclyde police witness protection programme." *Policing and Society: An International Journal* 10, no. 3 (2000): 277-299.

70 Hamann, Kristine, and Jessica Trauner. "Witness Intimidation: What You Can Do To Protect Your Witness." *Prosecutor, Journal of the National District Attorneys Association* 51, no. 2 (2018): 13-29.

71 Wald, Patricia M. "Dealing with witnesses in war crime trials: Lessons from the Yugoslav Tribunal." *Yale Hum. Rts. & Dev. LJ* 5 (2002): 217.

72 Section 78B (7) of the Act and Schedule on Criminal Proceedings (Evidence By Way of Live Television Link and Video Recording) Rules, 2011.

73 Trotter, Andrew. "Witness intimidation in international trials: Balancing the need for protection against the rights of the accused." *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 44 (2012): 521.

same room as the accused especially in violent crime cases.

In criminal proceedings, there are certain situations where video-link evidence is acceptable, these include:

Firstly, if the proceedings involve a sexual or violent offence, the victim and any other witness may be allowed to give their evidence by live video-link, if they are less than 18 years of age, or for any other reason that the judge allows⁷⁴; and Secondly, if the judge thinks it is necessary to protect the victim from further victimization, the victim can give evidence by live video-link.⁷⁵

In certain circumstances, a physical screen or partition can be positioned in the courtroom, so the witness can their give evidence in the court without having to see the accused when doing so.⁷⁶ This option is available at the judge's discretion if the witness is under 18 and the proceedings are about a sexual or violent offence.⁷⁷ This is done in order to protect the witness from secondary or repeat victimization. It is crucial that the judge and lawyers must be able to see and hear the evidence the witness is giving if a screen is used.

15 CHALLENGES IN WITNESS PROTECTION

There are number of challenges experienced in ensuring protection of witnesses. This paper highlights a few to enable the reader appreciate the task faced by those in law enforcement offices.

The first challenge is that a witness protection programme is extremely expensive in terms of operations, recruitment and capacity building. Like the adage goes that 'Justice is expensive', in order to secure witnesses as a key component of criminal justice the tax payer

74 Hanna, Kirsten, Emma Davies, Charles Crothers, and Emily Henderson. "Child witnesses' access to alternative modes of testifying in New Zealand." *Psychiatry, Psychology and Law* 19, no. 2 (2012): 184-197.

75 Leader, Kathryn. "Closed-circuit television testimony: Liveness and truth-telling." *Law Text Culture* 14 (2010): xxxvii. At p316.

76 Benedet, Janine, and Isabel Grant. "Taking the stand: Access to justice for witnesses with mental disabilities in sexual assault cases." *Osgoode Hall LJ* 50 (2012): 1. At p29.

77 Bala, Nicholas, Angela Evans, and Emily Bala. "Hearing the voices of children in Canada's criminal justice system: Recognising capacity and facilitating testimony." *Child & Fam. LQ* 22 (2010): 21. At p15-20.

must bear the burden.⁷⁸ Secondly, it is labour intensive. A number of actors are involved from protection officers, social welfare officers, back ground investigators, court liaisons, and rapid response teams among others.⁷⁹ All these put in a lot of time and other resources to ensure the smooth running of the operations. Thirdly, the operation of the programme is covert and confidential in nature.⁸⁰ This is the core foundation of witness protection. This requires absolute loyalty, commitment and teamwork by all those involved so that there are no breaches whatsoever. Any compromises would render the efforts nugatory. Fourthly, balancing the rights of accused persons and the need to protect victims and witnesses.⁸¹ This arises in a situation where the witnesses testify anonymously. The accused may deem that their right to confront their accuser has been compromised especially since most organised crimes are indictable and carry hefty jail terms.⁸² Fifthly, the challenge to the employees suffering the “socio death” phenomenon. This situation arises when a protected witness was employed and all over a sudden he or she becomes redundant.⁸³ Most of them would feel that their world has fallen apart by virtue of witnessing something that may have nothing to do with them directly at least in their minds. Such witnesses usually violate the rules of anonymity as the ‘socio death’ is perceived as worse than the actual death. These witnesses place extreme pressure on their handlers under the program. Sixthly, The challenge of media involvement as they are always intrusive seeking for scoops which could jeopardize the programme by exposing

78 Minnaar, Anthony. “Witness protection programmes-some lessons from the South African experience”. *Acta Criminologica: Southern African Journal of Criminology* 15, nº 3 (2002): 118-133. At p119

79 Slate, Risdon N. “The federal witness protection program: Its evolution and continuing growing pains.” *Criminal Justice Ethics* 16, no. 2 (1997): 20-34. At p20.

80 Mass, Stuart. “The Dilemma of the Intimidated Witness in Federal Organized Crime Prosecutions: Choosing Among the Fear of Reprisals, the Contempt Powers of the Court, and the Witness Protection Program.” *Fordham L. Rev.* 50 (1981): 582. At p590.

81 Bates, Maile Brady. “A Balancing Act: The Rights of the Accused and Witness Protection Measures.” *Trinity CL Rev.* 17 (2014): 143.

82 Momeni, Mercedeh. “Balancing the procedural rights of the accused against a mandate to protect victims and witnesses: An examination of the anonymity rules of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.” *Howard LJ* 41 (1997): 155.

83 O'Malley, Margaret. “Witness intimidation in the digital age: the basics.” *Prosecutor, Journal of the National District Attorneys Association* 48, no. 4 (2014): 12-20.

protected witnesses.⁸⁴ The media both mainstream and the online in their quest to out manoeuvre each other with perceived 'juicy stories' expose many witnesses under protection. Criminal groups have made inroads in all facets of society including the media.⁸⁵ Seventhly, the lack of co-operation from other criminal justice agencies - may frustrate the operations of the witness protection agency.⁸⁶ The judiciary and prosecution must guard against exposing protected witnesses especially during the process of disclosure and the trial proceedings. Concerted efforts must be undertaken to preserve the integrity of witness protection. There have been situations where details of protected witnesses wind up on social media. Eighthly, the slow pace of trials means that witnesses stay on the programme longer which renders it expensive and increases the likelihood of breaches.⁸⁷ The wheels of justice do not move as fast as they should due to many factors. There is need to develop a mechanism of fast tracking cases with protected witnesses to mitigate the attendant challenges. Ninthly, the lack of cooperation of witnesses which results into death⁸⁸ and or the exposure of safe houses as anonymity is compromised. This renders the process of witness protection nugatory.⁸⁹ Tenthly, some witnesses have too many expectations from the witness protection process.⁹⁰ Many would desire for the law enforcement agencies to take care of their economic and social problems. Other witnesses on

84 Yahav, Inbal, David G. Schwartz, and Gahl Silverman. "Detecting unintentional information leakage in social media news comments." In Proceedings of the 2014 IEEE 15th International Conference on Information Reuse and Integration (IEEE IRI 2014), pp. 74-79. IEEE, 2014.

85 Sheptycki, James. "Uneasy truths; criminal-informants, witness protection, trust and legitimacy in the policing of organized crime." In Contemporary Organized Crime, pp. 213-230. Springer, Cham, 2017.

86 McDermott, Yvonne. "Sisyphus Wept: Prosecuting Sexual Violence at the International Criminal Court." In The Ashgate Research Companion to International Criminal Law, pp. 53-89. Routledge, 2016.

87 Kiprono, Wilson, Kibet Ngetich, and Wokabi Mwangi. "Challenges facing Criminal Justice System in relation to witness protection in Kenya." Journal of Humanities and Social Science (2015). At p96

88 In Caryn Moss v DPP CAIS No. 230 of 2018 and DPP v Caryn Moss CAIS 238 of 2018, Caryn Moss lured a protected witness O'Neil Marshal to a location in Nassau from where he was murdered from. She is serving a 35 year sentence. See also <https://thenassauguardian.com/2018/07/06/murdered-man-was-witness-against-die-stubbs-court-hears/> accessed on 15/11/2019.

89 Anderson, John. Gang-related witness intimidation. Bureau of Justice Assistance, 2007.

90 Slate, Risdon N. "The federal witness protection program: Its evolution and continuing growing pains." Criminal Justice Ethics 16, no. 2 (1997): 20-34. At p20.

the program shun their social obligations.⁹¹ In other words they hold the state at ransom. Lastly, the lack of court house witness protection infrastructure. The courts of The Bahamas were constructed without the foresight of having in court protection measures. It follows that the witness would likely be exposed. In the bribery trial of a former Minister Shane Gibson, these inadequacies were evident.⁹² There are no designated entrances for such witnesses. The officers would cover the witness with jackets but make a 50 yard dash to and from the unmarked police car into court. That dash is too long for any would be marks man hell bent to take out a vital witness.

16 FINAL CONSIDERATIONS

Witness protection not only ensures preservation of testimony crucial for the ends of justice but also for the protection of the case. In the absence of key testimony, the prosecution would fail to discharge its high legal burden and standard of proof. The ODPP also is enjoined to protect the public interest and promote administration of justice. In this vain, witnesses by offering to give testimony, they should not be exposed to any form of danger. Otherwise the justice system would be open to the control of the criminal groups. Nonetheless, The Bahamas has taken steps in the right direction towards the protection of witnesses although, a lot still needs to be done.

⁹¹ *Ibid* at p25.

⁹² <https://thenassauguardian.com/2019/10/08/defense-grills-ash-as-gibson-trial-continues/> accessed on 01/11/2019.

PROTEÇÃO DE TESTEMUNHAS NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL DAS BAHAMAS

RESUMO

A proteção das testemunhas está agora firmemente arraigada nos modernos sistemas de justiça criminal, especialmente nas jurisdições que lidam com o crime organizado e violento. É louvável a decisão do governo da Comunidade das Bahamas de promulgar legislação a respeito de medidas processuais, e não processuais, para proteção de testemunhas, dado que o crime violento e organizado é predominante no país. Este artigo destaca os princípios básicos da proteção de testemunhas e a estrutura legal, tanto em nível internacional quanto nacional. Ele também aborda o papel dos principais responsáveis no processo de proteção de testemunhas. Além disso, são exploradas as medidas processuais, e não processuais, adotadas pelos policiais nas Bahamas. E, finalmente, são examinados os desafios encontrados na implementação das medidas de proteção a testemunhas nas Bahamas. O objetivo é ajudar os formuladores de políticas, conselheiros e encarregados de tomar decisões, como parlamentares, a criarem meios e maneiras de erradicar e/ou mitigar os desafios enfrentados na implementação de medidas de proteção a testemunhas nas Bahamas.

Palavras-chave: Proteção de testemunhas. Confidencialidade. Anonimato. Medidas processuais e não processuais. As Bahamas.

REFERENCES

- Allum, Felia; Nicholas Fyfe. **Developments in state witness protection programmes:** the Italian experience in an international comparative perspective. *Policing: A Journal of Policy and Practice* 2, no. 1 (2008): 92-102.
- Anderson, John. **Gang-related witness intimidation.** Bureau of Justice

Assistance, 2007.

Bakibinga, David Baxter. The Role of Prosecutors In Preventing Torture And Ill-Treatment Of Accused Persons And Proposals For Reform. **Revista Acadêmica: Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza 10, no. 1 (2018): 217-235. At p219

Bala, Nicholas, Angela Evans; Emily Bala. **Hearing the voices of children in Canada's criminal justice system: Recognising capacity and facilitating testimony**. *Child & Fam. LQ* 22 (2010): 21.

Bates, Maille Brady. **A Balancing Act: The Rights of the Accused and Witness Protection Measures**. *Trinity CL Rev.* 17 (2014): 143.

Benedet, Janine; Isabel Grant. **Taking the stand: Access to justice for witnesses with mental disabilities in sexual assault cases**. *Osgoode Hall LJ* 50 (2012): 1.

Dandurand, Yvon; Kristin Farr. **A review of selected witness protection programs**. Public Safety Canada, 2012.

Dandurand, Yvon. Strategies and practical measures to strengthen the capacity of prosecution services in dealing with transnational organized crime, terrorism and corruption. **Crime, Law and Social Change**, 47, nº 4-5 (2007): 225-246.

David, Fiona. Law enforcement responses to trafficking in persons: challenges and emerging good practice. **Trends & Issues in Crime & Criminal Justice**, 347 (2007).

Dedel, Kelly. **Witness intimidation**. US Department of Justice Report (2016).

Demleitner, Nora V. Witness Protection in Criminal Cases: Anonymity, Disguise or Other Options?. **The American Journal of Comparative Law**, 46, no. suppl_1 (1998): 641-664.

Doak, Jonathan, and Rebecca Huxley-Binns. Anonymous witnesses in England and Wales: charting a course from Strasbourg?. **The Journal of Criminal Law**, 73, no. 6 (2009): 508-529. At p509

DOGĂREL, Adrian Constantin. The Institutional Framework For Witness Protection. **Journal of Criminal Investigation**, 5, nº 1 (2012). Pp 146-154

Donat-Cattin, David. **Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings**. In *The Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 1682-1712. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2015.

Eikel, Markus. Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice. In **Criminal Law Forum**, vol. 23, no. 1-3, pp. 97-133. Springer Netherlands, 2012.

Fyfe, Nicholas, and James Sheptycki. International trends in the facilitation of witness co-operation in organized crime cases. **European journal of criminology**, 3, n° 3 (2006): 319-355.

Fyfe, Nicholas R.; Heather McKay. Police protection of intimidated witnesses: A study of the Strathclyde police witness protection programme. **Policing and Society: An International Journal**, 10, n° 3 (2000): 277-299.

Goldstein, Abraham S. The victim and prosecutorial discretion: The federal victim and witness protection act of 1982. **Law & Contemp. Probs.** 47 (1984): 225.

Griffin, Leslie C. **The prudent prosecutor**. *Geo. J. Legal Ethics* 14 (2000): 259.

Hamann, Kristine, and Jessica Trauner. Witness Intimidation: What You Can Do To Protect Your Witness. **Prosecutor, Journal of the National District Attorneys Association**, 51, n° 2 (2018): 13-29.

Hanna, Kirsten, Emma Davies, Charles Crothers; Emily Henderson. Child witnesses' access to alternative modes of testifying in New Zealand. **Psychiatry, Psychology and Law**, 19, n° 2 (2012): 184-197.

Hendrardi, Trimulyono. **Securing protection and cooperation of witness and whistle-blowers**. Retrieved from Japan: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_GG4_Seminar/Fourth_GG4Seminar_P68-75.pdf (2011).

Kash, Douglas. **Rewarding confidential informants**: Cashing in on terrorism and narcotics trafficking. *Case W. Res. J. Int'l L.* 34 (2002): 231.

Kiprono, Wilson, Kibet Ngetich, and Wokabi Mwangi. Challenges facing Criminal Justice System in relation to witness protection in Kenya. **Journal of Humanities and Social Science** (2015).

Kramer, Karen. **Witness Protection as a key tool in addressing serious and organized crime**. (2016). Available at https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/GG4/Fourth_GG4Seminar_P3-19.pdf

Kumar, Miiko. **Secret Witness, Secret Information and Secret Evidence**: Australia's Response to Terrorism. *Miss. LJ* 80 (2010): 1371.

Lawson, Raneta J. Lying. **cheating and stealing at government**

expense: striking a balance between the public interest and the interests of the public in the Witness Protection Program. (1992) *Arizona State Law Journal* (1429-59)

Leader, Kathryn. **Closed-circuit television testimony:** Liveness and truth-telling. *Law Text Culture* 14 (2010): xxxvii.

Lusty, David. Anonymous Accusers: An Historical & (and) Comparative Analysis of Secret Witnesses in Criminal Trials. **Sydney L. Rev.** 24 (2002): 361.

Mahony, Chris. **The justice sector afterthought:** Witness protection in Africa. Chris Mahony, *The Justice Sector Afterthought: Witness protection in Africa*, Pretoria: Institute for Security Studies (2010).

Mass, Stuart. The Dilemma of the Intimidated Witness in Federal Organized Crime Prosecutions: Choosing Among the Fear of Reprisals, the Contempt Powers of the Court, and the Witness Protection Program. **Fordham L. Rev.**, 50 (1981): 582.

McDermott, Yvonne. **Sisyphus Wept:** Prosecuting Sexual Violence at the International Criminal Court. In *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, pp. 53-89. Routledge, 2016.

Minnaar, Anthony. Witness protection programmes-some lessons from the South African experience. **Acta Criminologica: Southern African Journal of Criminology**, 15, n° 3 (2002): 118-133.

Momeni, Mercedeh. Balancing the procedural rights of the accused against a mandate to protect victims and witnesses: An examination of the anonymity rules of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. **Howard LJ**, 41 (1997): 155.

Montanino, Fred. Protecting organized crime witnesses in the United States. **International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice**, 14, no. 1-2 (1990): 123-131.

Montanino, Fred. Protecting the federal witness: burying past life and biography. **American Behavioral Scientist**, 27, n° 4 (1984): 501-528.

O'Malley, Margaret. Witness intimidation in the digital age: the basics. **Prosecutor, Journal of the National District Attorneys Association**, 48, n° 4 (2014): 12-20.

Reaves, Brian A.; Timothy C. Hart. *Federal law enforcement officers*, 2008. **BiblioGov**, 2012.

Sheptycki, James. **Uneasy truths; criminal-informants, witness**

protection, trust and legitimacy in the policing of organized crime.

In Contemporary Organized Crime, pp. 213-230. Springer, Cham, 2017.

Slate, Risdon N. The federal witness protection program: Its evolution and continuing growing pains. **Criminal Justice Ethics**, 16, n° 2 (1997): 20-34.

Sutton, Heather. **Crime and Violence in The Bahamas**: IDB Series on Crime and Violence in the Caribbean. Inter-American Development Bank, 2016.

Trotter, Andrew. Witness intimidation in international trials: Balancing the need for protection against the rights of the accused. **Geo. Wash. Int'l L. Rev.**, 44 (2012): 521.

Van Lent, Yorik. **Legal Regulation of Witness Protection in the European Union**. (2019). 139-148 at p.141 Available at <https://repository.mruni.eu/bitstream/handle/007/15526/van%20Lent.pdf?sequence=1>

Vermeulen, Gert, ed. **EU standards in witness protection and collaboration with justice**. Maklu, 2005.

Wald, Patricia M. Dealing with witnesses in war crime trials: Lessons from the Yugoslav Tribunal. **Yale Hum. Rts. & Dev. LJ** 5 (2002): 217.

Ward, Alan George. **Evidence of Anonymous Witnesses in Criminal Courts**: Now and into the Future, The. *Denning LJ* 21 (2009): 67.

Yahav, Inbal, David G. Schwartz, and Gahl Silverman. Detecting unintentional information leakage in social media news comments.

In Proceedings of the 2014 IEEE 15th International Conference on Information Reuse and Integration (IEEE IRI 2014), pp. 74-79. IEEE, 2014.

Legislation

The Constitution of the Commonwealth of the Bahamas, 1973 as amended

The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act, 2011

The Evidence (Amendment) Act, Schedule on Criminal Proceedings

(Evidence By Way of Live Television Link and Video Recording) Rules, 2011.

International Instruments

International Covenant on Civil and Political Rights

The Universal Declaration of Human Rights

Cases

Caryn Moss v DPP CAIS n° 230 of 2018

DPP V Caryn Moss CAIS 238 of 2018

R v Davis [2008] UKHL 36

Prosecutor, court and justice: the Balkans' experience¹

*Jasmina Krštenic*²

*Sadmir Karovic*³

ABSTRACT

The most difficult thing in life is describing yourself and your position without subjectivity and impartiality. Professionals have to do that and to win that complicated game. In this article the authors will try to describe complicated role of public prosecutor during the investigation and before the court representing the indictment. In describing the legal position of public prosecutor, we will have a help from the academic point of view of professor who is objective and impartial, by default. When the crime is committed, gathering evidences is crucial for effective investigations and high quality indictment. The Balkans inherited continental law system and the judge was entitled for investigation until 2003 in Bosnia and Herzegovina and until October 2013 in Republic of Serbia. The experience is important, but there are a lot of questions and doubts related to public prosecutor's role in investigation before the court and after, gathering evidence in the investigation which he is conducting. Professional and ethical behavior of public prosecutors at all times and at all places, hinders the task, but it is an easily accomplished quality by real professionals.

Keywords: Public prosecutor. Investigation. Indictment. Serbia. Bosnia & Herzegovina.

¹ Data de Recebimento: 17/12/2019. Data de aceite: 29/05/2020.

² Deputy Public Prosecutor, Basic Public Prosecutor's Office in Lazarevac, County of Belgrade, Republic of Serbia, member of the Serbian Association of Public Prosecutors and Deputy Public Prosecutors and member of the International Association of Prosecutors. E-mail: happy.end.74@hotmail.com

³ Inspetor policial, Professor assistente, mais que 20 anos de estadia de trabalho e mais que 20 papéis profissionais. E-mail: larovic.s@hotmail.com

1 PUBLIC PROSECUTOR AND STATE OF CRIMINALITY ON THE BALKANS

The process of reform of criminal legal acts, including its three subsystems (material, process and executive) in the last two decades of this century in the area of former Yugoslavia, or it is better if we say on the Balkans, is recognizable by its effort to accomplish protection of human rights. Countries from this region are members of the Council of Europe and their judiciary is under control of the European Court of Human Rights in Strasbourg, France. Radical changes are connected with better protection of human rights of offenders in pre-trial investigation, before the court and after conviction. These countries have ratified number of the international conventions and they have to respect their international obligations. We will focus only on two countries of the Balkans: Republic of Serbia and Federation of Bosnia & Herzegovina. In other countries there are similar legal systems and identical problems and pressure.

Criminal procedural law has substantively changed, because the old concept of investigation has completely changed and now public prosecutor has the main role in pre-trial investigation. There are crucial changes like plea-bargain, something that was unique characteristic of Anglo-Saxon legal system. Those changes meant to improve our criminal procedure, to be an effective way for solving great number of criminal cases. Time will show what has been accomplished.

Organized crime is a complex problem without boundaries. The fight against organized crime has to be transnational. The effort has to be involved in suppression of ordinary crimes, too. Serbia and Bosnia & Herzegovina are small countries, but their geographical situation is suitable for criminal connections. Illegal money does not have nationality. There is one same quality for each organized crime. The element of organization gives strength to the organized

crime.⁴ Changes in criminal procedure started in 2003 in Bosnia & Herzegovina and in October 2013 in Serbia. First steps were made in proceedings of organized crimes, but for society every day's life is much more important and, citizens have to recognize improvements in the area of general criminality. "Democratic concept of working of subjects entitled for putting legal acts in practice...is based on proactive role of all social subjects and citizens who are involved in process of implementation and operational protecting function of modern criminal law in practical sense."⁵

2 PROSECUTORIAL INVESTIGATION

Basic right and basic duty of each public prosecutor is to reveal and prosecute criminal offenders. General jurisdiction of public prosecutor is defined under Article 3 of Serbian Law on Public Prosecution. "In prosecuting criminal offences, economic offences and minor offences, public prosecutors shall act before the court and other state authorities, undertaking actions for which they are authorized by law. Public prosecutors shall act in civil litigation, administrative, enforcement, non-contentious and other proceedings, performing actions for which they are authorized under separate laws. Public prosecutors shall act within the constraints of their material and territorial jurisdiction, within the framework of the jurisdiction of the authorities before whom they are proceeding."⁶

Similar definition has Law on the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina in Article 12:

The Prosecutor's Office shall be the authority competent to

4 Zoran Stojanovic, Politics of suppression of criminality, Faculty of Law, University of Belgrade, 2016, page 105.

5 Sadmira Karovic, Marina M. Simovic, Contemporary criminal law and possibilities of politics of suppression of criminality-current situation, perspectives and expectations (II part), Extract of case law, number 5/2019, "Glosarijum", Belgrade, 2019, page 65.

6 Law on Public Prosecution, „Official Gazette of the Republic of Serbia“, No. 116/08, 104/2009, amended by Law on amendments and supplements to the Law on Public Prosecution, published in "Official Gazette of RS", no. 101/2010.

investigate the offences for which the Court of Bosnia and Herzegovina is competent, and to prosecute offenders before the Court of Bosnia and Herzegovina, in accordance with the Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina and other applicable laws. 2. The Prosecutor's Office shall be the authority competent to receive requests for international legal assistance in criminal matters as stipulated by law, multilateral and bilateral treaties and conventions, including requests for extradition or surrender of persons sought, from Courts or authorities within the territory of Bosnia and Herzegovina and from other States or International Courts or Tribunals. Where a court decision is necessary to carry out the request, the Prosecutor's Office shall be competent to make application for such decision. 3. The Special Departments shall *inter alia* undertake measures defined by law with a view to investigating and prosecuting the perpetrators of War Crimes, Organized Crime, Economic Crime and Corruption offences as provided by Law, when provision is made in the said laws that the Court of Bosnia and Herzegovina has such jurisdiction."⁷

The new concept of investigation in both countries for important investigative actions entitles police which helps public prosecutor in his work.

Rights and duties of public prosecutor in the Republic of Serbia are defined in Article 43: "The basic right and the basic duty of the public prosecutor are to prosecute the perpetrators of criminal offences. In the case of criminal offences prosecutable *ex officio*, the public prosecutor is authorized to: 1) manage pre-investigation proceedings; 2) decide on not undertaking or deferring criminal prosecution; 3) conduct investigations; 4) conclude plea agreements and agreements on giving testimony; 5) file and represent an indictment before a competent court; 6) abandon charges; 7) file appeals against court decisions which are not final and submit extraordinary legal remedies

⁷ Law on the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina, published in "Official Gazette" of Bosnia and Herzegovina, 24/02, 3/03, 37/03, 42/03, 9/04, 35/04, 61/04.

against final court decisions; 8) conduct other actions when specified by this Code.”⁸

In Bosnia and Herzegovina public prosecutors rights and duties are defined by Article 35:” The basic right and the basic duty of the Prosecutor shall be the detection and prosecution of perpetrators of criminal offenses falling within the jurisdiction of the Court. (2) The Prosecutor shall have the following rights and duties: a) as soon as he becomes aware that there are grounds for suspicion that a criminal offense has been committed, to take necessary steps to discover it and investigate it, to identify the suspect(s), guide and supervise the investigation, as well as direct the activities of authorized officials pertaining to the identification of suspect(s) and the gathering of information and evidence; b) to perform an investigation in accordance with this Code; c) to grant immunity in accordance with Article 84 of this Law d) to request information from governmental bodies, companies and physical and legal persons in Bosnia and Herzegovina; e) to issue summonses and orders and to propose the issuance of summonses and orders as provided under this Code; f) to order authorized officials to execute an order issued by the Court as provided by this Code; g) to establish facts necessary for deciding claim under property law in accordance with Article 197 and for forfeiture of property gain obtained by commission of criminal offense in accordance with Article 392 of this Law, h) to propose the issuance of a warrant for pronouncement of the sentence pursuant to Article 334 of this Code; i) to issue and defend indictment before the Court; j) to file legal remedies; k) to perform other tasks as provided by law. (3) In accordance with Paragraphs 1 and 2 of this Article, all bodies participating in the investigative procedure are obligated to inform the Prosecutor on each undertaken action and to act in accordance with every Prosecutor’s request.”⁹

8 The Criminal Procedure Code, “Official Gazette of RS”, no 72/2011 and 101/2011, Article 43.

9 Criminal procedure code of Bosnia and Herzegovina, “Official Gazette” of Bosnia and Herzegovina, 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08,

Rights and duties are similar just like problems in practice. According to law, many subjects have duty to act upon public prosecutor's request. In Serbia: "All authorities participating in the pre-investigation proceedings are required to notify the competent public prosecutor of all actions taken with the aim of detecting a criminal offence and locating a suspect. The police and other public authorities responsible for discovering criminal offences are required to comply with every request of the competent public prosecutor. Where the police or other public authority does not comply with a request of the public prosecutor referred to in paragraph 1 of this Article, the public prosecutor will immediately notify thereof the head of that authority, and may, if needed, also notify the competent minister, the Government or the competent working body of the National Assembly. If within 24 hours of the time when the notification referred to in paragraph 2 of this Article was received, the police or other public authority fails to comply with the request of the public prosecutor referred to in paragraph 1 of this Article, the public prosecutor may request the institution of disciplinary proceedings against the person who he believes is responsible for not complying with his request."¹⁰

In Bosnia and Herzegovina, public prosecutor supervises the work of authorized officials according to the Article 218: " (1) If there are grounds for suspicion that a criminal offense has been committed that carries a prison sentence of more than five (5) years, an authorized official shall immediately inform the Prosecutor and shall, under the Prosecutor's direction, take the steps necessary to locate the perpetrator, to prevent the suspect or accomplice from hiding or fleeing, to detect and secure the clues to the criminal offense and objects which might serve as evidence and to gather all information that might be of use for the criminal proceedings. (2) If there are grounds for suspicion that the criminal offense referred to in Paragraph 1 of

58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13.

10 The Criminal Procedure Code, "Official Gazette of RS", no 72/2011 and 101/2011, Article 44.

this Article has been committed, and the delay would pose a risk, an authorized official is obligated to carry out necessary actions in order to fulfill the tasks referred to in Paragraph 1 of this Article. When carrying out these actions, the authorized official is obligated to act in accordance with this Code. The authorized official shall be bound to inform the Prosecutor on all taken actions immediately and deliver the collected items that may serve as evidence. (3) If there are grounds for suspicion that a criminal offense has been committed that carries a prison sentence of up to five (5) years, an authorized official shall inform the Prosecutor of all available information, actions and measures performed no later than seven (7) days after forming the grounds for suspicion that a criminal offense has been committed.”¹¹

A Public prosecutor in his work has to act objectively and impartially. He collects evidence against the offender and in his favor. His legal role is to seek justice.

Public prosecutor has professional and ethical obligations and has to conduct under Ethical Code¹² and International standards¹³. There are a lot of prosecutorial qualities defined by IAP Standards. Impartiality is crucial for performing duties without fear, favor or prejudice, unaffected by individuals or media, with regard only to the public interest and specially: in accordance with local law or the requirements of a fair trial, seek to ensure that all necessary and reasonable enquiries are made and the result disclosed, whether that points towards the guilt or the innocence of the suspect; and always search for the truth and assist the court to arrive at the truth, and to do justice between the community, the victim and the accused according to law and the dictates of fairness.¹⁴

11 Criminal procedure code of Bosnia and Herzegovina, “Official Gazette” of Bosnia and Herzegovina, 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13.

12 Ethical Code of Public Prosecutors and Deputy Public Prosecutors in Republic of Serbia, „Official Gazette of RS“, no 87/2013 and Code of Prosecutorial Ethics, „Official Gazette“ of Bosnia and Herzegovina, 13/06, 32/15.

13 Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Rights of Prosecutors by International Association of Prosecutors (IAP-Standards), 23/04/1999, [www.iap-association.org/getattachment/Resources-Documentation/IAP-Standards-\(1\)/IAP_Standards_Oktober-2018_FINAL_20180210.pdf.aspx](http://www.iap-association.org/getattachment/Resources-Documentation/IAP-Standards-(1)/IAP_Standards_Oktober-2018_FINAL_20180210.pdf.aspx)

14 IAP Standards, Article 3.

Public prosecutor shake at all times maintain the honor and dignity of their profession, always conduct themselves professionally, in accordance with the law and the rules and ethics of their profession, at all times exercise the highest standards of integrity and care, keep themselves well-informed and abreast of relevant legal developments, strive to be, and to be seen to be, consistent, independent and impartial, always protect an accused person's right to a fair trial, and in particular ensure that evidence favorable to the accused is disclosed in accordance with the law or the requirements of a fair trial, always serve and protect the public interest, respect, protect and uphold the universal concept of human dignity and human rights.

After collecting evidence, it is expected from public prosecutor to decide cases only on well-founded evidence, reasonably believed to be reliable and admissible. His struggle before the court is more difficult now in this changed system. Maybe, sometimes, he can act like public prosecutor in Germany where the public prosecutor "... may take a case to trial even where he is not fully convinced of the suspect's guilt as long as he thinks that the court will be able to resolve remaining doubts at the trial."¹⁵

The Court has taken procedural role just to hear evidence from both parties without any active role even when it has opportunity and reasonable chance to involve in procedure.

Public prosecutor often has a feeling that he is the only one procedural subject who is interested in rule of law and getting the justice from usually unjustified legal situation. He has to be a good orator, maybe almost perfect orator, to think quickly and to ask the right question each time he has the opportunity.

¹⁵ Weigend, *Toward a Prosecutor for the European Union*, Volume 1 A: Comparative Analysis, ed. Ligeti (Hart publishing 2013), page 292.

3 PROSECUTORIAL PERSUE FOR JUSTICE FROM PROFESSIONAL AND ACADEMIC VIEW

Reform process of criminal procedural law in the area of former Yugoslavia did not pass national criminal procedural systems in Serbia and Bosnia and Herzegovina. There were a strong trend for efficiency of the criminal procedure and recognizing of human rights as imperative of nowadays. Academics would always say that professionals could do more, but reality brings complicated situations and solving those problems, often, is difficult task. Practice make case law and professionals learn from each case to conduct thorough and objective investigations, to write firm based indictment. A Prosecutor has to give a brief presentation of case, to secure the highest standards of impartiality, objectivity and high ethical approach. He or she must be an excellent investigator, presenter of evidence and orator, no matter in which country, and which legal system he or she is entitled for public prosecution. A courtroom is not a classroom. There are lives of people and their interests which public prosecutor has to protect. He must be highly educated, well trained and prepared for constant professional trainings. It is a lifelong learning and it is important for judicial professions. After he has done everything that is possible, then no one can blame him if anything goes wrong, neither professional nor academic colleagues. He is seeking for justice, but justice has many faces. From the eyes of criminal and victim it is not the same thing. Public prosecutor has its own justice, which has to be the only right one based on the evidence. The crime scene is the laboratory and courtroom, the battlefield.

4 FINAL CONSIDERATIONS

This is a short review of prosecutorial profession from our point of view in the Balkans, were the judiciary role of public prosecutor has

been changed completely recently and, it takes time for our colleagues, public prosecutors, to adjust to the new prosecutorial system. We tried to explain the legal obligations and rights of public prosecutor, what he has to do and what he could do in order to accomplish all his or hers professional tasks. The judiciary in the Balkans' countries has the same legal roots and "suffers" from the same "child illness". Process of legal reforms has started several years ago. Prosecutorial practice has been made each day. We have presented legal acts in both countries, practical work of public prosecutors, ethical behavior, their investigation and their "struggle" before the court in order to reach justice. This article has aim to give an insight of prosecutorial work in our countries to our colleagues all around the world.

PROMOTOR, TRIBUNAL E JUSTIÇA: A EXPERIÊNCIA DOS BALCÃS

RESUMO

A coisa mais difícil da vida é descrever você mesmo e sua posição sem subjetividade e imparcialidade. Profissionais têm que fazê-lo e ganhar esse complicado jogo. Neste artigo os autores tentarão descrever o papel complicado do Promotor Público durante a investigação e ao representar uma acusação em tribunal. Descrevendo a posição legal de um Promotor Público, teremos a assistência de um professor acadêmico que é, em regra, objetivo e imparcial. Quando o crime é cometido, reunir evidências é crucial para uma investigação eficaz e uma acusação de alta qualidade. Os Balcãs herdaram o sistema do direito continental e os juízes estavam encarregados de conduzir a investigação até 2003 na Bósnia e Herzegovina e, até outubro de 2013, na República da Sérvia. A experiência é importante, mas há muitas perguntas, e dúvidas, relativas ao papel do Promotor Público na investigação, e perante o tribunal, depois de reunir evidências

durante a investigação, que ele está conduzindo. Conduta profissional e ética do Promotor Público, a qualquer momento, e em qualquer lugar, dificulta a tarefa, mas uma esta é facilmente realizada por um verdadeiro profissional.

Palavras-chave: Promotor Público. Investigação. Acusação. Sérvia. Bósnia e Herzegovina.

REFERENCES

Zoran Stojanovic, Politics of suppression of criminality, Faculty of Law, University of Belgrade, 2016.

Sadmir Karovic; **Marina M. Simovic. Contemporary criminal law and possibilities of politics of suppression of criminality-current situation, perspectives and expectations (II part), Extract of case law.** Number 5/2019, "Glosarijum", Belgrade, 2019.

Weigend, Toward. **A Prosecutor for the European Union, Volume 1 A: Comparative Analysis**, ed. Ligeti (Hart publishing 2013).

Law on Public Prosecution. **Official Gazette of the Republic of Serbia**, No. 116/08, 104/2009, amended by Law on amendments and supplements to the Law on Public Prosecution, published in „Official Gazette of RS“, no. 101/2010.

Law on the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina, published. *In: Official Gazette*, of Bosnia and Herzegovina, 24/02, 3/03, 37/03, 42/03, 9/04, 35/04, 61/04

The Criminal Procedure Code. **Official Gazette of RS**, nº 72/2011 and 101/2011, Article 43

Criminal procedure code of Bosnia and Herzegovina. **“Official Gazette”**, of Bosnia and Herzegovina, 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13.

Ethical Code of Public Prosecutors and Deputy Public Prosecutors in Republic of Serbia, **Official Gazette of RS**, nº 87/2013 Code of Prosecutorial Ethics, „Official Gazette“ of Bosnia and Herzegovina, 13/06,

32/15 Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Rights of Prosecutors by International Association of Prosecutors (IAP-Standards), [www.iap-association.org/getattachment/Resources-Documentation/IAP-Standards-\(1\)/IAP_Standards_Oktober-2018_FINAL_20180210.pdf.aspx](http://www.iap-association.org/getattachment/Resources-Documentation/IAP-Standards-(1)/IAP_Standards_Oktober-2018_FINAL_20180210.pdf.aspx)

Da coculpabilidade à coculpabilidade às avessas: as duas faces do princípio da igualdade no direito penal¹

Júlia Gmeiner Caminhag Lopes²

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira³

RESUMO

O artigo trata da análise da culpabilidade perpassando pela avaliação da teoria da coculpabilidade em suas vertentes. Ao examinarmos as asserções da coculpabilidade, verificamos sua adequação ao tecido social e viabilidade de enquadramento jurídico, notadamente, dentro da aplicação da pena. Feito isso, o artigo centra suas atenções na coculpabilidade às avessas, uma vez que se a coculpabilidade fundamenta-se no isolamento do agente da presença do mínimo vital constitucionalmente previsto seria (in)correto avaliar a possibilidade de assentar uma pena mais elevada, quando o agente, malgrado, tenha várias oportunidades para desenvolvimento de seu potencial como ser humano, envereda-se para a prática de delitos. Nessa perspectiva, ponderamos que a incidência da coculpabilidade às avessas demanda certa modificação legislativa, o que foi aduzido ao final do presente estudo. Em síntese, elucidar o papel dessas figuras dentro da teoria da pena é o objetivo deste artigo.

1 Data de recebimento: 09/06/2020. Data de aceite: 29/05/2020.

2 Advogada; Pós-Graduada em Direito Ambiental e Urbanístico na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: julia.gcaminhag@outlook.com

3 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos – Universidade de Coimbra; Doutor em Direito Penal e Política Criminal – Universidade de Granada; Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais – Universidade Estadual de Maringá; Especialista em Direito e Processo Penal – Universidade Estadual de Londrina; Professor Visitante na Especialização em Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Poços de Caldas; Professor Adjunto de Direito Penal, Processo Penal e Direito Administrativo – Libertas Faculdades Integradas e Defensor Público/MG. E-mail: flavioaugustos@yahoo.com.br

Palavras-chave: Culpabilidade. Aplicação da pena. Princípio da igualdade.

1 INTRODUÇÃO

Luis Gracia Martin evidencia, em sua obra, a necessidade de que o Direito Penal Econômico, considerado como uma das espécies do Direito Penal moderno, seja estruturado em conformidade com a teoria clássica do delito. Em outras palavras, que seus aspectos peculiares, em razão da natureza dos bens jurídicos que visa tutelar, sejam contemplados, necessariamente, por premissas compatíveis com a dogmática penal, a fim de que se resguarde sua credibilidade.

Referido autor, afirma, então, que “o discurso da modernização deve se esforçar por constituir seus próprios objetos e por formular seus próprios enunciados fora do âmbito no qual o discurso crítico se desenvolve”. (2005, p. 116).

Essa busca por credibilidade e legitimidade dogmática deve ocorrer, ainda, segundo Gracia Martin, pois a “tarefa fundamental de uma disciplina do Direito penal autenticamente científica é vencer a mencionada resistência e impor o Direito penal moderno ajustado com o nosso tempo histórico e exigido pela ética e pela justiça”. (2005, p. 148).

Nessa perspectiva, clamando pela legitimidade dogmática do Direito Penal Econômico, Jorge Figueiredo Dias, após traçar, temporariamente, as fases de desenvolvimento do Direito Penal Econômico, assevera para que a “a intervenção do direito penal econômico não seja subordinada à obtenção de finalidades puramente políticas; como hoje, mesmo em textos internacionais, se pretende traduzir através das expressões, político-criminalmente inadmissíveis, da luta ou guerra ao crime, ou, ainda menos, do *governing through crime*”. (2012, p. 541)⁴.

⁴ Segue o autor dizendo: “Ponto é que, numa palavra, a intervenção do direito penal econômico em sentido estrito possa, pelo contrário, reivindicar-se a cada momento da fonte de legitimação própria

Importante destacar que nosso subsídio científico se insere no entendimento de que o processo de legitimação do Direito Penal econômico deve ser pautado pelo seguinte contexto:

[...] um processo de constituição de objetos de criminalidade completamente novos e de formulação de enunciados de criminalização desses mesmos objetos, para a formação de um discurso de criminalização completamente novo e fora dos limites do campo discursivo de um Direito penal constituído e estruturado como uma disciplina articulada essencialmente em torno dos postulados sociais e políticos-liberais da Ilustração. (MARTIN, 2005, p. 116).

Ressalta-se que invocar pela independência do Direito Penal, notadamente econômico, no que diz respeito à lógica liberal da ilustração, não implica em desvincular referido ramo da Ciência Penal das premissas dogmáticas finalistas adotadas pelos autores.

Desta forma, almejando alcançar nosso propósito, trabalharemos, inicialmente, com o conceito de culpabilidade e suas vertentes no Direito Penal e, em seguida, trataremos da concepção criminológica de coculpabilidade e coculpabilidade às avessas, para, ao final, formularmos nossa proposta.

2 A CULPABILIDADE COMO MEDIDA DA PENA

Inicialmente, cumpre-nos elucidar que “a culpabilidade apresenta-se nas ciências penais com diversos significados e funções, dentre os quais se destacam as funções de princípio constitucional, limite do poder punitivo e elemento do conceito analítico”. (GUILHERME, 2018, p. 41). Cezar Roberto Bitencourt realiza de forma didática a diferenciação entre as vertentes da culpabilidade, senão vejamos:

Em primeiro lugar, a culpabilidade como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação

de todo o direito penal” (2012, p. 541).

de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma- que constituem os elementos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade- como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada é claro, a outros fatores, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – vista como conceito contrário à responsabilidade objetiva, ou seja, com o identificados e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva. (2009, p. 353).

Estudioso acerca do tema coculpabilidade, Grégore Moura elenca, ainda, seis dimensões da culpabilidade, quais sejam:

a. elemento do conceito analítico de crime – crime é fato típico, antijurídico e culpável; b. fundamento da pena- não basta que o fato seja típico e antijurídico, é preciso que haja culpabilidade- juízo de valor que reprova socialmente o injusto; c. limite e medida da pena- ou seja, o agente só pode ser punido na medida de sua culpabilidade- Vê-se aqui a ligação com o princípio da suficiência e da necessidade acima exposto. d. atua na aplicação da pena, ou seja, a culpabilidade também é utilizada como circunstância judicial na fixação da pena-base pelo magistrado, na forma do art. 59 do Código Penal; e. veda a responsabilidade objetiva do cidadão – com a transposição do dolo e da culpa para o tipo penal, não há o cometimento de fato típico sem culpa em sentido amplo; f. veda a culpabilidade de autor e consagra a culpabilidade de fato – o agente responderá pelo fato que efetivamente cometeu e não pela pessoa que é [...]. (2015, p. 51).

Interessa-nos aqui, especialmente, a percepção da culpabilidade em seu conceito material, como determinação ou medição da pena, a qual nos “permite afirmar uma maior ou menor culpabilidade e,

consequentemente, influir na medida da pena” (SIQUEIRA, 2016, p. 97), notadamente, no que se refere aos crimes do colarinho branco. A respeito da dimensão formal e material da culpabilidade, onde, na primeira vertente, temos os requisitos exigidos para a formulação do juízo de censurabilidade e, no segundo, os aspectos referentes a avaliação concreta da liberdade na conduta. (BUSATO, 2011).

Nessa senda, ressaltamos que o fato de adotarmos como norte a culpabilidade limite da pena, em seu sentido material, implica, necessariamente, em reconhecer, dentre outras, a finalidade retributiva da pena, segundo os ditames do finalismo. (SIQUEIRA, 2016).

Esclarecidas essas premissas, demonstraremos a alocação da culpabilidade, fundamento da pena, no ordenamento jurídico, qual seja, no processo de dosimetria da pena, especificamente como circunstância judicial, vejamos.

Segundo se depreende do art. 68 do Código Penal Brasileiro, o resultado da pena a ser aplicada ao agente será obtido pelo julgador mediante a realização de um processo trifásico, o qual é descrito de forma esclarecedora por Rogério Greco, citamos:

[...] Inicialmente, deverá o julgador encontrar a chamada pena-base, sobre a qual incidirão os demais cálculos. Nos tipos penais incriminadores existem uma margem entre as penas mínima e máxima, permitindo ao juiz, depois da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do Código Penal, fixar aquela que seja mais apropriada ao caso concreto [...] Depois de fixar a pena-base, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas na Parte Geral do Código Penal (arts. 61 e 65). [...] O terceiro momento de aplicação da pena, diz respeito às causas de diminuição e de aumento [...]. (2015, p. 629-631).

Conforme explicitado, na primeira fase, para o cálculo da pena-base, o juiz tem, como critérios norteadores, as circunstâncias judiciais⁵ descritas no art. 59 do Código Penal, dentre as quais se

5 Nos socorremos aos ensinamentos de Luis Régis Prado a fim de elucidar o conceito de circunstâncias

encontra a culpabilidade, limite da pena, objeto de nossa análise.

Neste ponto, a culpabilidade impõe ao julgador que “examine a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu”. (BITENCOURT, 2009, p. 627).

Salienta-se que, no que diz respeito à definição de culpabilidade, a doutrina faz uso da expressão “reprovabilidade da conduta do autor” para se referir à culpabilidade como substrato do crime e, ainda, para referenciar a culpabilidade como limite da pena, o que nos permitiu empregar essa concepção em ambos os contextos.

O desenho da reprovabilidade dentro da culpabilidade deve ser formado, na percepção de Álvaro Mayrink, mencionado por Leonardo Siqueira, levando em consideração, dentre outros fatores, as “circunstâncias culturais e econômicas, pois a vida anterior e a conduta posterior ao injusto possuem um grande significado para os fatores de uma justa resposta penal e para a punição do injusto”. (COSTA, 2016, p. 62), o que de certa maneira, coaduna com o que nos propomos a enfatizar adiante, no âmbito dos crimes do colarinho branco.

Nesse contexto de busca pelo preenchimento da estrutura da culpabilidade⁶, enquanto medida da pena, Zaffaroni desenvolveu a tese criminológica de vulnerabilidade social como fundamento material da culpabilidade, a qual parte da premissa de que “a culpabilidade não

judiciais: “As denominadas ‘circunstâncias judiciais’, são, em verdade, fatores legais de medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal. O artigo 59, caput, do Código Penal refere-se à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Tais circunstâncias nortearão a individualização judicial da pena, com vistas à fixação da pena-base” (2014, p. 428).

⁶ No artigo “Coculpabilidade às avessas: os dois lados de uma moeda”, encontramos a construção do seguinte raciocínio, relacionando culpabilidade com coculpabilidade: “a culpabilidade é um conceito eminentemente graduável, é dizer, admite graus de reprovabilidade, de sorte que, quando os limites da autodeterminação se encontram tão reduzidos que só resta a possibilidade física, mas o nível de autodeterminação é tão baixo que não permite a sua revelação para efeitos da exigibilidade desta possibilidade, estar-se-á diante de uma hipótese de inculpabilidade. Nesse contexto teórico é que vem ganhando espaço a teoria da coculpabilidade, vez que, por questões sociais, determinados sujeitos têm maior âmbito de autodeterminação, o que poderia levar a um maior grau de reprovação, em prol da teoria da coculpabilidade às avessas” (TANURE, FERREIRA, 2014, p. 125).

é uma reprovação ética, apesar de ter uma base ética, pois a seleção se dá através da vulnerabilidade do agente”. (SIQUEIRA, 2016, p. 122). Parafrazeado o referido autor, Leonardo Siqueira leciona que:

O que ele quer enfatizar aqui é que a criminalização passa por poucos, com o intuito de afirmar que a culpabilidade tradicional- reprovabilidade sobre o autor do fato – perde a sua legitimidade ética, tendo em vista que a seleção ocorre, primordialmente, em relação àqueles que se encontram em uma situação concreta de vulnerabilidade. (2016, p. 122).

Em conclusão, para Zaffaroni, o conceito material de culpabilidade, em sua relação com a medida da pena, “está ligado ao esforço que o agente realiza para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade social, o quão vulnerável ele está para ser ‘fisgado’ pelas agências penais”. (2016, p. 123).

Tendo em conta o fio condutor do presente artigo, ocuparemos, a seguir, da vulnerabilidade social como fundamento material da culpabilidade, também conhecida como coculpabilidade.

3 COCULPABILIDADE OU CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: CONCEITO E ORIGEM

Não há nada mais didático do que iniciar a explanação acerca de um instituto com a sua conceituação. Assim o faremos com relação à coculpabilidade. Para tanto, citamos as lições de Grégoire Moura:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal. (2015, p. 59).

Elucidando questões pontuais acerca de terminologia, Grégore Moura assevera que o termo coculpabilidade pode ser entendido como sinônimo de culpabilidade por vulnerabilidade (2015), entendimento ao qual nos filiamos.

Cumpre-nos ponderar, entretanto, acerca da existência de linha de pensamento em sentido diverso, isto é, distinguindo coculpabilidade e culpabilidade por vulnerabilidade. Este entendimento é capitaneado por Zaffaroni, seguido também por Lázaro Samuel, segundo o qual “a coculpabilidade analisa a vulnerabilidade socioeconômica, ao passo que, a culpabilidade pela vulnerabilidade também engloba a vulnerabilidade psíquica”. (2018, p. 136).

Apesar da diferenciação existente entre as duas nomenclaturas, atribuiremos maior ênfase “à questão socioeconômica do agente, que o faz ser marginalizado e desprovido das condições mínimas de vida digna” (GUILHERME, 2018, p. 137), o que não implicará em maiores consequências com relação à terminologia, tendo em vista os fins do presente trabalho.

Realizadas essas considerações distintivas, com relação ao significado estrutural da palavra coculpabilidade, Grégore Moura atinge a seguinte exegese:

[...] o prefixo ‘co’ quer dizer estar junto, em comum, que divide algo, etc. Dá a noção de que o Estado está junto, participa indiretamente, é também responsável indireto pelo cometimento de delitos, devendo procurar formar de minimizar a criminalidade na busca do bem comum. E o complemento ao prefixo, isto é, o termo culpabilidade, significa que o Estado em virtude de sua reiterada inadimplência no cumprimento de seus deveres, em especial aqueles relativos à inclusão socioeconômica de seus cidadãos, deve aos acusados, que se encontram na situação de hipossuficientes e desde que esta situação tenha influencia na conduta delitiva, menor reprovabilidade. (2015, p. 63).

O mencionado autor faz, ainda, dois esclarecimentos importantes para a completa compreensão da temática da coculpabilidade.

O primeiro se refere ao fato de que “a palavra culpabilidade não é usada aqui em sua acepção dogmática, mas, sim, como uma forma de responsabilização indireta do Estado dada sua omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais”. (2015, p. 63).

O segundo ponto diz respeito à impossibilidade de se conceber que o Estado, através do reconhecimento da coculpabilidade, seja colocado em patamar de réu em sua acepção penal. Dito de outra forma, “o Estado, como detentor do jus puniendi, é incapaz de cometer delitos e sofrer sanções penais”. (MOURA, 2015, p. 63).

Da concepção de Zaffaroni, responsável pelo desenvolvimento da culpabilidade por vulnerabilidade, extraímos o raciocínio de que esta atua como “um corretor fático da culpabilidade pelo ato. Assim, permite-se reduzir a responsabilidade penal do sujeito a partir da vulnerabilidade em que ele está exposto ao exercício do poder punitivo”. (GUILHERME, 2018, p. 134).

Ainda em referência à definição de coculpabilidade, Nilo Batista, citando a missão de individualização judicial da pena, a qual é alcançada pelo instituto em análise, faz as seguintes ponderações:

Trata-se de considerar, no juízo da reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu. (2007, p. 105).

Importante contextualizar as origens e motrizes da coculpabilidade. Para tal, destacamos três momentos possíveis de seu surgimento, sendo eles; “no século XVIII com as ideias iluministas, nos direitos socialistas⁷ e no início do século XX”. (MOURA, 2015, p. 65).

⁷ Consignamos que “a relação da coculpabilidade com o socialismo é refutada por Jovacy Peter Filho, primeiro por uma razão historiográfica, já que na visão do autor não há nenhum país que tenha experimentado e alcançado um estágio de socialismo real; e outra de ordem lógica, já que o reconhecimento

Diante da impossibilidade do reconhecimento exato de sua criação⁸, nos associamos à posição de Grégore Moura, de modo que a coculpabilidade teve seus fatores ensejadores no período iluminista, porém, veio a se concretizar somente no Direito Penal socialista. Segundo as ilações do referenciado autor:

[...] as ideias trazidas pelos iluministas, quando da sua aplicação pelos Estados liberais, propiciaram um liberalismo e um individualismo exacerbado, o que ocasionou o aprofundamento das desigualdades sociais e a sensação de que o Direito é um instrumento de controle social para manter o controle das classes sociais ditas inferiores. [...] Com efeito, o Direito Penal socialista busca não só a igualdade formal, mas também a igualdade material, propondo uma análise do direito como produto das condições econômicas de um país. Visto por esse ângulo, a coculpabilidade surgiu no direito socialista, pois não é nada mais do que o reconhecimento da igualdade material, por meio da co-responsabilização indireta do Estado iluminista em não criar oportunidades iguais de inclusão social aos seus cidadãos [...]. (2015, p. 68).

Na obra Coculpabilidade penal, uma questão social, o autor Lázaro

da responsabilidade do Estado pela prática de um crime é próprio das sociedades democráticas, nas quais a desigualdade social é reconhecida e aceita, o que é inaceitável num país socialista". (PETER FILHO, 2011, p.61).

8 Acerca da origem da coculpabilidade, faz-se pertinente mencionar duas teorias criminológicas que, de certa forma, influenciaram em sua formação, quais sejam a teoria da Responsabilidade Social de Enrico Ferri e a readaptação da teoria da anomia de Durkheim, realizada por Roberto Merton. A respeito da tese de Enrico Ferri e sua relação com a coculpabilidade tenciona elucidar que "na responsabilidade social, quando se nega o livre-arbítrio, propõe-se um determinismo social do indivíduo, ou seja, seu comportamento e suas condições fisiopsíquicas são influenciados pelo ambiente no qual se está inserido. A coculpabilidade também propõe uma análise social do delito, no sentido de que o crime é um fato social; logo, na aplicação e na execução da pena, essas condições socioeconômicas devem ser consideradas, bem como deve ser feita a análise do meio ambiente em que vive o indivíduo, até como forma de individualizar o fato-crime por ele praticado. Todavia, não defende a co-culpabilidade a adoção de um determinismo; ao contrário, busca um meio-termo entre a questão do livre-arbítrio e o determinismo, ou seja, a vontade do agente é livre, porém, na maioria das vezes, pode ser "contaminada", "viciada", pelas condições adversas em que vive, o que gera, portanto, um poder de escolha mais restrito, ensejando menor reprovabilidade (MOURA, 2015, p.75-76). Relativamente à teoria de Merton, esta pode ser apontada, em maior medida, como uma das peças estruturantes da coculpabilidade, haja vista concluir pela "inadimplência do Estado que não disponibiliza a todos o acesso aos meios institucionalizados, sendo, pois, o grande responsável pelo desequilíbrio entre os objetivos culturais (ter dinheiro, sucesso profissional, consumir, gerar desenvolvimento econômico, produzir, etc.) e os meios institucionalizados para atingir tais objetivos (estudar, seguir as regras de trato social, obedecer às leis, etc.) [...] Com efeito, permite estabelecer menor reprovação penal para aqueles que sofrem maior pressão anômica em virtude da tensão gerada pelo desequilíbrio entre os objetivos culturais e os meios institucionais". (2015, p. 80).

Samuel, de forma mais individualizada, remete o nascedouro da coculpabilidade ao “Plano de Legislação Criminal”, de Jean Paul Marat, político expoente do período da Revolução Francesa e propagador do contratualismo de Rousseau. (GUILHERME, 2018, p. 111).

Partir do pressuposto de que Marat adotava os ideais contratualistas, nos permite afirmar com segurança que sua premissa era a de que “o direito de punir do Estado não pode subsistir quando o próprio Estado não cumpre com sua função de garantir os direitos básicos aos cidadãos” (GUILHERME, 2018), aludindo, portanto, ao que hoje conhecemos como coculpabilidade.

Paul Magnaud, juiz de Direito francês, também pode ser apontado como um dos escultores da coculpabilidade como hoje é conhecida, vez que, em suas decisões, considerava como fator atenuante e até mesmo absolutório, a condição social miserável do agente. Leyret, aludido por Guilherme (2018, p. 116) menciona o seguinte caso concreto decido por Magnaud, vejamos:

Outro caso analisado pelo juiz Magnaud é o de Luisa Ménard (04/ 03/1898), ré confessa do furto de um pão da padaria. Magnaud ressaltou as condições sociais em que vivia a acusada: mãe de um filho de 2 anos, desempregada, sem ter o que dar de comida para seu filho. A situação era tão periclitante, que Luisa e sua mãe estavam há 36 horas sem comer. Ao fundamentar o juízo absolutório, Magnaud destaca que essa condição social adversa, provocada pela própria sociedade, tem o condão de reduzir o campo de livre-arbítrio do ser humano.

Há ainda a vertente defendida pelo professor Nilo Batista, segundo a qual as raízes da coculpabilidade estão na teoria normativa da culpabilidade de Reinhard Frank. Referida teoria parte da premissa de que “determinadas condições sociais e mentalidades morais que influenciam no âmbito de determinação do sujeito e, por isso, têm relevância penal”. (2018, p. 119).

Mais recentemente, apontamos Zaffaroni como responsável por

“desenvolver, de forma mais teórica e dogmática, a coculpabilidade” (GUILHERME, 2018, p. 117), através da culpabilidade por vulnerabilidade. Ainda que resguardadas as diferenças entre as duas expressões, conforme apontado acima, não se pode deixar de entender que, de certa maneira, a culpabilidade por vulnerabilidade é uma evolução da coculpabilidade. O referido autor faz a seguinte introdução acerca da culpabilidade por vulnerabilidade:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI, 2019, e-book).

Zaffaroni tem como fio condutor de seu pensamento o axioma de que “quanto menor for o estado de vulnerabilidade, maior deverá ser o esforço empreendido pelo sujeito. Por outro lado, quanto maior for a sua condição social de vulnerável, menor será a sua atuação para se colocar em vulnerabilidade” (GUILHERME, 2018, p. 135), o que influenciará diretamente na fixação da pena a ser aplicada.

Desta forma, fica refutada a visão míope de que a criminalidade está exclusivamente ligada ao fator pobreza, considerando-se, no resultado crime, outras variantes⁹, atentando-se para o seguinte cenário:

⁹ A fim de aportar uma explicação simplista acerca das variantes que permeiam o fenômeno crime, colacionamos a seguinte explanação: “A observação mostra que todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições- de um lado, a natureza individual do delinquente, e, de outro, as relações exteriores, sociais e especialmente as relações econômicas que o cercam”. (VON LIZST, 1899, p.122).

Em resumo, é fato que todas as escolhas são, em largas medidas, determinadas por um conjunto de restrições impostas pelas condições socioeconômicas de cada indivíduo. Do mesmo modo, estar restrito em suas opções não é o mesmo que não ter opção. Tanto que a grande maioria das pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social não são delinquentes. Na realidade, em última análise, sempre prevalece a própria vontade do agente, que sabe discernir entre o certo e o errado, pois se assim não fosse seria considerado inimputável, o que não é o caso. Acontece que é a liberdade de escolha desse delinquente que, em muito, encontra-se comprometida com a possibilidade de gozar dessa liberdade, pois as circunstâncias adversas impostas pelo Estado na vida dessas pessoas não são eventuais, e sim permanentes. (ARAÚJO, 2013, p. 141).

Nesse enquadramento, a coculpabilidade atua, também, como instrumento amenizador da seletividade penal, ao impor que “a diminuição do poder de autodeterminar-se deve ser reconhecida por meio da co-responsabilidade do Estado e da sociedade”. (MOURA, 2015, p. 148).

Podemos traçar, em conclusão, a seguinte linha do tempo no que diz respeito à evolução da coculpabilidade, referenciando seus autores; Marat com seu “Plano de Legislação Criminal”, Paul Magnaud em suas decisões pautadas pelo bom senso, Reinhard Frank e as circunstâncias concomitantes e, por fim, Zaffaroni com a tese de culpabilidade por vulnerabilidade.

3.1 O caminho da coculpabilidade no sistema penal: entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal

Adentramos, após breve explanação a respeito das origens e conceitos, nas influências político-criminais da coculpabilidade, temática imprescindível, haja vista que “hoje é opinião dominante a de que a Criminologia¹⁰, a Política Criminal e o Direito Penal são

¹⁰ Lázaro Guilherme pontua que “a importância da criminologia da reação social para construção da coculpabilidade é inegável e reconhecida por todos aqueles que se debruçam nos estudos das mazelas

os três pilares do sistema das ciências criminais, inseparáveis e interdependentes”. (MOLINA, GOMES, 2002, p. 164).

Nessa trilha, adiante, trataremos da aplicação da coculpabilidade na esfera do Direito Penal, isto é, sua acepção dogmática no ordenamento jurídico nacional e no direito comparado. Pois bem.

Podemos apontar como movimentos político-criminais influenciadores e modificadores da legislação penal a coculpabilidade como critério corretor da seletividade do Direito Penal e, ainda, a coculpabilidade como busca do Direito Penal mínimo. (MOURA, 2015).

Essas duas visões acerca da missão do Direito Penal encontraram na coculpabilidade uma forma de corrigir as distorções existentes na referida ciência, desta forma, propagaram e, é bom que se ressalte, continuam promovendo, a positivação ou ao menos o emprego da coculpabilidade, vejamos.

Pertinente ao reconhecimento da seletividade do Direito Penal, parte-se do pressuposto de que a mencionada Ciência é constituída por “valores escolhidos e determinados pela ‘classe dominante’, fazendo do sistema penal um produto ideológico, ou seja, reflete a ideologia política, sociológica e filosófica da classe privilegiada”. (MOURA, 2015, p. 144)¹¹.

O Direito Penal brasileiro revela claramente esse ideário, onde se adotam preceitos bastante lenientes no que cuida da punibilidade nos delitos socioeconômicos, por nos depararmos com o

do sistema penal que tanto se distanciam dos discursos jurídico-penais legitimadores”. (2018. p. 145).
11 Alessandro Baratta aponta: “O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições: a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade). Exatamente opostas são as proposições em que se resumem os resultados da crítica: a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência”. (2002, p.162).

parcelamento como causa suspensiva da ação penal e da fluência do curso da prescrição penal, isso sem mencionar a previsão da lei penal temporária referente à anistia anistia penal temporária do repatriamento. Em ambos, a essência é a mesma, qual seja, o pagamento repele o poder penal, o que não é replicado em infrações penais patrimoniais.

A adoção desse discurso explica, em maior medida, a criação do “criminoso padrão, pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios das grandes cidades” (MOURA, 2015, p. 145), figura distante dos agentes do colarinho branco, os quais gozam de elevado status e prestígio social¹².

A segunda vertente político-criminal está alocada no embate entre Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo. Para os adeptos dessa perspectiva, as consequências da aplicação da coculpabilidade direcionam a um Direito Penal mínimo, haja vista possibilitarem a redução da pena aplicada ao agente e, por conseguinte, viabilizarem a concessão de mais benefícios como o sursis, diminuir a população carcerária e, por fim, proporcionarem o reconhecimento da prescrição em menor tempo. (MOURA, 2015).

Essas duas tendências político-criminais apontam o reconhecimento da coculpabilidade como necessário, a fim de que o Direito Penal alcance um novo paradigma, menos seletivo e, ainda, mais condizente com o princípio da intervenção mínima. (MOURA, 2015).

Pode-se observar, sob um prisma diverso, que as questões político-criminais acima trabalhadas guardam estreita relação com os fundamentos jurídicos que permitem a aplicação da coculpabi-

12 Edwin Sutherland disse: “Aqueles que se tornam criminosos de colarinho branco, na maioria das vezes, iniciam suas carreiras em bons bairros e lares, são graduados em universidades com algum idealismo e, com pouca escolha por parte deles, participam de certas situações negociais em que a criminalidade é praticamente um costume e são introduzidos naquele sistema de comportamento como em qualquer outro costume. Os criminosos da classe baixa geralmente começam suas carreiras em bairros e famílias decadentes, encontram delinquentes disponíveis de quem adquirem as atitudes e técnicas do crime ao se associar com aqueles e em segregação parcial de pessoas que respeitam a lei. O essencial do processo é o mesmo para as duas classes de criminosos. Isso não é um processo de assimilação na sua totalidade, uma vez que inovações são feitas, talvez, com maior frequência no crime de colarinho branco do que no da classe baixa”. (2014, p.102).

lidade, demonstrando a linha direta existente entre criminologia, política criminal e Direito Penal.

A respeito destes fundamentos, Grégore Moura elenca alguns princípios constitucionais dos quais afirma decorrer a coculpabilidade. Em nossa construção teórica trataremos estes princípios sob o ângulo de fundamentos jurídicos que legitimam, isto é, oferecem sustentação jurídica, para a utilização da coculpabilidade, sendo eles o princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da individualização da pena e, por fim, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, positivados no artigo 3º, III, da CFRB (2015).

Imprescindível realizar breve introdução acerca do que se denomina igualdade formal e igualdade material, a fim de que se obtenha uma melhor compreensão da relação entre o princípio da igualdade e a coculpabilidade. Na igualdade formal “convencionam-se que os homens devem ser considerados como iguais propriamente prescindindo do fato que eles são diversos, isto é, das suas diferenças pessoais de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política e afins”. (FERRAJOLI, 2002, p. 726).

Na “igualdade substancial, se convencionam, ao invés, que eles devem ser considerados tão iguais quanto possível for, e por isso não se deve prescindir do fato que eles são social e economicamente desiguais”. (FERRAJOLI, 2002, p. 727).

Esse é o ponto fulcral da conexão entre igualdade e coculpabilidade. A coculpabilidade busca efetivar a igualdade material. Assim, em maior medida, a busca pela concretude do princípio da igualdade, o qual é positivado em âmbito constitucional¹³, legitima a aplicação da coculpabilidade, pois esta reconhece “os iguais e diferenciando os desiguais na medida da sua desigualdade, uma vez

13 A respeito do princípio da igualdade citamos textual o caput, artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

que trataremos de maneira específica, daqueles que estão à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado". (MOURA, 2015, p. 89).

O princípio da dignidade da pessoa humana, em breve síntese, se interliga com a coculpabilidade na proporção em que "o ser humano, para ser digno, deve estar incluído socialmente" (MOURA, 2015, p. 90), para tal, o Direito, em todas as suas ramificações, possui instrumentos de fazer com que essa premissa seja alcançada. No Direito Penal, notadamente, "a coculpabilidade é exatamente essa proteção dada ao hipossuficiente" (2015, p. 90), visando o objetivo maior dignidade humana.

A individualização da pena se mostra como princípio angular, quando o assunto a ser tratado é a coculpabilidade. É imprescindível que se alcance as finalidades da pena, a individualização da pena é um princípio norteador desse objetivo que, por conseguinte, tem como meio de alcançá-lo, a coculpabilidade, de igual forma, a coculpabilidade às avessas, tema que será abordado no próximo tópico. Colacionamos as seguintes elucidações acerca desse discurso:

A coculpabilidade, como forma de reconhecimento material da reprovação social e pessoal do agente, portanto, concretiza o princípio da individualização da pena, visto que personaliza, individualiza e materializa a aplicação e a execução da pena, levando em conta as condições sociais e pessoais do autor do delito. Isso que resultará na maior efetividade no que tange às funções por ela – sanção penal- propostas. [...] Assim, a pena do agente será ainda mais individualizada não só no aspecto abstrato por meio da previsão legal de mais uma circunstância que altera o limite da pena, mas também na sua concretização, quando de sua aplicação e execução, pois se estará considerando as diversas nuances que permeiam o delito, fazendo-se justiça no caso concreto. (MOURA, 2015, p. 94).

Não bastassem os argumentos já expostos, citamos, por fim, a ligação evidente entre a coculpabilidade e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, a erradicação da

pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, todos expressos no artigo 3º, III, da CFRB.

Fato incontestável é a inadimplência do Estado com relação ao cumprimento dos objetivos acima referenciados, haja vista a grande parcela de brasileiros enquadrados na linha da miséria, os quais lutam para sobreviver com apenas R\$ 145,00 mensais, renda insuficiente para satisfação das necessidades básicas¹⁴. Não se discute aqui os motivos dessa inadimplência, que são de variadas ordens. Propugna-se, no entanto, a aplicação da coculpabilidade como forma de amenizar essa omissão estatal. (MOURA, 2015).

Nessa perspectiva de ideias, demonstrados os vários fundamentos jurídicos que legitimam a aplicação da coculpabilidade, cumpre-nos abordar o Direito Penal comparado¹⁵ como mais uma forma de reafirmar a aceitabilidade e adequação da coculpabilidade, haja vista ser amplamente reconhecida e positivada em diversos ordenamentos jurídicos.

Não poderíamos deixar de reverenciar a abordagem da coculpabilidade na Argentina, país do mais expoente doutrinador acerca do assunto, Eugenio Raul Zaffaroni. O Código Penal argentino traz a coculpabilidade “como uma circunstância legal que agrava ou atenua a pena” (MOURA, 2015, p. 101), com o seguinte texto:

ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

14 Apresentando dados estatísticos acerca da extrema miséria vivenciada por parte dos brasileiros, referenciamos a seguinte matéria: JIMENEZ, 2020.

15 Observa-se que “a co-culpabilidade foi desenvolvida tendo em vista as peculiaridades econômico-sociais dos países subdesenvolvidos, isto é, seu maior âmbito de aplicação se dá e se faz necessário naqueles países em que o Estado é omissor no cumprimento de suas obrigações, mormente no que tange à inserção social, cultural, intelectual e econômica de seus cidadãos. Entretanto, podemos notar que a aplicação da co-culpabilidade também se faz mister em países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América e França”. (MOURA, 2015, p. 101).

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

O Direito Penal Português é ainda mais claro e objetivo, senão vejamos:

Artigo 71º Determinação da medida da pena

1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

- a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;
- b) A intensidade do dolo ou da negligência;
- c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;
- d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;
- e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;
- f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena. (PORTUGAL, 2019).

No Direito brasileiro, podemos encontrar na Lei nº 9.605/1988, conhecida com Lei de Crimes Ambientais, e no Código de Proces-

so Penal, na parte atinente ao interrogatório¹⁶, de forma tímida e dissociada da expressa menção à coculpabilidade, os seguintes dispositivos que deixam clara a intenção do legislador em considerar as circunstâncias sociais do agente quando da fixação da pena, vejamos:

Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

§ 1o Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

Ainda em âmbito legislativo, mencionamos que o Projeto de Lei nº 236/2012, o qual tem como finalidade alterar a Parte Geral do Código Penal, não prevê a coculpabilidade em nenhum de seus dispositivos, ao contrário, deixa de prever as circunstâncias inominadas, instrumento utilizado atualmente para se reconhecer as condições sociais e econômicas do agente na aplicação da pena. (MOURA, 2015). Caracterizado, portanto, verdadeiro retrocesso legislativo.

Em que pese à notória debilidade legislativa em positivar de forma expressa a coculpabilidade, encontramos na esfera doutrinária diversos apelos no sentido de se reconhecer em sede legal o supramencionado instituto. (MOURA, 2015).

Esta parcela da doutrina fomentadora da coculpabilidade aponta duas formas de utilizá-la com escólio no atual arcabouço legisla-

16 Imprescindíveis são as elucidações de ARAÚJO (2013, p. 147): “Entre o rol de perguntas a serem feitas ao acusado na primeira parte do interrogatório (perguntas em razão da pessoa do acusado), há os questionamento acerca da vida do acusado, que antes poderiam não constar do processo, passam agora a ser expressamente consignadas no interrogatório, podendo ser utilizadas tanto pela defesa quando pela acusação, haja vista o interrogatório ter natureza jurídica mista, isto é, pode ser meio de defesa e meio de prova [...] E serão estas informações, colhidas na instrução processual, que nortearão o julgador no momento da fixação da pena”.

tivo, isto é, sem necessidade de alteração legislativa, quais sejam, como atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal e, ainda, como circunstância judicial da pena-base, prevista no artigo 59 do Código Penal, ambas acarretando consequências na dosimetria da pena. (GUILHERME, 2018).

Grégore Moura, de forma mais vanguardista, traz em sua obra sugestões para a positivação da coculpabilidade, mediante alteração do Código Penal Brasileiro, sendo elas as seguintes:

[...] como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica prevista no art. 65 do código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal, sendo um parágrafo do art. 29; como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29 do Código Penal. (2015, p. 127).

Segundo o autor supramencionado, a positivação da coculpabilidade no art. 59 do Código Penal é “a mais tímida entre as demais, visto que será inócuo o reconhecimento da coculpabilidade se a pena base for fixada no mínimo legal, pois é cediço que as circunstâncias judiciais não podem trazer a pena aquém do mínimo legal”. (MOURA, 2015, p. 128)¹⁷.

Sobre a positivação do supramencionado instituto como atenuante genérica o autor pondera que esta hipótese “reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade de interpretação do magistrado, tão amplo quando da análise do art. 59 do mesmo diploma legal”. (MOURA, 2015, p. 128).

No entanto, assim como no caso da circunstância judicial, a pena não seria fixada aquém do mínimo legal.

A terceira proposição do autor, classificada por ele como a mais efetiva, pois viabiliza a diminuição da pena aquém do mínimo legal,

¹⁷ Nessa quadra, a matéria no que cuida das atenuantes é objeto da Súmula 231, do STJ. Anotamos, de relevante, que o entendimento sumular é ilegal por inexistir marco positivado que restrinja a atividade do julgador.

é a positivação da coculpabilidade como um parágrafo do art. 29 do Código Penal, com a redação a seguir:

[...] se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas e sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido. (MOURA, 2015, p. 129).

Como hipótese derradeira, o autor Grégore Moura defende que, após análise do caso concreto, seja a coculpabilidade empregada como fundamento para exclusão da culpabilidade penal do agente. Nessa hipótese “a coculpabilidade interfere no elemento da exigibilidade de conduta diversa, uma vez que, pelo fato da sua liberdade ser mitigada pela estrutura estatal sonegadora de seus direitos sociais, não pode ser lhe exigível uma atuação conforme o Direito”. (2011, p. 101).

Em suma, o referido autor pugna que a coculpabilidade seja positivada como causa excludente da culpabilidade e sem prejuízo, poder-se-ia cogitar, excepcionalmente, nessa teoria como elemento para concessão de perdão judicial em determinadas situações a serem regulamentadas. No entanto, entendemos ser esta uma possibilidade distante de nossa realidade jurídica, considerando a resistência por parte do Estado em reconhecer este instituto até mesmo como atenuante da pena e pela dificuldade em normatizar tal preceito.

Dentro dessa perspectiva, o autor Lázaro Samuel aduz que a coculpabilidade pode ser tratada como exculpante legal e supralegal, sendo desnecessária sua positivação (2018), entretanto, faz a seguinte ressalva:

Essa exculpante supralegal deve ser vista como algo que excede a norma, por isso, é necessária uma visão institucional do Direito, não podendo ser vista, como os positivistas, como algo extrajurídico e, portanto, sem previsão legal para sua aplicabilidade. Dessa forma, ainda que não

positivado, o conflito de deveres é a busca pela isonomia material e implementação das políticas públicas constitucionais. (2018, p. 159).

Por fim, analisamos a utilização da coculpabilidade no campo jurisprudencial. Para tanto, nos valem da pesquisa realizada por Lázaro Samuel acerca do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática.

Em suas buscas pelos sítios eletrônicos do STJ, no ano de 2018, Lázaro Samuel identificou apenas 15 (quinze) acórdãos nos quais se abordou o assunto coculpabilidade, sendo que em todos eles foi negada aplicabilidade ao referido instituto com base¹⁸, na maioria das vezes, no argumento de que este carecia de expressa posituação legal. (GUILHERME, 2018).

A despeito desse fundamento desarrazoado, o mencionado autor traz a seguinte crítica:

Essa explicação inicial mostra-se necessária diante da não aplicação da coculpabilidade sob o argumento de ausência de previsão legal o que revela um perigoso ranço legalista dos nossos julgadores, que parecem desconsiderar o ordenamento jurídico como um todo, composto também por princípios que devem ser sopesados e interpretados conjuntamente com as regras, para se buscar a melhor hermenêutica de aplicação do Direito ao caso concreto, que diante dos ditames constitucionais, devem sempre almejar pela proteção da dignidade da pessoa humana. (2018, p. 173).

Escassas decisões favoráveis à aplicação da coculpabilidade foram encontradas nos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁹, considerada como circunstância judicial, na primeira fase da dosimetria da pena e, ainda, como atenuante genérica, prevista no

¹⁸ Dentre os acórdãos analisados pelo autor, nos quais o STJ negou aplicabilidade à coculpabilidade citamos os HC 63.251/ ES e o HC 186.631.

¹⁹ Com relação aos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde se verificou a incidência da coculpabilidade referenciamos o ACR 70002250371 e o ACR 70013886742.

artigo 66 do Código Penal. A coculpabilidade como excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa também serviu de escólio para a decisão de recurso em sentido estrito no processo de nº 2001.51.01529656-0 de 2004 do TJRS. (GUILHERME, 2018).

A fim de verificar possível mudança no entendimento dos Tribunais Pátrios, no corrente ano, realizamos pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos do TJRS, TJMG e TJCE, sendo que em todos eles houve a negativa de aplicação da coculpabilidade, entretanto, com fundamentos diversos.

Nos acórdãos do TJRS²⁰ observou-se que o argumento predominante é o de que a prática de conduta criminosa que não pode ter sua culpabilidade compartilhada em razão de desigualdades sociais, na medida em que a criminalidade alcança todos os níveis sociais, não sendo necessariamente relacionada à situação econômica do acusado. Nas decisões do TJMG²¹ infere-se que a principal argumentação relaciona-se à negativa de reconhecimento no sentido de que eventual deficiência do Estado em atender de forma satisfatória as necessidades fundamentais do indivíduo autoriza sua responsabilização pela prática delitiva do agente.

Por fim, o TJCE²² adota o fundamento de que a condição econômica do Réu não se relacionou à prática do delito.

Como visão de um panorama geral da coculpabilidade na jurisprudência Lázaro Samuel finaliza seu estudo com a seguinte conclusão:

[...] Verifica-se que o reconhecimento e aplicação da coculpabilidade pelos julgadores brasileiros ainda é acanhada e só é feita de forma esporádica e eventual. Imprescindível a conscientização desses julgadores de que o juízo de culpabilidade não pode ser realizado de forma isolada

20 (Apelação Criminal, Nº 70083989673, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 17-04-2020)

21 (TJMG - Apelação Criminal 1.0016.18.008375-6/001, Relator(a): Des.(a) Octavio Augusto De Nigris Boccalini, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/02/2020, publicação da súmula em 14/02/2020)

22 (Relator (a): ANTONIO PADUA SILVA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 11ª Vara Criminal; Data do julgamento: 29/04/2020; Data de registro: 29/04/2020).

da realidade social, especialmente, daqueles que vivem à margem dos direitos sociais mínimos. (2018, p. 187).

À vista de todo o exposto neste tópico, observa-se a existência de arcabouço doutrinário suficiente a embasar a aplicação da coculpabilidade. No mesmo sentido, verifica-se que a legislação penal vigente, através do artigo 66 do Código Penal Brasileiro, viabiliza o seu reconhecimento como atenuante genérica a ser considerada na dosimetria da pena, o que não é acompanhado pelos tribunais pátrios, os quais negam reiteradamente a sua incidência.

Apresentado esse cenário com relação à coculpabilidade, apresentaremos, adiante, nossa contribuição acadêmica na defesa da positividade da coculpabilidade às avessas, com a finalidade de que esta se preste a ser mais um instrumento de aperfeiçoamento do Direito Penal com vista a atender ao princípio da igualdade.

4 COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS: CONCEITO E POSITIVAÇÃO COMO AGRAVANTE GENÉRICA DO CÓDIGO PENAL

Cléber Masson explica que: “Na sequência da teoria da coculpabilidade, surgiu a coculpabilidade às avessas” (2014, p. 471), a qual “pode se manifestar na legislação de três formas: a) tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; b) aplicando penas mais brandas aos detentores do poder econômico; c) como fator de diminuição e também de aumento da reprovação social e penal”. (MOURA, 2015, p. 69).

Nos debruçaremos na tarefa de analisar a última vertente da coculpabilidade às avessas, especificamente na possibilidade de sua incidência visando ao aumento da reprovação social e penal no que diz respeito aos crimes do colarinho branco. Em breve síntese, a lógica a ser adotada será a seguinte:

Cuida-se da face inversa da coculpabilidade; se os pobres,

excluídos e marginalizados merecem um tratamento penal mais brando, porque o caminho da ilicitude lhes era mais atrativo, os ricos e poderosos não tem nenhuma para o cometimento de crimes. São movidos pela vaidade, por desvios de caráter e pela ambição desmedida, justificando a imposição de pena de modo severo. (MASSON, 2014, p. 471).

Cumpre-nos consignar que escassos são os estudos a respeito da coculpabilidade às avessas, onde não se possui, atualmente, material doutrinário indicando suas origens exatas. Todas as obras consultadas tratam como tema central a coculpabilidade, mencionando, apenas, as possíveis formas de manifestação da coculpabilidade às avessas no nosso ordenamento, o que já foi exposto acima por nós.

Desta forma, optamos por adotar como referência para o desenvolvimento da nossa tese de aplicação da coculpabilidade às avessas as análises realizadas sobre a coculpabilidade no tópico anterior.

Pois bem. Passemos à construção do nosso raciocínio a respeito da coculpabilidade em sua vertente de maior reprovação do agente, considerando sua vulnerabilidade social, ou melhor dizendo, levando em conta o alto nível de inserção social e econômica do agente perante a sociedade, facilidade de acesso ao vital para desenvolvimento de suas potencialidades como cidadão, o que deverá atuar como fator de elevação da pena na forma a ser proposta.

Parte da doutrina se insurge, com razão, no que diz respeito à aplicação da coculpabilidade às avessas, como agravante genérica, haja vista a “(a) falta de previsão legal; e (b) em se tratando de matéria prejudicial ao acusado, não há espaço para a analogia”. (MASSON, 2014, p. 471). Ressaltamos, com a atual disposição das agravantes no Código Penal não há possibilidade de se sustentar a aplicação da coculpabilidade às avessas.

Cleber Masson pontua, ainda, que a hipótese mais viável da aplicação da coculpabilidade às avessas, no Código Penal, sem que ocorra alterações legislativas, é “na pena-base, levando em conta as

circunstâncias judiciais desfavoráveis (conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime), com fulcro no art. 59, *caput*, do Código Penal”. (2014, p. 471).

Refutamos essa possibilidade, haja vista sua vagueza conceitual, o que possibilita, quase como regra, que o juiz, ao realizar a dosimetria da pena, acabe por ignorar a análise das condições sociais do agente em sua vertente de coculpabilidade às avessas. Assim como ocorre com a circunstância judicial da personalidade, os magistrados acabariam por não analisar seus aspectos, sob o fundamento de não haver provas suficientes para tal exercício.

De outra ordem, o autor Grégore Moura formula sua crítica pertinente à utilização da coculpabilidade às avessas, de maneira mais abrangente, afirmando que “a co-culpabilidade como forma de agravamento da reprovação social e penal irá de encontro às finalidades para as quais foi desenvolvida resultando em uma extensão e revisão de seu conceito”. (2015, p. 73).

Ousamos discordar. Alinhando nosso raciocínio de forma teleológica, isto é, buscando o real intento da criação do instituto da coculpabilidade, podemos concluir que sua premissa maior é garantir a concretização da igualdade material no Direito Penal, propondo, para tanto, a consideração das condições socioeconômicas do agente, no momento da reprovação pelo cometimento de um delito. Ora, é evidente que a coculpabilidade às avessas visa o mesmo fim, a efetivação da igualdade material no Direito Penal, também conhecida como princípio da isonomia.

A coculpabilidade às avessas iria preencher o princípio da igualdade na vertente da necessidade de criação de um direito justo, ou seja, um direito que crie normas de conduta que sirvam para reproduzir aspectos importantes no que cuida da circulação de riquezas, da concessão de oportunidades para o desenvolvimento de suas potencialidades e acesso ao piso mínimo vital.

Ao pregarmos a validade da coculpabilidade como elemento que

sirva minimamente para reconhecer parcela da culpa estatal, por seu incosequente descumprimento de normas constitucionais programáticas, nada mais correto, por força de respeito ao princípio da igualdade, reconhecer a maior reprovabilidade penal de um fato na hipótese em que o agente, a despeito de ter acesso ao fundamental para seu desenvolvimento, optou por praticar uma infração penal visando a lucros e atentando contra a economia.

Referido princípio impõe a obrigação, seja em âmbito legislativo ou judicial, de se “tratar igualmente os iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades”. (MASSON, 2015, p. 96), justamente o que propõe a coculpabilidade e a coculpabilidade às avessas, ao considerarem as circunstâncias de vulnerabilidade social vivenciadas ou não pelos agentes criminosos.

Essa afirmação é respaldada pelo pensamento de Canotilho, segundo o qual a igualdade deve nortear não somente a aplicação do Direito, mas, antes disso, a própria criação do Direito, atentando-se, ainda, para o fato de que não se faz suficiente somente a garantia da igualdade formal da lei, é necessário que a criação de uma lei guarde consonância com a igualdade material, isto é, tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. (2003, p. 427/428).

Pode-se entender que “a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos”. (MELLO, 2013, p. 23), a coculpabilidade às avessas tem por escopo concretizar esta última função do princípio da igualdade, especificamente em âmbito penal, pois considerará a real culpabilidade de quem comete crimes, mesmo possuindo condição financeira abastada e, ainda, se utilizando desta.

Ainda com relação ao cumprimento das finalidades do princípio da isonomia, há de se observar que, para a validade de uma norma que busque afastar privilégios, o “vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o quid determinante da validade ou invalidade de uma regra”. (MELLO, 2013, p. 37).

Esmiuçando o referido raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello nos explica que “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”. (2013, p. 38).

Em nosso caso, o vínculo de conexão lógica é a necessidade de se combater a seletividade do Direito Penal ao punir somente a criminalidade de massa, sendo que o nosso elemento diferencial é a condição socioeconômica abastada do agente criminoso, usando-se desta para agravar a culpabilidade do mesmo na dosimetria da pena.

Nessa perspectiva de ideias, Canotilho sustenta o pensamento de que para uma norma garantir a igualdade materialmente considerada, ou seja, tratar os indivíduos na medida de suas desigualdades, sem entrar em campo arbitrário, é imprescindível que se possa fazer um uma valoração a partir dos próprios elementos contidos na lei, citamos:

O princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo. (2003, p. 428).

O nosso fundamento material que permite a valoração da lei em parâmetro de uma igualdade justa é corporificado pela observância das condições socioeconômicas do agente, isto é, a sua não experimentação de vulnerabilidade social a ensejar maior reprovabilidade penal, pois, mesmo diante desse quadro, ainda se curvou ao mundo do crime.

Após esta breve demonstração da correlação existente entre o que propomos e os vetores constitucionais, podemos afirmar, com segurança, que o princípio da isonomia é a base constitucional sólida que legitima a posituação da coculpabilidade às avessas como agravante no Código Penal.

Não só isso, a posituação da coculpabilidade às avessas visa, de igual forma, a concretização do princípio da individualização da pena no campo legislativo, na proporção em que preconiza que “distribuir a cada individuo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento – o que em matéria penal significa a aplicação da pena levando em conta não a norma penal em abstrato, mas, especialmente, os aspectos subjetivos e objetivos do crime”. (MASSON, 2015, p. 85).

Bitencourt, parafraseando Hungria, assevera acerca da individualização da pena que esta tem por escopo “a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso” (2012, p. 863), exatamente o que se realiza com a coculpabilidade às avessas, vez que esta levará em conta as condições sociais do agente.

Nessa senda, Jorge de Figueiredo Dias, corroborando o que aqui defendemos, constrói o raciocínio de que os crimes econômicos ensejam maior reforço da exigência de retribuição da culpabilidade. Nesta afirmação, observa-se evidente analogia ao que denominamos coculpabilidade às avessas, justificando maior reprovação nestes crimes, a fim de que se alcance as finalidades da pena, senão vejamos:

Há numa parte da doutrina – em especial da doutrina de inspiração germânica- a ideia de que, nesta operação, o juiz deve servir-se de exclusivamente de pontos de vista de prevenção, não de retribuição da culpa: é a hoje muito reclamada Stellenwerttheorie, que à letra- com sentido também em português- se poderia traduzir por – teoria do valor de posição- A ideia parece-me- seja qual for a validade que lhe deva ser atribuída no direito penal geral – de duvidosa procedência no direito penal econômico, onde, como disse, se fazem sentir acrescidas exigências de retribuição de culpa, com as consequentes implicações

no nível de prevenção de integração necessário para a defesa da ordem jurídica e reforço dos modelos desejados de comportamento. (1998, p. 68).

Ainda justificando a maior reprovação dos crimes do colarinho branco, em razão do cumprimento das finalidades da pena, o mencionado autor assevera:

Uma vez escolhida a pena, coloca-se ao juiz o problema da determinação da sua medida concreta. Ainda aqui parece deverem reconhecer-se certas especificidades do direito penal econômico. Pois bem, pode acontecer que só uma particular quantidade de pena permitida pela culpa cubra as necessidades de prevenção geral de integração e as legítimas exigências de intimidação que dentro daquela se fazem sentir; e, em especial, que só ela permita à pena contribuir para a transformação necessária das representações e da consciência comunitárias face a atividades antieconômicas. (1998, p. 69).

A questão do Direito Penal do autor também merece especial atenção dentro da temática da coculpabilidade às avessas. Num primeiro momento, em análise superficial e desvinculada da técnica necessária, eventuais questionamentos podem surgir, relacionando Direito Penal do autor e coculpabilidade às avessas, o que não ocorre em nenhuma medida, conforme será demonstrado.

O Direito Penal do autor, rechaçado por nosso ordenamento jurídico, em sucinta definição, pode ser entendido da seguinte forma:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc. (ZAFFARONI, 2019, *e-book*).

Lançamos olhos, então, à diferenciação de Direito Penal do autor com relação à coculpabilidade às avessas. Zaffaroni, partindo do pressuposto de que a personalidade do agente será considerada no Direito Penal do autor e no Direito Penal do fato, porém, de formas diversas, nos explica que:

No cabe duda que en la culpabilidad por al acto también se tomará en cuenta la personalidad, pero en un sentido diferente e inverso, pues se le reprochará lo que hizo en función de su catálogo de posibles conductas condicionado por su personalidad (en la culpabilidad de autor se le reprocha la personalidad, de la que su acto es sólo un síntoma). En la culpabilidad de acto se le reprocha el de ilícito en función de su personalidad y de las circunstancias, en la de autor se le reprocha lo que es en función del injusto. (2004, p. 139).

A análise das circunstâncias sociais e da personalidade do agente criminoso, como ocorre na coculpabilidade às avessas, não implica, por si só, em aceitação do Direito Penal do autor. Ela incidirá somente na dosimetria da pena, elevando a pena proposta dentro dos limites do preceito secundário de determinado tipo penal.

Em outras palavras, não se está a defender a criação de um tipo penal que puna o criminoso do colarinho branco unicamente em razão de seu *status* econômico, o que se posiciona é o aumento da pena de um tipo penal legitimamente previsto, em virtude da ausência de vulnerabilidade social do agente, fator este que, em regra, o distanciaria do mundo do crime.

Indo mais longe em seu raciocínio dogmático, Zaffaroni afirma que a culpabilidade por vulnerabilidade complementa a culpabilidade, pois na medida em que esta se presta somente a limitar o poder punitivo estatal, aquela serve, ainda, de corretor da seletividade do Direito Penal, em suas palavras:

[...] o poder punitivo sempre conservará um caráter irracional por sua própria estrutura, e a culpabilidade, tal como entendida pelo autor, funcionaria como limite a irracional-

lidade seletiva do sistema penal aos vulneráveis e, como consequência, os seus defeitos éticos. Dessa maneira, a culpabilidade funcionaria contra seletivamente a seleção irracional realizada pelo poder punitivo, administrando-o racionalmente na medida de seus limites. (2010, p. 259).

Esta correção da seletividade, segundo Zaffaroni, deve ser exigida de todas as instâncias envolvidas no processo de criminalização. O que nos propomos é aportar nossa contribuição científica, através da coculpabilidade às avessas, a ser incorporada em sede legislativa, senão vejamos:

[...] debemos exigir a las agencias jurídicas que agoten su poder jurídico de contención neutralizando hasta donde les sea posible la selectividad estructural del poder punitivo, para lo cual no alcanza con la mera culpabilidad de acto que, al no tomarlo en cuenta, sólo indica el límite máximo tolerado por un estado de derecho, que nunca puede pretender sancionar a sus habitantes por lo que son, so pena de autodestruirse, de asumir formas teocráticas o de invitar a la psicotización omnipotente de sus jueces. (2004, p. 137).

Referindo-se especificamente aos agentes que estão equidistantes do campo da vulnerabilidade social, enquadramento que serve aos criminosos do colarinho branco, Zaffaroni assevera que “son poco comunes los casos de personas que, por partir de un estado alto, les costaría muy poco alcanzar la situación de vulnerabilidad, pero que sin embargo realizan un esfuerzo descomunal para llegar a ella”. (2004, p. 145).

Resta claro que estes agentes, por não experimentarem situação de vulnerabilidade social, realizam maior esforço para adentram na vida criminosa, o que implica no merecimento de maior reprovação. Dito de outra maneira, a coculpabilidade às avessas deve proporcionar maior punição àqueles que “se esforçam voluntariamente para se colocar na situação de vulnerabilidade” (SIQUEIRA, 2016, p. 144), entendida como situação criminosa.

Em suma, Zaffaroni defende que somente a culpabilidade não é suficiente para o Estado Democrático de Direito, sendo necessária a consideração da coculpabilidade, no intuito de que se corrija a seletividade do direito penal. Alçando mais longe o pensamento, defendemos a mesma ênfase à coculpabilidade às avessas, comparando esta a uma das lentes de óculos, sendo a outra lente formada pela coculpabilidade, ambas visando a correção da seletividade do Direito Penal.

5 A TIPIIFICAÇÃO DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Ultrapassadas eventuais críticas e ponderações a respeito da coculpabilidade às avessas, apresentamos nossa proposta de alteração legislativa no Código Penal.

Poder-se-ia, em um primeiro momento, cogitar na positivação do desvio corretivo normativo da desigualdade social em textos legislativos esparsos, ou seja, promover o acréscimo legal em algumas legislações penais em que haja ataque a algum bem jurídico que derive da ordem socioeconômica.

Partindo dessa premissa, estaríamos diante de vozes que admitiriam a aplicação do direito penal do autor, o que não deixaria de apresentar certo grau de correção.

Assentado que o melhor caminho seria a regulamentação da questão dentro do Código Penal, devemos perguntar qual seria a melhor técnica legislativa para a introdução desse preceito dentro da aplicação da pena.

De início, caberíamos pensar a possibilidade de inseri-la expressamente dentro das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, o que nos apresentaria como de difícil realização, notadamente, pela dificuldade de encerrar dentro de poucas palavras os limites para reconhecimento dessa futura circunstância judicial.

Alternativamente, calha aventar a possibilidade de inserção da coculpabilidade às avessas como causa de aumento de pena. O entrave para a adoção desse método está na inexistência de paralelo envolvendo outras circunstâncias dessa natureza dentro do direito penal brasileiro. Assim, a previsão como majorante implicaria em uma quebra injustificada do tratamento jurídico-penal e, igualmente, um excesso no agravamento da pena.

Entendemos, após estudos sobre o tema, e, com as ressalvas acima indicadas, que a maneira mais efetiva e viável, considerada dogmaticamente, seria a positivação da coculpabilidade às avessas como agravante genérica do Código Penal, devendo ser criado o inciso III, do artigo 61, com a seguinte redação:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime [...] **III-** o crime cometido em detrimento de bens jurídicos supraindividuais ou, em prejuízo dos interesses da coletividade, ainda que indiretamente:
[...] **a)** num contexto em que, após análise das circunstâncias sociais do agente, a exemplo do seu grau de instrução, cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas, seja comprovada a ausência de vulnerabilidade social.

Consideradas na segunda fase da dosimetria da pena, as agravantes genéricas “são circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de aumentar ou diminuir a pena”. (MASSON, 2015, p. 719).

É importante ressaltar que as “agravantes e atenuantes genéricas são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes na dosimetria da pena” (MASSON, 2015, p. 720), o que cumpre exatamente com nosso objetivo, isto é, positivar a coculpabilidade às avessas a fim de que ela não seja

ignorada pelos juízes, em evidente postura de discurso da resistência.

Pertinente ao aumento de pena que poderá ocorrer mediante o reconhecimento da agravante genérica do art. 61 do Código Penal, faz-se salutar esclarecer que o legislador não quantificou essa elevação da pena, sendo certo que o limite para tal é a pena máxima fixada no tipo penal em seu preceito secundário. Na prática, o reconhecimento da agravante resultará no aumento máximo de um sexto da pena base, segundo nos explica Bitencourt:

[...] sustentamos que a variação dessas circunstâncias (atenuantes e agravantes) não deve chegar até o limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes). Em outros termos, coerentemente, o nosso Código Penal adota uma escala valorativa para agravante, majorante e qualificadora, que são distinguidas, umas das outras, exatamente pelo grau de gravidade que representam, valendo o mesmo, no sentido inverso, para as moduladoras favoráveis ao acusado, privilegiadora, minorante e atenuante. (2012, p. 861).

O resultado desse aumento, acarretará, se considerarmos uma pena-base de 04 anos, a média alcançada nos crimes do colarinho branco, o aumento de 8 (oito) meses de pena a ser cumprida pelo agente delitivo.

Há de se considerar, ainda, que o que propomos aqui já está positivado em nosso ordenamento jurídico, em diversos dispositivos, seja sob *nomen juris* diversos ou, ainda, sem intitulação. Como exemplo, referenciamos o art. 76, iv, a, da Lei nº 8.078/90 e o art. 4º, § 2º, da Lei nº 1.521/51, senão vejamos:

Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código: [...] IV - quando cometidos: **a)** por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

§ 2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura: [...] **IV** - quando cometido:

a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

No que concerne à agravante prevista no Código de Defesa do Consumidor, a qual faz menção expressa à condição financeira do agente, imprescindíveis são as ilações de Antônio Cesar Lima da Fonseca, a fim de que se possa compreender a *mens legis*, textual:

[...] repercute no plano social. [...] A condição diz respeito ao econômico- social e não ao cultural, porque quando o agente se prevalece da intelligentsia para o cometimento do crime é de se verificar se não o pratica “dissimulando a natureza licita do procedimento”, o que faria incidir o inciso III do art. 76 comentado [...] A condição social, sozinha, embora muitas vezes esteja ligada à ótima situação econômica, igualmente, pouco significa. Pode ocorrer de um fornecedor deter condição social proeminente, às vezes decorrência de laços familiares, e não possuir também uma forte condição econômica, suficiente a atender a circunstância. (1996, p. 136/137).

Pertinente é a ressalva dada pelo mencionado autor no que diz respeito a quais agentes, em regra, serão alcançados por essa agravante, o que nos interessa, pois, de certa forma, acaba por delinear um esboço do que seriam os agentes do colarinho branco, vejamos:

Não se pode deixar de relacionar a agravante com a situação de “classes aquisitivas positivamente privilegiadas” de que nos falava Max Weber, que são ‘os comerciantes, armadores, empresários, industriais, empresários agrários, banqueiros e empresários financeiros e, em certas circunstâncias, profissionais liberais com capacidade ou formação especial e trabalhadores com qualidades monopólicas (próprias ou adquiridas)’. (1996, p. 136).

Resta bem delineado, após essa explicação, o que se exige da condição econômico-social do agente, não se olvidando que “a pena só pode ser agravada se alguém se utilizar de sua riqueza para impor

sua vontade ao consumidor, assim cometendo o crime” (FONSECA, 1996, p. 137), sob pena de se admitir responsabilidade penal objetiva, o que refutamos em nossa proposição.

Alcançando o ponto fulcral de nossa tese e corroborando o que aqui argumentamos, isto é, no sentido de que é mais acentuada a culpabilidade do agente que possui abastada condição financeira e se vale desta circunstância para a prática de crime, Cezar Roberto Bittencourt, ao esmiuçar a razão da existência da agravante do Código de Defesa do Consumidor que aqui mencionamos, nos ensina que:

Aqui a agravante se aplica em razão da qualidade ou condição do sujeito ativo do crime. A sua incidência se justifica, em respeito ao princípio da culpabilidade, na medida em que se constate que o crime foi praticado com afronta ao princípio da equidade, isto é, em detrimento da pretensão de igualdade e equilíbrio entre as partes que integram a relação de consumo. (2016, p. 601).

Nessa perspectiva de ideias, merece destaque o julgamento da Apelação 863/SP, pelo STF de Rel. Min. Edson Fachin, conhecido como Caso Maluf, no qual durante a dosimetria da pena, a pena-base foi aumentada, em virtude de ter sido considerada a culpabilidade do agente mais intensa²³, pois este ocupava cargo público e gozava de confiança dos cidadãos, demonstrada através dos votos que recebeu.

Extraímos trecho do referido julgado:

Na primeira fase da dosimetria da pena, o Colegiado identificou vetoriais negativas do art. 59 do CP (6) suficientes para fixar a pena-base acima do mínimo legal, mas ligeiramente abaixo do termo médio, quais sejam: a) O juízo de reprovação que recai sobre sua conduta é particularmente intenso, na medida em que se trata de quem exerce há longa data representação popular, obtida por meio da confiança depositada pelos eleitores em sua atuação. A transgressão da lei por parte de quem usualmente é depositário da

23 Nesse sentido citamos a condenação do ex – diretor da Petrobras, Renato Duque, por corrupção passiva, no processo de nº Nº 50365187620154047000, no qual os desembargadores reconheceram a acentuada culpabilidade em virtude do cargo que Duque ocupava, isto é, diretor da empresa.

confiança popular para o exercício do poder, enseja juízo de reprovação muito mais intenso do que seria cabível em se tratando de um cidadão comum; b) Do ponto de vista da reprovabilidade, igualmente merece destaque negativo, no que diz respeito à capacidade de compreensão da ilicitude do fato, a circunstância de ser o acusado homem de longa vida pública, acostumado com regras jurídicas, às quais, com vantagem em relação aos demais cidadãos, tem a capacidade acentuada de conhecer e compreender a necessidade de observá-las; c) No que diz respeito às circunstâncias do crime, merece maior reprovação o fato de que a lavagem ocorreu num contexto de múltiplas transações financeiras e de múltipla transnacionalidade, o que interfere na ordem jurídica de mais de um Estado soberano. Ainda, a origem pública dos valores lavados é circunstância que impõe um juízo de reprovabilidade mais acentuado; d) Quanto às consequências, estas devem sofrer, nessa fase de aplicação da pena, maior juízo de reprovação quando vão além das consequências usuais dessa modalidade criminosa. Nesse tópico, o crime praticado pelo réu violou o bem jurídico tutelado pelo tipo de forma muito mais intensa do que o usual, tendo em vista a vultuosidade dos valores envolvidos”.

Na sentença de Sergio Cabral, proferida no processo de nº 0504113-72.2017.4.02.5101 (2017.51.01.504113-8), na qual este foi condenado pelo Juiz Marcelo Bretas em razão de corrupção passiva, encontra-se evidente reconhecimento da coculpabilidade às avessas, no momento em que o juiz fundamenta o aumento da pena dos condenados. A título de exemplo, na condenação de Luiz Carlos Bezerra, amigo e integrante do esquema de corrupção de Sergio Cabral, Bretas faz a seguinte fundamentação:

[...] sem dúvida tinha a exata dimensão da ilicitude que seu comportamento representava, tendo perseverado na prática de crimes ao longo de anos, contribuindo com os vários membros da organização criminosa que agia na Administração Pública Estadual, em que pese este apenado não exercesse suas atividades ilícitas com total autonomia. Diante de tais constatações, a culpabilidade desse acusado deve ser considerada elevada. A instrução revelou que os motivos que levaram à prática criminosa são reprováveis

na medida em que esse réu agiu imbuído de ambição desmedida muito embora já possuísse situação econômica acima da média”.

Salientamos que o Juiz Marcelo Bretas realizou a análise dessas circunstâncias na primeira fase da dosimetria da pena, isto é, nas circunstâncias judiciais, art. 59 do Código Penal.

A consideração desses vetores negativos representa, de forma ampla, o reconhecimento da coculpabilidade às avessas por parte do judiciário. É inegável que, de certa forma, o Judiciário e, até mesmo o Legislativo, estão encampando a teoria da coculpabilidade às avessas, assim o fazendo, de forma assistemática e sem parâmetros.

Positivar a ideia da coculpabilidade às avessas, na forma de uma agravante genérica, especificamente, no artigo 61 do Código Penal, é uma forma de racionalizar o que, de certa forma, já é adotado em algumas vertentes, conforme restou demonstrado.

Impondo maiores balizas ao magistrado no momento da dosimetria da pena e, ainda, oferecendo maior segurança jurídica ao eventual condenado, tudo conforme deve ser o Direito Penal, ramo do Direito que lida com a liberdade do indivíduo.

Deixamos a ressalva de que não apoiamos a responsabilidade objetiva dos criminosos do colarinho branco. Ao contrário, a incidência da agravante genérica por nós proposta deverá ser pautada pela razoabilidade, realizando-se a seguinte ponderação:

[...] analisar-se-á se o crime cometido é mais reprovável quando as condições sociais e econômicas indicarem a falta de justificativa e a consciência da ilicitude, de forma que a prática delituosa foi uma decisão dentre as inúmeras oportunidades. É o caso comum, por exemplo, daquele indivíduo com oportunidade de estudo, de trabalho digno e escorado em sólida base familiar, resolve ingressar no tráfico de entorpecentes, visando apenas saciar sua aspiração de viver desse modo que sabe, pela ampla base de autodeterminação, ser inaceitável pela sociedade. Há também aqueles que se valem justamente do seu poder político ou

econômico para o cometimento de crimes. Diferentemente, à evidência, não se aumentará a reprovabilidade do agente “incluído social” que comete estupro, apenas levando-se em conta sua condição socioeconômica, visto que esta não é a causa a determinação para esse tipo de delito. (TANURE, FERREIRA, 2014, p. 135).

Entenda-se, “o que se afirma aqui é que, sob a ótica exclusivamente socioeconômica, a reprovabilidade daquele que já goza de boas oportunidades na sociedade será maior quando perpetrar delitos simplesmente para aumentar sua renda”. (TANURE, FERREIRA, 2014, p. 125).

À vista de todo o exposto, concluímos que a positivação da coculpabilidade às avessas, como agravante genérica, alocada no Código Penal, coaduna com o atual contexto da dogmática penal, delineado por nós, o qual deixa de adotar como eixo central os ideais liberais e individuais, na medida em que passa a tutelar os bens jurídicos supraindividuais. Mais que isso nossa proposta tem como ponto de partida um conceito criminológico, qual seja a culpabilidade por vulnerabilidade, em sua vertente inversa, sem deixar de ser compatível com os pilares da dogmática penal finalista.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, em resposta à assertiva de Gracia Martin, no sentido de que o Direito Penal Econômico, considerado como uma das espécies do Direito Penal moderno, seja estruturado em conformidade com a teoria clássica do delito, abordou o conceito de culpabilidade e suas vertentes no Direito Penal.

Tratamos das asserções relacionadas à coculpabilidade, apontando pela existência de arcabouço doutrinário suficiente a embasar sua aplicação. No mesmo sentido, verificou-se que a legislação penal vigente, através do artigo 66 do Código Penal Brasileiro, viabiliza o

reconhecimento do instituto em comento como atenuante genérica a ser considerada na dosimetria da pena, o que não é acompanhado pela jurisprudência, que nega reiteradamente a incidência da coculpabilidade.

Delineamos, ainda, as nuances da coculpabilidade às avessas, para, ao final, formularmos nossa proposta de positivação como agravante genérica do Código Penal, devendo ser criado o inciso III, do artigo 61, com a seguinte redação legal: Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime [...] III- ser o crime cometido em detrimento de bens jurídicos supraindividuais ou, em prejuízo dos interesses da coletividade, ainda que indiretamente: [...] a) num contexto em que, após análise das circunstâncias sociais do agente, a exemplo do seu grau de instrução, cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas, seja comprovada a ausência de vulnerabilidade social.

O estudo em comento buscou demonstrar a necessidade de se positivarem e se aplicar a teoria da coculpabilidade no Direito Penal, sendo certo que deve-se verificar a sua incidência como ferramenta auxiliar no ajustamento de uma norma penal que seja atenta à injustiça na repartição de rendas, na concessão de oportunidades para desenvolvimento de suas potencialidades como ser humano e, em suma, seja fidedigno às promessas constitucionais descumpridas pelo Estado.

Posto isso, poderíamos cogitar na aplicação da coculpabilidade no direito penal brasileiro, mas não como mera circunstância judicial do artigo 59, do Código Penal, mas sim, como atenuante geral, e, não encaixável no artigo 66, do mesmo diploma legal. Lado outro, apura-se que a legislação penal especial contempla exemplos de agravante lastreada na coculpabilidade às avessas.

Um dos mecanismos de ajustamento da legislação penal ao princípio da igualdade viria com a positivação da coculpabilidade, em

suas duas vertentes, com a previsão de requisitos para sua avaliação pelo julgador.

Em arremate, concluímos que a aplicação da coculpabilidade e da coculpabilidade às avessas, nos moldes apresentados, se ainda não é uma solução, pelo menos é um começo em busca de um Direito Penal mais humanista, voltado para o cenário nacional e condizente com o princípio da igualdade material e da individualização da pena.

FROM THE CO-CULPABILITY TO THE CO-CULPABILITY IN REVERSE: THE TWO FACES OF THE PRINCIPLE OF EQUALTY IN THE PENAL LAW

RESUME

This article analyse the culpability passing through the avaliation of the coculpability theory in it's strands. When we analyse that theory we look forward to verify it's adequation to the social tissue and the viability to adjust in the penal law in the criminal sanction. Done that, the article focus the attention in the upside down coculpability, once that if the coculpability fundaments in the agent privation of the constitutional obligations it would be (in) correct to avaiate the possibility of applying a more severe sanction when the agent, despite many oppotunities to develop its potential as human being decides to commit criminal violations. In this perspective we sustain that the co-culpability in reverse demands a legal modification, which was treated in this article. In summary, to elucidate the role of this figures inside the sanction theory is the goal of this article.

Keywords: Co-culpability. Application of the penalty. Principle of equality.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Jader Máximo de. *O princípio da coculpabilidade como causa atenuante inominada*. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 12, n. 20, p. 107-152., jan./jun. 2013. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=100945>. Acesso em: 3 set. 2019.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro; Revan, 11. ed., 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. ver. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUSATO, Paulo Cesar. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Revista Liberdades**, nº 8, set-dez. 2011, p.45/87. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/9/artigo3.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Edições Almedina. Coimbra, 2003.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal. Parte Geral**, vol. 1. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal Econômico entre o passado, o presente e o futuro. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Ano 22, n.º 3, jul-set, Coimbra Editora. 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direito Penal do Consumidor; Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1996
- GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Coculpabilidade penal**: uma

questão social. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. Ed – Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JIMÉNEZ, Carla. Extrema pobreza sobe e Brasil já soma 13,5 milhões de miseráveis. **El País**, São Paulo. 06 NOV. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html. Acesso em: 24 jun. 2020.

MARTIN, Luiz Gracia. **Prolegômenos para luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático** – Parte geral – vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. 2014.

_____. **Direito Penal Esquemático** – Parte geral – vol. 1. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. Malheiros, 2013

MOLINA, Antonio García- Pablos; GOMES, Luiz Flávio Gomes.

Criminologia. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

PETER FILHO, Jovacy. **Reintegração Social**: um diálogo entre a sociedade e o cárcere. São Paulo, Universidade de São Paulo, USP, 2011.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena**: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena. Coleção Ciência Criminal Contemporânea – vol. 7. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.

SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. Trad. Lucas Minorelli. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. UFRGS VOL. 2, N.º 2, p.93-103. 2014. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/56251/0>>.

TANURE, Lucas Lacerda; FERREIRA, Paulo Henrique. Culpabilidade às avessas: os dois lados de uma moeda. **Revista do CAAP**, v. 20, n.1, p. 121-138. Belo Horizonte, Disponível em: <<https://revistadoaacp.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/387>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

VON LISZT, Fran. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro. F. Briguiet e Cia, 1899.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad. **Revista anthropos**, Barcelona, n. 204, p. 136-151, 2004. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=126187>.

Acesso em: 11 set. 2019.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 2010.

The Role of the Public Prosecutor in the United States¹

Michael C. Kovac²

ABSTRACT

Prosecutors in the United States play multifaceted roles in their criminal justice system. They provide guidance during the investigative stages of cases, lead the prosecution of cases in the country's adversarial proceedings, police their own profession, and lead legislative efforts aimed at making the system more just for all involved. There are separate prosecuting offices for the separate sovereignties located within the countries. Statutes, constitutions, and case law establish the rights and duties of those separate offices. All prosecuting offices in the United States share the pursuit of justice as their common goal.

Keywords: Prosecutor. United States. Nevada. Las Vegas.

1 INTRODUCTION

The role of the public prosecutor in the United States is in many ways similar to the role of prosecutors in other parts of the world. A prosecutor in the United States often does far more than the courtroom work often portrayed on television: the prosecutor provides guidance during investigations; the prosecutor engages in legislative activities designed to improve the criminal justice system; and the

¹ Data de Recebimento: 17/12/2019. Data de Aceite: 29/05/2020.

² Chief Deputy Attorney General, State of Nevada, Office of the Attorney General; Lecturer in Law, University of Southern California. Duquesne University, J.D., University of Pittsburgh-Johnstown (B.S.). The views expressed in this article are those of the author alone, not those of his employers or anyone else. E-mail: mkovac@ag.nv.gov

prosecutor works to inform the public in a manner that gives the public confidence that the criminal justice system is designed to ensure justice and fairness for all. As the public's support for law enforcement policies shifts, from a hardline view of law-and-order to a more practical view with an emphasis on reform and rehabilitation (when appropriate), the public prosecutor's approach will have to shift as well.

2 OVERVIEW OF THE PROSECUTOR'S ROLE IN THE UNITED STATES' CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

The United States' criminal justice system is an adversarial, common law system. The government is represented by public prosecutors, while the accused is represented by a defense attorney. The judge rules over issues of law, while (generally) a jury of the accused's peers (comprised of members of the public) performs the factfinding function and is ultimately responsible for determining whether the defendant is guilty of any of the charges levied by the government.

For any single location within the United States, it is likely that multiple public prosecution offices operate independently to prosecute those who commit crimes in that particular location. Take the city of Las Vegas, for example. That city is a part of Clark County, which is encompassed by the state of Nevada, which is one of the 50 states that make up the United States.

Each of those sovereignties has its own public prosecutors who have a duty to prosecute certain crimes within their respective jurisdictions. The Las Vegas City Attorney is the head prosecutor for the city. The Clark County District Attorney is the head prosecutor for the county. The Nevada Attorney General is the head prosecutor for the state. And the United States Attorney General is the head prosecutor for the country. In some jurisdictions, the head public prosecutor is

appointed;³ in others, the position is filled by public vote.⁴

The powers and limitations of each of those offices are prescribed by the various ordinances, laws, and constitutions that create and define those offices. In all instances, “[t]he prosecutor is an administrator of justice, a zealous advocate, and an officer of the court.”⁵ For the most part, the roles of public prosecutors in the United States are consistent with those articulated by the United Nations Office on Drugs and Crime and the International Association of Prosecutors:

In most systems, the core functions of the prosecutors are the decision to prosecute and representation of the prosecution in court. Core functions in some jurisdictions may also encompass investigating crime, supervision of investigators’ compliance with procedural rules, judicial interim release (“bail”), plea and sentence agreements, diversion of offenders to alternatives to prosecution, victim support, recommendations regarding sentence, the supervision of the execution of sentences and treatment of persons in custody. Additionally, in all systems the strategic role of prosecutors in criminal proceedings qualifies them to make recommendations concerning criminal justice policies.⁶

In an opinion issued in 1935, the United States Supreme Court addressed the role of the United States Attorney General:

The United States Attorney General is the representative not of an ordinary party of the controversy but, of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done. As such, he is in a peculiar and very definite sense the servant of the law, the twofold

³ See e.g., 28 U.S.C. § 541 (providing for appointment of United States Attorneys).

⁴ See e.g., NEV. REV. STAT. § 228.020 (providing for the election of the Attorney General for the State of Nevada).

⁵ American Bar Association, *Criminal Justice Standards for the Prosecution Function*, Standard 3-1.2(a) (4th ed.).

⁶ United Nations Office on Drugs and Crime, *The Status and Role of Prosecutors: A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide*, at 1 (2014).

aim of which is guilt shall not escape or innocence suffer. He may prosecute with earnestness and vigor – indeed, he should do so. But, while he may strike hard blows, he is not at liberty to strike foul ones. It is as much his duty to refrain from improper methods calculated to produce a wrongful conviction as it is to use every legitimate means to bring about a just one.⁷

These same principles are generally applicable with respect to all prosecutors in the United States; they do not represent the victim or any other individual. Instead, they generally represent the collective people of their respective jurisdictions.

The prosecutor's role in any given case will vary, depending on the circumstances of that particular case. For a relatively common case, such a simple battery case where the victim suffers nothing more than a black eye, an investigative agency will likely conduct the entire investigation before submitting it to the prosecuting office for prosecution. In such a case, the prosecutor will do little more than make a charging decision and, if the case is prosecuted, carry out the typical steps for moving the case through the court process. For a more complicated case, such as a murder case or complex fraud case, the prosecutor's role will likely extend far beyond the charging decision and courtroom work.

In those more complicated cases, investigative agencies often seek legal guidance from prosecutors in order to avoid having evidence they obtain declared inadmissible by the court. In order to appreciate this risk, a brief explanation of the relevant legal principles is necessary.

The United States Constitution provides citizens with a number of rights. For example, the Fourth Amendment protects citizens against unreasonable searches of their persons and effects, which generally requires that, prior to a search of an area where a defendant has a reasonable expectation of privacy, investigators have to obtain a

⁷ Berger v. United States, 295 U.S. 78, 88, 55 S.Ct. 629, 633 (1935).

search warrant supported by probable cause.⁸ An investigator runs the risk that the court will exclude any evidence obtained in violation of these requirements.⁹ For this reason, among others, investigators often seek guidance from prosecutors to avoid such pitfalls.

In addition to assisting with investigations, prosecutors often issue statements to the media in order to inform the public about important cases. Furthermore, public prosecutors routinely participate in the legislative process in their ongoing efforts to address novel issues affecting criminal prosecutions and improve the criminal justice system as a whole.

3 DUTIES UNIQUE TO PROSECUTORS

While the United States criminal justice system is undeniably adversarial, that does not mean that prosecutors are to handle cases with a win-at-all-costs approach. To the contrary, case law and ethical rules make clear that prosecutors must avoid approaching cases with such a mindset, and instead, they must strive for a fair and just resolution for every case.

Moreover, prosecutors in the United States have ethical duties that outsiders may view as antithetical to their duty to act as zealous advocates. For example, prosecutors are required to turn over to the defense both exculpatory evidence¹⁰ and evidence that may undermine the credibility of the government's witnesses.¹¹ The United States Supreme Court made the fulfillment of these requirements even more onerous when it held that "the individual prosecutor has a duty to learn of any favorable evidence known to the others acting on the government's behalf in the case, including the police."¹² The

8 U.S. Const., 4th Amend; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 88 S.Ct. 507 (1967) (articulating the reasonable expectation of privacy standard).

9 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684 (1961) (articulating the exclusionary rule).

10 *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 83 S.Ct. 1194 (1963).

11 *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150, 92 S.Ct. 763 (1972).

12 *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 437, 115 S.Ct. 1555, 1567 (1995).

prosecutor must then turn over that evidence to the defense. And the prosecutor cannot escape responsibility for fulfillment of that duty by simply arguing that the police failed to bring the evidence to the prosecutor's attention; any such failure of the police is imputed to the prosecutor.

Each state has its own particular organization – commonly referred to as the “state bar” – responsible for the promulgation of ethical rules that govern the conduct of attorneys practicing within that particular jurisdiction. The codes of ethics established by each state are often influenced, directly or indirectly, by the Model Rules of Professional Conduct published by the American Bar Association (“ABA”).

ABA Model Rule of Professional Conduct 3.8 sets forth special ethical duties for prosecutors that do not apply to other attorneys, including criminal defense attorneys. Those special duties include the following requirements (among others):

- To refrain from prosecuting a charge not supported by probable cause;¹³
- To make reasonable efforts to advise the accused of his or her right to an attorney;
- To disclose to the defense evidence that tends to negate the guilt of the accused;
- To limit extrajudicial statements (of the prosecutor and other law enforcement) that have a substantial likelihood of heightening public condemnation of the accused; and
- When the prosecutor knows of clear and convincing evidence¹⁴ a defendant in the prosecutor's jurisdiction was convicted of an offense that he or she did not commit, to seek to remedy the conviction.

13 *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 364, 98 S.Ct. 663, 668 (1978) (“In our federal system, so long as the prosecutor has probable cause to believe that the accused committed an offense defined by the statute, the decision whether or not to prosecute, and what charge to file or bring before a grand jury, generally rest entirely in his discretion.”). “Probable cause exists where ‘the facts and circumstances within their (the officers’) knowledge and of which they had reasonably trustworthy information (are) sufficient in themselves to warrant a man of reasonable caution in the belief that’ an offense has been or is being committed.” *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, 175, 69 S.Ct. 1302, 1310-11 (1949) (quoting *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132, 162, 45 S.Ct. 280, 288 (1925)).

14 Clear and convincing evidence is evidence making the truth of factual contentions highly probable. See *Colorado v. New Mexico*, 467 U.S. 310, 316-17, 104 S.Ct. 2433, 2438 (1984).

Returning to the example of prosecutors practicing law in the state of Nevada, most of these rules have been adopted and incorporated into Nevada Rule of Professional Conduct 3.8, which provides:

Rule 3.8. Special Responsibilities of a Prosecutor.

The prosecutor in a criminal case shall:

- (a) Refrain from prosecuting a charge that the prosecutor knows is not supported by probable cause;
- (b) Make reasonable efforts to assure that the accused has been advised of the right to, and the procedure for obtaining, counsel and has been given reasonable opportunity to obtain counsel;
- (c) Not seek to obtain from an unrepresented accused a waiver of important pretrial rights, such as the right to a preliminary hearing;
- (d) Make timely disclosure to the defense of all evidence or information known to the prosecutor that tends to negate the guilt of the accused or mitigates the offense, and, in connection with sentencing, disclose to the defense and to the tribunal all unprivileged mitigating information known to the prosecutor, except when the prosecutor is relieved of this responsibility by a protective order of the tribunal;
- (e) Not subpoena a lawyer in a grand jury or other criminal proceeding to present evidence about a past or present client unless the prosecutor reasonably believes:
 - (1) The information sought is not protected from disclosure by any applicable privilege;
 - (2) The evidence sought is essential to the successful completion of an ongoing investigation or prosecution; and
 - (3) There is no other feasible alternative to obtain the information;
- (f) Except for statements that are necessary to inform the public of the nature and extent of the prosecutor's action and that serve a legitimate law enforcement purpose, refrain from making extrajudicial comments that have a substantial likelihood of heightening public condemnation of the accused and exercise reasonable care to prevent investigators, law enforcement personnel, employees or other persons assisting or associated with the prosecutor in a criminal case from making an extrajudicial statement that the prosecutor would be prohibited from making under Rule 3.6 or this Rule.

4 PROSECUTOR ACCOUNTABILITY

Prosecutors who violate their ethical duties face potentially-devastating professional repercussions.

The same state bars discussed above are responsible for the discipline of attorneys, including prosecutors, who violate their ethical duties. As explained by the State Bar of Nevada, “[d]iscipline of lawyers in Nevada may take one of four forms depending on the particular circumstances and the severity of the offense”:

1. A letter of reprimand which is kept on permanent file with the State Bar. This may be accompanied by a fine or restitution up to \$1,000;
2. A public reprimand which is published in the local newspapers and official State Bar publications;
3. Suspension of the lawyer’s license to practice law; or
4. Disbarment.¹⁵

Principles of sovereign immunity often preclude additional measures to hold accountable those prosecutors who violate their ethical obligations, though such protections may not be as strong where the prosecutor acts in an investigative or administrative capacity.¹⁶ It should be noted, however, that provision of any such immunity has its critics.¹⁷

¹⁵ State Bar of Nevada website - <https://www.nvbar.org/member-services-3895/ethics-discipline/ethics-faqs/> (visited August 15, 2019).

¹⁶ See *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409, 422-23, 96 S.Ct. 984, 991 (1976) (“The common-law immunity of a prosecutor is based upon the same considerations that underlie the common law immunities of judges and grand jurors acting within the scope of their duties. These include concern that harassment by unfounded litigation would cause a deflection of the prosecutor’s energies from his public duties, and the possibility that he would shade his decisions instead of exercising the independence of judgment required by his public trust.”); *Buckley v. Fitzsimmons*, 509 U.S. 259, 1113 S.Ct. 2606 (1993) (recognizing that prosecutors are entitled to mere qualified immunity for actions taken in support of investigations and when making statements to the media, as opposed to the absolute immunity they enjoy when acting in their capacity as an advocate). Absolute immunity provides absolute protection from damages liability, while qualified immunity protects public officials from “damages liability for the performance of their discretionary functions when ‘their conduct does not violate clearly established statutory or constitutional rights which a reasonable person would have known.’” *Id.*, at 268, 113 S.Ct., at 2613 (quoting *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478, 506, 98 S.Ct. 2894, 2911 (1978)).

¹⁷ See e.g., Van Brunt, *Alexa, Prosecutors shouldn’t have immunity from their unethical – or unlawful – acts*, *The Guardian*, February 5, 2015 (visited Aug. 18, 2019 - <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/05/prosecutors-immunity-unethical-unlawful-acts>).

Additionally, prosecutors in the United States may find themselves in jail if they engage in egregious violations of their duty to seek justice; however, such prosecutions are exceedingly rare and the sparse history of such cases is unlikely to have much of a deterrent effect.¹⁸ For example, after Texas prosecutor Ken Anderson was found to be in contempt of court for withholding evidence favorable to the accused in a case that resulted in the accused spending nearly 25 years in prison for a murder he did not commit, Anderson was sentenced to a grand total of 10 days in jail.¹⁹

As the United States Supreme Court has recognized, “[t]here is no doubt that the breadth and discretion that our country’s legal system vests in prosecuting attorneys carries with it the potential for both individual and institutional abuse. And broad though that discretion may be, there are undoubtedly constitutional limits upon its exercise.”²⁰ Should we continue to see stories of prosecutors abusing their authority, we should not be surprised if the public demands that current immunity protections be stripped away. In order to avoid this predicament, unethical prosecutors must be held accountable for their unethical conduct.

5 FINAL CONSIDERATIONS

Public prosecutors in the United States play several roles in the criminal justice system. Their conduct in carrying out these roles – along with the conduct of the police – will determine the public’s level of confidence in the criminal justice system. As recent protests aimed at law enforcement show, shifts in policy are needed in order to maintain adequate public confidence in the criminal justice system. Public prosecutors who lead prosecuting agencies and fail to adapt

¹⁸ Lindell, Chuck, Ken Anderson gets 10-day sentence, surrenders law license, Statesman, Updated Sept. 25 2018 (visited Aug. 18, 2019 - <https://www.statesman.com/article/20131109/NEWS/311099700>).
¹⁹ *Id.*

²⁰ Bordenkircher, 434 U.S., at 365, 98 S.Ct., at 669.

to the public's demands will likely be replaced by public prosecutors who are open to the shifts in policy called for by the voters.

O PAPEL DO PROMOTOR PÚBLICO NOS ESTADOS UNIDOS

RESUMO

Promotores nos Estados Unidos desempenham papéis multifacetados em seu sistema de justiça criminal. Eles fornecem orientação durante as etapas investigativas dos casos, lideram a acusação de casos nos processos contrários ao Estado, corrigem sua própria profissão e lideram os esforços legislativos destinados a tornar o sistema mais justo para todos os envolvidos. Existem promotores diferentes para cada soberania localizada pelo país. Estatutos, constituições e jurisprudência estabelecem os direitos e deveres de cada um desses gabinetes. Todos os promotores públicos nos Estados Unidos compartilham a busca pela justiça como seu objetivo comum.

Palavras-chave: Procurador. Estados Unidos. Nevada. Las Vegas.

REFERENCES

Article(s)

Lindell, Chuck. **Ken Anderson gets 10-day sentence, surrenders law license**, Statesman, Updated Sept. 25 2018 (visited Aug. 18, 2019 - <https://www.statesman.com/article/20131109/NEWS/311099700>)

Van Brunt, Alexa. **Prosecutors shouldn't have immunity from their unethical – or unlawful – acts**, The Guardian, February 5, 2015 (visited Aug. 18, 2019 - <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/05/prosecutors-immunity-unethical-unlawful-acts>)

Case(s)

Berger v. United States, 295 U.S. 78, 55 S.Ct. 629 (1935)
Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357, 98 S.Ct. 663 (1978)
Brady v. Maryland, 373 U.S. 83, 83 S.Ct. 1194 (1963)
Brinegar v. United States, 338 U.S. 160, 69 S.Ct. 1302 (1949)
Buckley v. Fitzsimmons, 509 U.S. 259, 1113 S.Ct. 2606 (1993)
Butz v. Economou, 438 U.S. 478, 506, 98 S.Ct. 2894, 2911 (1978)
Carroll v. United States, 267 U.S. 132, 45 S.Ct. 280, (1925)
Colorado v. New Mexico, 467 U.S. 310, 104 S.Ct. 2433 (1984)
Giglio v. United States, 405 U.S. 150, 92 S.Ct. 763 (1972)
Imbler v. Pachtman, 424 U.S. 409, 422-23, 96 S.Ct. 984 (1976)
Katz v. United States, 389 U.S. 347, 88 S.Ct. 507 (1967)
Kyles v. Whitley, 514 U.S. 419, 115 S.Ct. 1555 (1995)
Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684 (1961)

Constitutional Provision(s)

U.S. Constitution, 4th Amendment

Principles of the Law

American Bar Association. **Criminal Justice Standards for the Prosecution Function** (4th ed.)

United Nations Office on Drugs and Crime. **The Status and Role of Prosecutors: A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide** (2014)

Statute(s)

28 United States Code § 541

Nevada Revised Statute § 228.020

Webpage(s)

State Bar of Nevada website - <https://www.nvbar.org/member-services-3895/ethics-discipline/ethics-faqs/> (visited August 15, 2019)



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713
www.mpce.mp.br/institucional/esmp